

مَهَلِكُ الْقُلُوبِ

وَاللَّيْلُ كَالنَّجْمِ وَالنَّجْمُ كَاللَّيْلِ

أَلَيْسَ

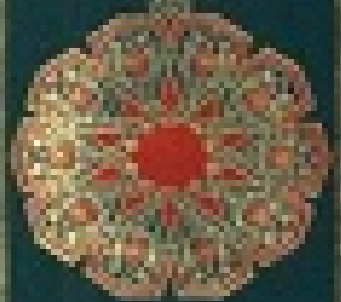
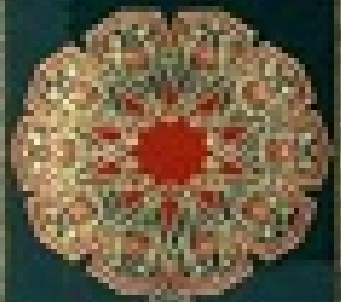
فِيهَا الْعَجَبُ

لِجَمْعِ الْقَدِيمِ وَالْمَعْدِي

الْقَدِيمُ كَالْمَعْدِي وَالْمَعْدِي كَالْقَدِيمِ

أَلَيْسَ

١-٦



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم

كاتب:

محمد صادق روحانى

نشرت فى الطباعة:

انوار الهدى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٤٣	منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم
٤٣	اشارة
٤٣	الجزء الاول
٤٣	[مقدمة المؤلف]
٤٤	[المكاسب المحرمة]
٤٤	و ينبغي أولاً التيمن بذكر بعض الاخبار الواردة
٤٤	اشارة
٤٤	[رواية تحف العقول]
٤٩	فقه الرضا عليه السلام
٥٠	دعائم الاسلام
٥١	النبوى المشهور
٥١	اقسام المكاسب
٥٣	معنى حرمة الاكتساب
٥٤	حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها
٥٧	فالاكتساب المحرم أنواع
٥٧	اشارة
٥٧	[النوع الأول] الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى.
٥٧	و فيه مسائل:
٥٧	الأولى: يحرم المعاوضة على بول غير مأكول اللحم بلا خلاف ظاهر،
٥٧	اشارة
٥٩	يحرم شرب ابوال ما يؤكل لحمه
٦٠	الاكتساب بالابوال

- ٦٢ بيع شحوم ما لا يؤكل لحمه
- ٦٤ الثانية يحرم بيع العذرة من كل حيوان على المشهور
- ٦٤ اشارة
- ٦٨ تميم
- ٦٩ بيع السرجين النجس
- ٧٠ بيع الاروات الطاهرة
- ٧٠ الثالثة: يحرم المعاوضة على الدم بلا خلاف،
- ٧٠ اشارة
- ٧٢ فرع: و أما الدم الطاهر
- ٧٢ الرابعة: لا إشكال في حرمة بيع المنى
- ٧٥ الخامسة: يحرم المعاوضة على الميتة و أجزائها التي تحلها الحياة
- ٧٥ اشارة
- ٨١ فرعان:
- ٨١ الأول: انه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمة إلى مذكى.
- ٨٥ الثانى: ان الميتة من غير ذى النفس السائلة يجوز المعاوضة عليها
- ٨٦ السادسة: يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين (١) اجماعا
- ٨٦ اشارة
- ٨٦ حكم بيع الكلب
- ٨٧ حكم بيع الخنزير
- ٨٨ البحث فى اجزاء الكلب و الخنزير
- ٨٩ السابعة: يحرم التكسب بالخمير و كل مسكر مائع و الفقاع
- ٩٢ الثامنة: يحرم المعاوضة على الاعيان المتنجسة الغير القابلة للطهارة
- ٩٣ و أما المستثنى من الاعيان المتقدمة فهى أربعة تذكر فى مسائل أربع:
- ٩٣ اشارة

- ٩٣ الاولى يجوز بيع المملوك الكافر اصليا كان ام مرتدا مليا (١)
- ٩٥ الثانية: يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش فى الجملة (١)
- ٩٥ اشارة
- ٩٨ بيع كلب الماشية و الحائط
- ١٠١ الثالثة: الأقوى جواز المعاوضة على العصير العنبى إذا غلا و لم يذهب ثلثاه (١)
- ١٠٦ الرابعة: يجوز المعاوضة على الدهن المتنجس
- ١٠٧ اشارة
- ١٠٩ اشتراط الاستصباح فى البيع
- ١١٣ وجوب الإعلام بالنجاسة حين البيع
- ١١٤ التسبب إلى وجود الحرام من الجاهل
- ١١٨ حكم الإعلام مع عدم التسبب
- ١٢١ الاستصباح تحت الظلال
- ١٢٣ حكم الانتفاع بالمتنجس
- ١٣١ بيع غير الدهن من المتنجسات
- ١٣٤ الانتفاع بالأعيان النجسة
- ١٣٤ نقد الأدلة
- ١٣٧ الانتفاع بالميتة
- ١٤٠ المعاملة على الأعيان النجسة
- ١٤١ منشأ ثبوت حق الإخلاص
- ١٤٣ [القسم] الأول: ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص الا الحرام
- ١٤٣ اشارة
- ١٤٣ حرمة بيع هياكل العبادة المبتدعة
- ١٤٩ بيع آلات القمار
- ١٥١ بيع آلات اللهو

- ١٥١ بيع اوانى الذهب و الفضة
- ١٥٢ بيع الدراهم المغشوشة
- ١٥٦ القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة
- ١٥٦ اشارة
- ١٥٧ بيع العنب على ان يعمل خمرا
- ١٦٠ حكم بيع الجارية المغنية
- ١٦٢ بيع العنب ممن يجعله خمرا
- ١٦٦ الاعانة على الاثم
- ١٦٧ حقيقة الاعانة و مفهومها
- ١٧٣ وجوب دفع المنكر
- ١٧٨ القسم الثالث: ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنا (١)
- ١٧٨ اشارة
- ١٧٩ بيع السلاح لأعداء الدين
- ١٨٣ النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها عند العقلاء
- ١٨٧ النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فى نفسه،
- ١٨٧ اشارة
- ١٨٨ (المسألة الاولى): تدليس الماشطة المرأة التى يراد تزويجها او الامة التى يراد بيعها
- ١٨٨ اشارة
- ١٩٠ حكم وصل الشعر بالشعر
- ١٩٣ كراهة كسب الماشطة
- ١٩٥ المسألة الثانية: تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب حرام
- ١٩٥ اشارة
- ١٩٦ حكم تشبه كل من المرأة و الرجل بالآخر
- ١٩٩ المسألة الثالثة: التشبيب بالمرأة المعروفة المؤمنة المحترمة،

- ١٩٩ اشارة
- ٢٠٢ حكم الخلوة بالاجنبية
- ٢٠٦ المسألة الرابعة: تصوير صور ذوات الارواح حرام (١)
- ٢٠٦ اشارة
- ٢١٢ جواز التصوير المتعارف في هذا الزمان
- ٢١٣ تصوير الملك و الجن
- ٢١٥ الاعجاب ليس شرطا للحرمة
- ٢١٦ لا يعتبر قصد الحكاية في الحرمة
- ٢١٧ يعتبر الصدق العرفي في حرمة التصوير
- ٢١٨ لو اشترك اثنان في عمل صورة
- ٢١٩ حكم اقتناء الصور المحرمة
- ٢٢٨ (الخامسة): التطفيف (٢) حرام
- ٢٢٨ اشارة
- ٢٢٩ حكم المعاملة المطفف فيها
- ٢٣٠ (السادسة): التنجيم حرام (٢)
- ٢٣٠ اشارة
- ٢٣٥ اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات
- ٢٤١ [نقل الاخبار في النجوم]
- ٢٤٤ تعلم علم النجوم
- ٢٤٥ السابعة: حفظ كتب الضلال حرام في الجملة
- ٢٤٥ اشارة
- ٢٤٦ و الامر بالاجتناب (١) عن قول الزور
- ٢٥١ حكم المعاملة على كتب الضلال
- ٢٥٢ الثامنة: الرشوة حرام (١)

- ٢٥٢ اشارة
- ٢٥٣ موضوع الرشوة
- ٢٥٤ أجور القضاء
- ٢٥٩ الارتزاق من بيت المال
- ٢٦٠ أخذ القاضى للهدية
- ٢٦٢ الرشوة فى غير الاحكام
- ٢٦٤ حكم المعاملة المحاباتيئة مع القاضى
- ٢٦٥ حكم الرشوة وضعاً
- ٢٦٦ اختلاف الدافع و القابض
- ٢٦٩ التاسعة: سب المؤمنين حرام
- ٢٦٩ اشارة
- ٢٧٢ المستثنيات
- ٢٧٤ العاشرة السحر حرام
- ٢٧٤ اشارة
- ٢٧٧ حقيقة السحر
- ٢٧٩ أقسام السحر
- ٢٨٣ دفع ضرر السحر بالسحر
- ٢٨٤ حكم التسخيرات
- ٢٨٤ الحادية عشرة: الشعبة حرام
- ٢٨٨ الثانية عشر: الغش حرام
- ٢٨٨ اشارة
- ٢٩٠ حقيقة الغش
- ٢٩٢ حكم المعاملة وضعاً
- ٢٩٤ الثالثة عشر: الغناء لا خلاف فى حرمة فى الجملة

- ٢٩٤ اشارة
- ٢٩٨ بيان حقيقة الغناء
- ٣٠٢ [حكم الغناء]
- ٣٠٦ الغناء في المراثى
- ٣٠٩ الغناء فى قراءة القرآن
- ٣١١ الحداء لسوق الابل
- ٣١١ الغناء فى زف العرائس
- ٣١٢ الجزء الثانى
- ٣١٢ [تتمه المكاسب المحرمه]
- ٣١٢ [تتمه الاكتساب المحرم أنواع]
- ٣١٣ [تتمه النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فى نفسه]
- ٣١٣ الرابعه عشر: الغيبه حرام
- ٣١٣ اشارة
- ٣١٦ الغيبه من الذنوب الكبيره
- ٣١٧ يشترط الايمان فى حرمة الغيبه
- ٣١٩ حكم غيبه الصبى
- ٣٢٠ بيان معنى الغيبه
- ٣٢٩ كفارة الغيبه
- ٣٣٤ مستثنيات الغيبه
- ٣٣٤ اشارة
- ٣٣٥ نعم الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبه من دون مصلحه،
- ٣٣٥ اشارة
- ٣٣٥ غيبه المتجاهر بالفسق
- ٣٤١ تظلم المظلوم

- ٣٤٥ فيبقى من موارد الرخصة لمزاحمة الغرض الأهم صور تعرضوا لها. (١)
- ٣٤٥ اشارة
- ٣٤٥ ضابط الغيبة الجائزة
- ٣٤٦ نصح المستشار
- ٣٤٨ الاغتياب فى مواضع الاستفتاء
- ٣٤٩ الاغتياب بقصد ردع المغتاب عن المنكر
- ٣٥٠ الاغتياب لحسم مادة الفساد و جرح الشهود
- ٣٥١ الاغتياب لدفع الضرر عن المقول فيه
- ٣٥٢ الاغتياب بذكر الأوصاف الظاهرة
- ٣٥٢ الاغتياب لرد من يدعى نسبا ليس له
- ٣٥٣ استماع الغيبة حرام
- ٣٥٣ اشارة
- ٣٥٥ جواز الغيبة لا يلازم جواز استماعها
- ٣٥٨ حرمة كون الانسان ذا لسانين
- ٣٦٠ خاتمة: فى بعض ما ورد من حقوق المسلم على أخيه. (٢)
- ٣٦٢ الخامسة عشرة: القمار حرام إجماعا (١)
- ٣٦٣ اشارة
- ٣٦٤ اللعب بالآلات المعدة للقمار مع الرهن
- ٣٦٥ اللعب بالآلات المعدة للقمار بدون الرهن
- ٣٦٧ اللعب بغير الآلات المعدة للقمار مع الرهن
- ٣٧١ حكم المسابقة بغير رهان
- ٣٧٤ السادسة عشر: القيادة حرام (١)
- ٣٧٤ السابعة عشر: القيافة حرام (١)
- ٣٧٤ اشارة

- ٣٧٦ [حرمة اتيان القائف و ترتيب الأثر على قوله]
- ٣٧٧ الثامنة عشرة: الكذب حرام (١)
- ٣٧٧ اشارة
- ٣٧٨ فيه مقامان
- ٣٧٨ أحدهما فى انه من الكبائر
- ٣٧٨ اشارة
- ٣٨٢ الوعد
- ٣٨٤ حكم خلف الوعد
- ٣٨٥ حرمة الكذب فى الهزل
- ٣٨٧ المبالغة
- ٣٨٧ التورية
- ٣٩٠ أما الكلام فى المقام الثانى: و هو مسوغات الكذب
- ٣٩٠ اشارة
- ٣٩١ الكذب لدفع الضرورة
- ٤٠٠ الكذب لإرادة الاصلاح
- ٤٠١ التاسعة عشرة: الكهانة حرام (١)
- ٤٠١ اشارة
- ٤٠٤ الإخبار عن الامور المستقبلية
- ٤٠٤ العشرون: اللهو حرام (١)
- ٤٠٥ اشارة
- ٤١٠ حرمة للعب و اللغو
- ٤١٢ الحادية و العشرون: مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم
- ٤١٤ الثانية و العشرون: معونة الظالمين فى ظلمهم حرام (١)
- ٤١٤ اشارة

- ٤١٦ إعانة الظالم في غير جهة ظلمه
- ٤١٨ الثالثة و العشرون: النجش
- ٤٢٠ الرابعة و العشرون: النميمة محرمة
- ٤٢٢ الخامسة و العشرون: النوح بالباطل (١)
- ٤٢٥ السادسة و العشرون: الولاية من قبل الجائر،
- ٤٢٥ اشارة
- ٤٢٨ [مسوغات الولاية المذكورة]
- ٤٢٨ أحدهما: القيام بمصالح العباد (١)
- ٤٢٨ اشارة
- ٤٣١ أقسام الولاية من قبل الجائر
- ٤٣٦ الثاني: مما يسوغ الولاية الاكراه عليه بالتوعيد على تركها (١)
- ٤٣٧ اشارة
- ٤٣٧ و ينبغي التنبيه على أمور:
- ٤٤٨ خاتمة: فيما ينبغي للوالى العمل به فى نفسه و فى رعيته،
- ٤٥١ السابعة و العشرون: هجاء المؤمن حرام
- ٤٥٣ الثامنة و العشرون: الهجر
- ٤٥٤ [النوع] الخامس: مما يحرم التكسب به ما يجب على الانسان فعله (١) عينا أو كفاية تعبدا أو توصلا
- ٤٥٤ اشارة
- ٤٥٤ أخذ الاجرة على الواجبات
- ٤٥٥ اشارة
- ٤٥٥ موضوع هذه المسألة
- ٤٥٧ عدم منافاة التعبدية لأخذ الاجرة
- ٤٦٣ عدم منافاة الوجوب بما هو لأخذ الاجرة
- ٤٦٧ أخذ الأجرة على الواجب الكفائى

- ٤٧٠ أخذ الاجرة على الواجب التخييري
- ٤٧١ أخذ الاجرة على الواجبات النظامية
- ٤٧٧ أخذ الاجرة على المستحب
- ٤٧٧ اشارة
- ٤٧٧ حقيقة النيابة في العبادات
- ٤٨١ الطواف المستأجر عليه لا يحتسب عن نفسه
- ٤٨٢ الاجير لحمل غيره في الطواف
- ٤٨٣ أخذ الأجرة على الأذان
- ٤٨٤ اخذ الاجرة على الامامة
- ٤٨٥ أخذ الاجرة على الشهادة
- ٤٨٦ خاتمة تشتمل على مسائل
- ٤٨٦ الاولى: [حرمة بيع المصحف]
- ٤٨٦ اشارة
- ٤٩١ المراد من حرمة بيع المصحف
- ٤٩٢ بيع المصحف من الكافر
- ٤٩٣ حكم بيع أبعاض المصحف
- ٤٩٤ الثانية: جوائز السلطان و عماله (٢)
- ٤٩٤ اشارة
- ٤٩٥ [الصورة الأولى أن لا يعلم في جملة أموال هذا الظالم مال محرم]
- ٤٩٧ اما الثانية: [يعلم بوجود مال محرم للجائر لكن لا يعلم بأن الجائزة منه]
- ٤٩٧ اشارة
- ٤٩٨ لا يكره أخذ المال من الجائر لو جاز
- ٥٠٠ رافع الكراهة عن جوائز السلطان
- ٥٠١ تذييل

- ٥٠٣ حكم الجائزة مع العلم بوجود الحرام
- ٥١١ و أما الصورة الثالثة: فهو ان يعلم تفصيلا حرمة ما يأخذه (١)
- ٥١١ اشارة
- ٥١٥ يجب على المجاز رد الجائزة إلى أهلها
- ٥١٦ حكم مجهول المالك
- ٥١٨ لا تسمع دعوى المدعى له ما لم يثبت شرعا
- ٥٢٠ أجره الفحص عن المالك
- ٥٢١ مقدار الفحص عن المالك
- ٥٢٢ مصرف مجهول المالك
- ٥٣٠ مستحق هذه الصدقة
- ٥٣٢ التصدق بمجهول المالك لا يوجب الضمان
- ٥٣٧ و أما الصورة الرابعة: و هو ما علم إجمالا اشتمال الجائزة على الحرام
- ٥٤٠ الثالثة: ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة من الأراضي باسمها و من الأنعام باسم الزكاة
- ٥٤٠ اشارة
- ٥٤٢ لا يجوز للجائر أخذ تلك الحقوق
- ٥٤٣ أخذ الصدقات و الخراج من الجائر
- ٥٤٩ و ينبغي التنبيه على أمور:
- ٥٤٩ اشارة
- ٥٤٩ شراء الحقوق من الجائر قبل أخذها
- ٥٥٠ حكم الاراضى الخراجية حال الغيبة
- ٥٥٦ ما يأخذه الجائر باسم الخراج من غير الاراضى الخراجية
- ٥٥٨ اختصاص الحكم بالسلطان المدعى للرئاسة العامة
- ٥٦٠ لا يختص الحكم بالمعتقد ولاية الجائر
- ٥٦١ ليس للخراج قدر معين

- أخذ غير المستحق للخراج و الزكاة ٥٦٢
- شرائط الاراضى الخراجية ٥٦٤
- اشارة ٥٦٤
- أحدها: كون الارض مفتوحة عنوة. ٥٦٤
- الثانى: ان يكون الفتح بإذن الامام عليه السلام (١) ٥٦٨
- الثالث: ان يثبت كون الارض المفتوحة عنوة بإذن الامام عليه السلام محياة حال الفتح (١) ٥٧١
- الجزء الثالث ٥٧٦
- [مقدمة المؤلف] ٥٧٦
- كتاب البيع (١) ٥٧٦
- اشارة ٥٧٦
- تعريف البيع و بيان حقيقته ٥٧٦
- اشارة ٥٧٦
- ضابط ما يصح جعله معوضا و عوضا و ما لا يصح ٥٧٨
- جعل المنفعة عوضا ٥٨١
- جعل عمل الحر عوضا ٥٨٢
- حقيقة الحق و اقسامه ٥٨٣
- تعاريف الفقهاء للبيع ٥٨٧
- اشارة ٥٨٧
- فالاولى تعريفه بأنه انشاء تملك عين بمال (١) ٥٨٩
- اشارة ٥٨٩
- نعم يبقى عليه امور: ٥٨٩
- اشارة ٥٨٩
- منها: انه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت ٥٩٠
- و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه ٥٩٠

- ٥٩٠ و منها: انه يشمل التملك بالمعاطاة
- ٥٩٠ و منها: صدقه على الشراء،
- ٥٩١ و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال و بالهبة المعوضة.
- ٥٩٤ و يظهر فى بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان اخر غير ما ذكر (١).
- ٥٩٤ احدها: التملك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري
- ٥٩٤ الثانى: الأثر الحاصل من الايجاب و القبول و هو الانتقال
- ٥٩٤ الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول
- ٥٩٥ [المناقشة فى هذه الاستعمالات]
- ٥٩٦ البيع حقيقة فى الصحيح أو الأعم
- ٥٩٦ اشارة
- ٦٠٠ التمسك بالاطلاق [إمضاء كل مظهر]
- ٦٠١ بيع المعاطاة
- ٦٠١ اشارة
- ٦٠٧ الاقوال فى المعاطاة
- ٦٠٨ دليل المختار فى المعاطاة
- ٦١٥ ادلة عدم افادة المعاطاة الملكية
- ٦١٦ كلام بعض الاساطين و ما يرد عليه
- ٦٢٢ اصالة اللزوم [أو أدلتها]
- ٦٢٢ - استصحاب بقاء الملك
- ٦٢٨ دليل السلطنة
- ٦٣٠ لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه (١)
- ٦٣١ آية التجارة عن تراض
- ٦٣٢ دليل لزوم خصوص البيع
- ٦٣٢ آية الوفاء بالعقد

- ٦٣٤ دليل الشرط
- ٦٣٥ ادلة عدم لزوم المعاطاة و الجواب عنها
- ٦٤١ و ينبغي التنبيه على امور:
- ٦٤١ الأول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع (١)
- ٦٤١ اشارة
- ٦٤١ اعتبار شرائط البيع فيها
- ٦٤٥ جريان الربا فى المعاطاة
- ٦٤٧ جريان الخيارات فيها
- ٦٤٧ الأمر الثانى: ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين (١)
- ٦٤٧ اشارة
- ٦٤٨ بيان مورد المعاطاة
- ٦٥٠ الثالث: تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية
- ٦٥٢ الرابع: أن اصل المعاطاة و هى اعطاء كل منهما الآخر
- ٦٥٢ اشارة
- ٦٥٢ اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين
- ٦٥٦ التصرفات المتوقفة على الملك
- ٦٥٧ الاذن فى التصرفات المتوقفة على الملك
- ٦٦٣ الاباحة بالعوض
- ٦٦٦ الخامس: فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه. (١)
- ٦٧١ السادس: فى ملزمات المعاطاة
- ٦٧٢ اشارة
- ٦٧٤ من الملزمات تلف العينين
- ٦٧٤ اشارة
- ٦٧٦ تلف احدى العينين

- ٦٧٧ إذا كان احد العوضين ديناً في الذمة
- ٦٧٨ نقل العين بالعقد اللازم
- ٦٧٨ اشارة
- ٦٨١ نقل العين بعقد جائز
- ٦٨٢ لو باع ثالث العين فضولاً
- ٦٨٣ من الملزمات الامتزاج و التغير
- ٦٨٤ جواز الرجوع لا يورث بالموت
- ٦٨٥ السابع: ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة.
- ٦٨٥ اشارة
- ٦٨٦ ثبوت الخيار فى المعاطاة
- ٦٨٧ الثامن: لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة
- ٦٨٧ اشارة
- ٦٨٧ حكم العقد الفائد لبعض شرائط الصيغة
- ٦٩٠ مقدمة: فى خصوص الفاظ عقد البيع (١)
- ٦٩٠ اشارة
- ٦٩٣ خصوصيات الفاظ العقد
- ٦٩٧ الفاظ الايجاب و القبول
- ٦٩٧ اشارة
- ٦٩٧ [أما الإيجاب]
- ٦٩٧ منها لفظ بعث فى الايجاب
- ٦٩٧ و منها لفظ شريت
- ٦٩٨ و منها لفظ ملكت بالتشديد
- ٦٩٩ و أما الايجاب باشترت،
- ٦٩٩ و أما القبول، فلا ينبغى الاشكال فى وقوعه بلفظ قبلت و رضيت و اشترت و شريت و ابتعت و تملك و ملكت مخففاً (١)

- ٦٩٩ فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب و القبول
- ٧٠٠ [شروط عقد البيع]
- ٧٠٠ مسألة: المحكى عن جماعة منهم: السيد عميد الدين و الفاضل المقداد، و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد
- ٧٠٢ مسألة: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضيئة،
- ٧٠٣ مسألة: الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول
- ٧١١ اعتبار الموالاة
- ٧١٤ و من الشرائط التنجيز في العقد
- ٧١٤ اشارة
- ٧٢٠ تنبيهات [التعليق في العقد]
- ٧٢١ اعتبار المطابقة بين الايجاب و القبول
- ٧٢٣ اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكل منهما الانشاء
- ٧٢٦ فرع لو اختلف، المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة
- ٧٢٨ مسألة [أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]
- ٧٢٨ اشارة
- ٧٢٨ [الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]
- ٧٢٨ اشارة
- ٧٣٢ قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
- ٧٣٦ مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
- ٧٤١ قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
- ٧٤٣ الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها
- ٧٤٨ الثاني: من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فورا الى المالك. (١)
- ٧٥٠ الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاه المشتري قبل الرد (١) [كان عليه عوضها]
- ٧٥٠ اشارة
- ٧٥٤ حكم المنافع غير المستوفاة

- ٧٥٧ الرابع: إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله
- ٧٥٧ اشارة
- ٧٦٠ بيان ما هو المرجع عند الشك فى المثلية و القيمة
- ٧٦٣ ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية و القيمة
- ٧٦٨ الخامس: ذكر فى القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد
- ٧٦٨ اشارة
- ٧٦٩ إذا سقط المثل عن المايه
- ٧٧٢ السادس: لو تعذر المثل فى المثلى (١) فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبه المالك.
- ٧٧٢ اشارة
- ٧٧٥ العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم
- ٧٧٨ لا فرق بين التعذر البدوى و الطارى
- ٧٧٩ المراد من اعواز المثل
- ٧٨٠ فى معرفة قيمة المثل
- ٧٨١ الاعتبار ببلد المطالبه أو بلد التلف
- ٧٨٢ لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة
- ٧٨٢ السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا،
- ٧٨٢ اشارة
- ٧٨٤ تعيين القيمة [بحسب ما تقتضيه الاصول العلميه]
- ٧٩٦ ارتفاع القيمة بسبب الأمكنه
- ٧٩٧ بدل الحيلولة
- ٧٩٩ مورد بدل الحيلولة
- ٨٠٠ الزام المالك باخذ البديل
- ٨٠١ فى ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح
- ٨٠٢ فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا

- ٨٠٥ حق الأولوية
- ٨٠٦ حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمة السوقية
- ٨٠٧ إذا ارتفع التعذر يجب رد العين
- ٨١١ الكلام فى شروط المتعاقدين (١)
- ٨١١ مسألة: [من شروط المتعاقدين البلوغ]
- ٨١١ اشارة
- ٨١١ عقد الصبى
- ٨١١ اشارة
- ٨١٩ ادلة القول بصحة عقد الصبى
- ٨٢٢ المستثنيات
- ٨٢٤ معامللة الصبى فى الاشياء اليسيرة
- ٨٢٨ مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدها لمدلول العقد الذى يتلفظان به (١)
- ٨٢٨ اشارة
- ٨٣٠ لا بد من تمييز البائع من المشتري
- ٨٣٠ لا يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له
- ٨٣٣ تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البائع
- ٨٣٥ مسألة و من شرائط المتعاقدين: الاختيار (١)
- ٨٣٥ اشارة
- ٨٣٦ ادلة بطلان عقد المكره
- ٨٣٩ حقيقة الاكراه
- ٨٤٠ اعتبار العجز عن التفصى بما لا ضرر فيه
- ٨٤٤ لو اكره الشخص على احد امرين
- ٨٤٦ لو اكره احد الشخصين على فعل واحد
- ٨٤٧ صور تعلق الاكراه

- ٨٥٠ [فروع]
- ٨٥٠ اشارة
- ٨٥٠ الاكراه على بيع عبد من عبيد
- ٨٥٢ الاكراه على الطلاق
- ٨٥٦ لو تعقب الرضا عقد المكره
- ٨٦٠ بقى الكلام فى ان الرضا المتأخر ناقل أو كاشف
- ٨٦١ الجزء الرابع
- ٨٦١ [مقدمة المؤلف]
- ٨٦٢ [تتمه كتاب البيع]
- ٨٦٢ [تتمه الكلام فى شروط المتعاقدين]
- ٨٦٢ مساله و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأدونين من المالك أو الشارع
- ٨٦٢ اشارة
- ٨٦٢ بيع الفضولى
- ٨٦٢ اشارة
- ٨٦٥ [صور بيع الفضولى]
- ٨٦٥ اشارة
- ٨٦٥ فهنا مسائل ثلاث:
- ٨٦٥ الاولى: ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك
- ٨٨٤ المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك (١)
- ٨٨٦ المسألة الثالثة: ان يبيع الفضولى لنفسه (٣)
- ٩٠١ القول فى الإجازة و الرد
- ٩٠١ أما الكلام فى الإجازة،
- ٩٠١ اشارة
- ٩٠١ اما حكمها

- ٩٢٢ و ينبغي التنبيه على امور:
- ٩٣٤ و أما القول في المجيز
- ٩٤٥ و أما القول في المجاز فاستقصاؤه يكون بيان امور:
- ٩٤٧ الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل (١)
- ٩٤٨ الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير و أما العقد الواقع على عوضه، (٢)
- ٩٧٦ مسألة في أحكام الرد: (١)
- ٩٧٦ اشارة
- ٩٧٨ حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري
- ٩٨١ [مسائل متفرقة]
- ٩٨١ مسألة: لو لم يجز المالك، فان كان المبيع في يده فهو، و إلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقائه (١)
- ٩٨١ اشارة
- ٩٨١ فههنا مسألتان:
- ١٠٠٣ مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه،
- ١٠٠٧ مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار،
- ١٠١٢ مسألة: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقة بثمان واحد (١)
- ١٠١٤ مسألة: يجوز للأب و الجد ان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء (١)
- ١٠١٤ اشارة
- ١٠١٦ اعتبار العدالة
- ١٠١٨ اعتبار المصلحة في التصرف
- ١٠٢١ مشاركة الجد للأب
- ١٠٢٢ [من جملة أولياء التصرف الحاكم]
- ١٠٢٢ اشارة
- ١٠٢٢ للفقهاء الجامع للشرائط مناصب ثلاثة:
- ١٠٤٤ مسألة في ولاية عدول المؤمنين (١)

- ١٠٤٦ اشارة
- ١٠٤٨ اشتراط العدالة
- ١٠٥٤ مزاحمة الولى
- ١٠٥٦ توضيح الآية الشريفة
- ١٠٦٣ نقل العبد المسلم الى الكافر
- ١٠٦٣ نقل المصحف الى الكافر
- ١٠٦٣ القول فى شرائط العوضين: (١)
- ١٠٦٣ [مسألة من شروط العوضين المالىة]
- ١٠٦٣ اشارة
- ١٠٦٣ بيان حقيقة المال و الملك
- ١٠٦٥ بيان الدليل على اعتبار المالىة و الملكية فى العوضين
- ١٠٦٧ اقسام الارضين و احكامها.
- ١٠٦٧ اشارة
- ١٠٦٨ فالأقسام اربعة لا خامس لها.
- ١٠٦٨ الأول: ما يكون مواتا بالأصالة
- ١٠٧١ الثانى: ما كانت عامرة بالأصالة
- ١٠٧٣ الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت
- ١٠٧٥ الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة،
- ١٠٧٧ الارض المفتوحة عنوة
- ١٠٧٧ اشارة
- ١٠٨٢ ما ينفصل من المفتوحة عنوة
- ١٠٨٣ [مسألة من شروط العوضين كونه طلقاً]
- ١٠٨٣ اشارة
- ١٠٨٥ مسألة لا يجوز بيع الوقف

- ١٠٨٥ اشارة
- ١٠٩٠ الوقف قد يكون تمليكا و قد يكون فكا
- ١٠٩٤ فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد و اخرى في المنقطع
- ١٠٩٤ [الوقف المؤبد]
- ١٠٩٤ اشارة
- ١٠٩٧ بيع الوقف مع عدم كونه ملكا
- ١١٠١ فاعلم ان الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:
- ١١٣٠ الوقف المنقطع
- ١١٣٤ مسألة: و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا (١)
- ١١٣٤ اشارة
- ١١٣٤ بيع العين المرهونة
- ١١٤٠ بيان فائدة اجازة المرتهن
- ١١٤١ حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن
- ١١٤٤ الجزء الخامس
- ١١٤٤ [مقدمة المؤلف]
- ١١٤٤ [تتمة كتاب البيع]
- ١١٤٥ [تتمة القول في شرائط العوضين]
- ١١٤٥ مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم، (١)
- ١١٤٥ اشارة
- ١١٥٣ هل القدرة شرط أو العجز مانع
- ١١٥٥ المانع هو العجز في زمان الاستحقاق
- ١١٦٠ حكم ما لو كان الوكيل عاجزا و الموكل قادرا
- ١١٦٢ عدم الحاق الصلح بالبيع
- ١١٦٤ بيع الضال و المجهود و المغصوب

- مسألة: المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا، (١)----- ١١٦٥
- مسألة: العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط (١)----- ١١٦٧
- اشارة----- ١١٦٧
- مسألة: [التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]----- ١١٧٢
- اشارة----- ١١٧٢
- فى بيع المعدود بالكيل أو الوزن.----- ١١٧٦
- المناطق فى المكيل و الموزون----- ١١٧٧
- مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه (١)----- ١١٨٣
- مسألة: قال فى الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة----- ١١٨٧
- مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء (١)----- ١١٨٨
- اشارة----- ١١٨٨
- الأول: أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيا من الجملة (٢)----- ١١٨٨
- الثانى: ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه----- ١١٨٩
- الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل ان يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق فى الأفراد المتصورة فى تلك الجملة. (١) ١١٩٢
- مسألة: لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجود الثلاثة المتقدمة اعنى الكسر المشاع أو على الوجه الثالث و هو الكلى (١)----- ١١٩٤
- اشارة----- ١١٩٤
- ثمرات كون المبيع كليا فى المعين أو مشاعا----- ١١٩٦
- الفرق بين الاستثناء و البيع----- ١١٩٨
- اقسام بيع الصبرة----- ١٢٠١
- مسألة: إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها، (١)----- ١٢٠٣
- اشارة----- ١٢٠٣
- حكم ما لو اختلفا فى التغير----- ١٢٠٦
- لو اختلفا فى تقدم البيع على التغير و تأخره عنه----- ١٢١٢
- مسألة: لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، (١)----- ١٢١٥

- ١٢١٩ مسألة: يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار (١) اجماعا
- ١٢٢٥ مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة (٢)
- ١٢٢٦ مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه، (١)
- ١٢٣٣ مسألة: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة (١)
- ١٢٣٩ مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه، (١)
- ١٢٤١ [تنبيهات البيع]
- ١٢٤١ مسألة: [المعروف استحباب التفقه في مسائل التجارات]
- ١٢٤١ اشارة
- ١٢٤٧ وجوب التعلم عند الشك في الابتلاء
- ١٢٤٨ [الاخبار الواردة في الحث على التعلم]
- ١٢٥٠ مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية، (١)
- ١٢٥٤ مسألة: يحرم النجش على المشهور
- ١٢٥٤ مسألة: إذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه في قبيل، يكون المدفوع إليه منهم (١)
- ١٢٥٧ مسألة: احتكار الطعام
- ١٢٤١ خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب و الاقتصاد فيه.
- ١٢٤٢ القول في الخيار و اقسامه و أحكامه:
- ١٢٤٢ مقدمتان
- ١٢٤٢ الاولى: الخيار [في معنى الخيار]
- ١٢٤٤ الثانية: ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه ان الاصل في البيع اللزوم، (١)
- ١٢٤٤ اشارة
- ١٢٤٤ القاعدة المستفادة من العمومات
- ١٢٧٣ الاستدلال للزوم بالاستصحاب
- ١٢٧٤ القول في اقسام الخيار
- ١٢٧٤ اشارة

- ١٢٧٧ الاول فى خيار المجلس:
- ١٢٧٧ اشارة
- ١٢٧٨ [مسائل فى خيار المجلس]
- ١٢٧٨ مسألة: لا اشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كانا اصيلين،
- ١٢٧٨ اشارة
- ١٢٧٩ ثبوت الخيار للوكيل
- ١٢٨١ ثبوت الخيار للموكل
- ١٢٨٣ توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد
- ١٢٨٤ ثبوت الخيار للوكيل المستقل
- ١٢٨٥ تقدم الفسخ على الاجازة
- ١٢٨٧ بيان حقيقة تفرق الموكلين
- ١٢٨٨ تفويض الامر الى الوكيل
- ١٢٨٩ ثبوت الخيار للفضولى
- ١٢٩٠ مسألة: لو كان العاقد واحدا
- ١٢٩٢ مسألة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار. (١)
- ١٢٩٢ اشارة
- ١٢٩٧ المسلم المشتري من الكافر
- ١٢٩٨ شراء العبد نفسه
- ١٢٩٩ مسألة: لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع (١)
- ١٣٠٠ مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، (١)
- ١٣٠٣ القول فى مسقطات الخيار
- ١٣٠٣ اشارة
- ١٣٠٣ مسألة: لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد
- ١٣٠٣ اشارة

- ١٣٠٩ اشتراط عدم الفسخ
- ١٣١١ الشرط غير المذكور في متن العقد
- ١٣١٣ المنذور عتقه
- ١٣١٥ مسألة: و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد (١)
- ١٣١٥ اشارة
- ١٣١٨ لو قال احدهما لصاحبه اختر
- ١٣١٩ مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين (١)
- ١٣١٩ اشارة
- ١٣٢١ مسألة: المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه
- ١٣٢٤ مسألة: لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاير و بقى الآخر في المجلس (١)
- ١٣٢٨ مسألة: لو زال الاكراه، (١)
- ١٣٢٩ مسألة: و من مسقطات هذا الخيار التصرف (١)
- ١٣٣١ و الثاني: خيار الحيوان، (١)
- ١٣٣١ اشارة
- ١٣٣٢ فالكلام فيمن له الخيار و في مدته من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل.
- ١٣٣٢ مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، (٢)
- ١٣٣٨ مسألة: لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار، (٢)
- ١٣٣٩ مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، (١)
- ١٣٤٣ مسألة: لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام، (١)
- ١٣٤٥ مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:
- ١٣٤٥ احدها: اشتراط سقوطه في العقد (١)
- ١٣٤٥ و الثاني: اسقاطه بعد العقد، (٢)
- ١٣٤٥ و الثالث: التصرف
- ١٣٥١ الثالث: خيار الشرط

- ١٣٥١ اشارة
- ١٣٥٣ و المقصود هنا بيان احكام الخيار المشترط فى العقد و هى تظهر برسم مسائل.
- ١٣٥٣ مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، (١)
- ١٣٥٥ مسألة: لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج،
- ١٣٥٧ مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد،
- ١٣٥٨ مسألة: يصح جعل الخيار لأجنبى،
- ١٣٦١ مسألة: يجوز لهما اشتراط الاستئمار (٢).
- ١٣٦٣ مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه، و يقال له بيع الخيار (١)
- ١٣٦٣ اشارة
- ١٣٦٥ الانحاء التى يقع الشرط عليها
- ١٣٦٧ الثمن المشروط رده لفسخ البيع
- ١٣٦٩ الفسخ بالرد
- ١٣٧٠ مسقطات خيار الشرط
- ١٣٧٠ اشارة
- ١٣٧٢ التصرف فى الثمن المعين مسقط
- ١٣٧٥ حكم تلف المبيع
- ١٣٧٦ حكم تلف الثمن
- ١٣٧٧ رد الثمن الى الوكيل أو الولى
- ١٣٨٠ رد الثمن الى الحاكم
- ١٣٨٠ حكم الفسخ برد بعض الثمن
- ١٣٨٢ مسألة: لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، (٣)
- ١٣٨٢ اشارة
- ١٣٨٢ جريان خيار الشرط فى العقود الجائزة
- ١٣٨٣ جريان الخيار فى الاقاعات

- ١٣٨٥ جريان الخيار فى غير البيع من العقود اللازمة
- ١٣٩٠ الرابع: خيار الغبن (١)
- ١٣٩٠ اشارة
- ١٣٩٩ مسألة: يشترط فى هذا الخيار أمران: (١)
- ١٣٩٩ الأول: عدم علم المغبون بالقيمة
- ١٣٩٩ اشارة
- ١٤٠١ الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد
- ١٤٠٣ لا عبرة بعلم مجرى الصيغة
- ١٤٠٤ ما يثبت به الجهل
- ١٤٠٥ الأمر الثانى: كون التفاوت فاحشا، (١)
- ١٤٠٥ اشارة
- ١٤٠٨ تصوير الغبن من الطرفين
- ١٤٠٩ مسألة: ظهور الغبن، شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد، (١)
- ١٤١١ مسألة يسقط هذا الخيار بأمر:
- ١٤١١ احدها: اسقاطه بعد العقد، (١)
- ١٤١١ اشارة
- ١٤١٣ اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن
- ١٤١٥ الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد (١)
- ١٤١٧ الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن، (١)
- ١٤١٨ الرابع: من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم
- ١٤١٨ اشارة
- ١٤٢٠ فروع
- ١٤٢٢ تصرف الغابن المخرج عن الملك
- ١٤٢٥ تصرف الغابن الموجب للنقيصة

- ١٤٢٧ تصرف الغابن الموجب للزيادة
- ١٤٣١ التغير بالامتزاج
- ١٤٣٣ حكم الامتزاج بالجنس
- ١٤٣٤ حكم تلف العوضين
- ١٤٣٦ مسألة: الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة مالية
- ١٤٣٨ مسألة: اختلف اصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي على قولين (١)
- ١٤٣٨ اشارة
- ١٤٤٠ التمسك بآية الوفاء بالعقد عند الشك
- ١٤٤١ استصحاب الخيار
- ١٤٤٤ اصالة فساد فسخ المغبون
- ١٤٤٤ المراد من الفورية
- ١٤٤٦ الجزء السادس
- ١٤٤٦ [مقدمة المؤلف]
- ١٤٤٦ [تتمة القول في الخيار و أقسامه و أحكامه]
- ١٤٤٦ [تتمة أقسام الخيار]
- ١٤٤٦ الخامس خيار التأخير
- ١٤٤٦ اشارة
- ١٤٥٠ شرائط خيار التأخير
- ١٤٥٠ اعتبار عدم قبض المبيع
- ١٤٥٢ اعتبار عدم قبض مجموع الثمن
- ١٤٥٤ الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين
- ١٤٥٥ الشرط الرابع: ان يكون المبيع عيناً أو شبهه،
- ١٤٥٧ ما قيل باعتباره في خيار التأخير
- ١٤٦١ مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:

- ١٤٦١ اشارة
- ١٤٦٢ سقوط خيار التأخير بالاسقاط
- ١٤٦٤ بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة
- ١٤٦٥ اخذ الثمن من المشتري
- ١٤٦٦ مسألة: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، (١) -
- ١٤٦٧ مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة، كان من البائع اجماعا (٢) -
- ١٤٦٩ مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل و إلا فلا بيع له، (٣) -
- ١٤٧٣ السادس خيار الرؤية
- ١٤٧٣ اشارة
- ١٤٧٥ مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، (٢) -
- ١٤٧٦ اشارة
- ١٤٧٩ الخيار بين الرد و الامساک مجانا.
- ١٤٨١ مسألة: الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري، (٢) -
- ١٤٨٢ مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا (١) -
- ١٤٨٢ اشارة
- ١٤٨٣ اشتراط سقوطه
- ١٤٨٦ مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين،
- ١٤٨٩ مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح و الاجارة (١) -
- ١٤٩٠ مسألة: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه، (١) -
- ١٤٩١ مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقي كأول بطل، (١) -
- ١٤٩٣ السابع خيار العيب
- ١٤٩٣ اشارة
- ١٤٩٣ اطلاق العقد يقتضى الصحة
- ١٤٩٥ مسألة: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش (١) -

- ١٤٩٥ اشارة
- ١٤٩٨ ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لا مثبت له
- ١٤٩٩ القول فى مسقطات هذا الخيار
- ١٤٩٩ اشارة
- ١٤٩٩ مسألة: يسقط الرد خاصة بأمور.
- ١٤٩٩ اشارة
- ١٤٩٩ - الاسقاط
- ١٥٠٠ التصرف مسقط
- ١٥٠٤ تلف العين مسقط لهذا الخيار
- ١٥٠٦ حدوث عيب عند المشتري
- ١٥٠٦ اشارة
- ١٥٠٧ حدوث العيب بعد القبض
- ١٥٠٨ العيب الحادث بعد القبض و الخيار.
- ١٥١٢ تبعض الصفقة لا يمنع من الرد
- ١٥١٥ حكم ما إذا كان المشتري متعددا
- ١٥١٧ مسألة: يسقط الأرش دون الرد فى موضعين: (١)
- ١٥١٨ احدهما: إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب فى احدهما
- ١٥١٩ الثانى: ما لو لم يوجب العيب نقضا فى القيمة
- ١٥٢٠ مسألة: يسقط الرد و الأرش معا بأمور.
- ١٥٢٠ اشارة
- ١٥٢٠ ما لو علم بالعيب ثم اشتراه
- ١٥٢٢ التبرى عن العيوب
- ١٥٢٥ ما قيل بكون مسقطا للرد و الارش
- ١٥٢٧ التصرف بعد العلم بالعيب

- ١٥٢٨ التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب
- ١٥٣٠ لو ثبت احد مانعى الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه
- ١٥٣٣ تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.
- ١٥٣٤ مسألة: قال فى المبسوط من باع شيئا فيه عيب لم يبينه فعل محظورا (١)
- ١٥٣٦ مسائل: فى اختلاف المتبايعين
- ١٥٣٦ اشارة
- ١٥٣٦ الأول: [الاختلاف فى موجب الخيار]
- ١٥٣٦ اشارة
- ١٥٣٦ لو اختلفا فى تعيب المبيع
- ١٥٤٠ اختلاف الموكل و المشتري
- ١٥٤٢ اختلاف المتبايعين فى كون المردود سلعة البائع
- ١٥٤٤ و أما الثانى: و هو الاختلاف فى المسقط
- ١٥٤٤ اشارة
- ١٥٤٦ اختلاف المتبايعين فى البراءة
- ١٥٤٨ و أما الثالث: [الاختلاف فى الفسخ]
- ١٥٥١ القول فى ماهية العيب
- ١٥٥٧ الكلام فى بعض افراد العيب (٢)
- ١٥٥٧ اشارة
- ١٥٥٧ مسألة: لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا
- ١٥٥٧ مسألة: الحبل عيب فى الاماء
- ١٥٥٩ مسألة: الأكثر على ان الثيوبوة ليست عيبا فى الاماء
- ١٥٦٠ مسألة: ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير،
- ١٥٦٠ مسألة: عدم الحيض ممن شأنها الحيض
- ١٥٦٠ مسألة: الاباق عيب

- ١٥٦٠ مسألة: الثفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيب
- ١٥٦٣ مسألة: قد عرفت ان مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن،
- ١٥٦٤ خاتمة: في عيوب متفرقة
- ١٥٦٥ القول في الارش
- ١٥٦٥ اشارة
- ١٥٦٥ ضمانه خارج عن الضمانين
- ١٥٦٦ الملحوظ هو التفاوت بالنسبة
- ١٥٦٩ هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لا بعينه
- ١٥٧١ يعتبر كون الارش من النقدين
- ١٥٧٢ الارش المستوعب لتمام القيمة
- ١٥٧٥ مسألة: يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب (١)
- ١٥٧٧ مسألة: لو تعارض المقومون
- ١٥٧٧ اشارة
- ١٥٨٠ طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين
- ١٥٨٥ القول في الشروط
- ١٥٨٥ اشارة
- ١٥٨٥ حقيقة الشرط
- ١٥٨٩ الكلام في شروط صحة الشرط
- ١٥٨٩ اشارة
- ١٥٨٩ اعتبار دخول الشرط تحت القدرة
- ١٥٩٣ اعتبار كون الشرط سائغا
- ١٥٩٤ اعتبار أن يكون فيه غرض عقلاي
- ١٥٩٥ اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب و السنة
- ١٦١٠ الشرط المنافي لمقتضى العقد

- ١٦١٥ الشرط المجهول
- ١٦١٧ يعتبر أن لا يكون الشرط مستلزما للمحال
- ١٦١٨ يعتبر ذكر الشرط في متن العقد
- ١٦٢١ يعتبر التنجيز في الشرط
- ١٦٢٢ مسألة: في حكم الشرط الصحيح (١)
- ١٦٢٢ اشارة
- ١٦٢٢ حكم شرط الوصف
- ١٦٢٤ حكم شرط النتيجة
- ١٦٢٦ وجوب الوفاء بالشرط
- ١٦٢٩ في جواز الإجبار و عدمه
- ١٦٣١ ثبوت الخيار مع عدم تعذر الإجبار
- ١٦٣٤ حكم تعذر الشرط
- ١٦٣٦ التلف لا يمنع عن الفسخ
- ١٦٤٠ إسقاط حق الشرط
- ١٦٤٢ لو شرط قدرا معيننا فتبين الاختلاف
- ١٦٤٧ القول في حكم الشرط الفاسد
- ١٦٤٧ اشارة
- ١٦٥٧ الشرط الفاسد يوجب الخيار
- ١٦٥٨ لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد
- ١٦٥٩ ذكر الشرط الفاسد قبل العقد
- ١٦٦١ الكلام في أحكام الخيار
- ١٦٦١ اشارة
- ١٦٦١ انتقال حق الخيار الى الوارث
- ١٦٦٢ اشارة

- ١٦٦٤ ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال
- ١٦٦٩ مسألة في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار
- ١٦٦٩ اشارة
- ١٦٧٥ لو اجتمع الورثة على الفسخ
- ١٦٧٧ مسألة لو كان الخيار لأجنبي و مات
- ١٦٧٨ مسألة و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار. (١)
- ١٦٨١ مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، أو يحصل قبله متصلا به.
- ١٦٨١ اشارة
- ١٦٨٥ لو اشترى عبدا بجارية
- ١٦٨٦ مسألة من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين (١)
- ١٦٨٧ اشارة
- ١٦٨٨ يجوز تصرف غير ذى الخيار تكليفا
- ١٦٩١ يجوز تصرف من عليه الخيار وضعاً
- ١٦٩٢ العقد الثانى لا يفسخ بحل الاول
- ١٦٩٤ فرعان
- ١٦٩٤ اشارة
- ١٦٩٤ التصرف الذى يكون فى معرض التفويت
- ١٦٩٥ اجارة العين فى زمان الخيار
- ١٦٩٥ اشارة
- ١٦٩٧ التصرف باذن ذى الخيار
- ١٦٩٨ مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد،
- ١٧٠٥ مسألة و من احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار (١)
- ١٧٠٥ اشارة
- ١٧٠٧ يختص هذا الحكم بخيارى الحيوان و الشرط

- ١٧٠٩ اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصي
- ١٧١١ المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة
- ١٧١٣ حكم اتلاف المبيع في زمان الخيار
- ١٧١٥ مسألة و من احكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال: يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن، في زمان الخيار، -
- ١٧١٦ مسألة قال في القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين، (١)
- ١٧١٨ مسألة لو فسخ ذو الخيار، فالعين في يده مضمونة (١)
- ١٧١٩ القول في النقد و النسبة.
- ١٧١٩ اشارة
- ١٧١٩ مسألة اطلاق العقد يقتضى النقد، (١)
- ١٧٢١ مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة (٢)
- ١٧٢٤ مسألة لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا، (١)
- ١٧٢٨ مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب (١)
- ١٧٣٠ مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه، (٢)
- ١٧٣٥ مسألة لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال، (١)
- ١٧٣٧ مسألة إذا ابتاع عينا شخصية بثمان مؤجل جاز بيعه من بائه (١)
- ١٧٤٤ القول في القبض
- ١٧٤٤ اشارة
- ١٧٤٤ مسألة: اختلفوا في ماهية القبض في المنقول، بعد اتفاهم على انها التخليه في غير المنقول (١) على اقوال:
- ١٧٥٢ القول في وجوب القبض
- ١٧٥٢ مسألة: يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع (١)
- ١٧٥٢ اشارة
- ١٧٥٣ الفروع المتفرعة على وجوب التسليم.
- ١٧٥٦ مسألة: يجب على البائع تفريغ المبيع من امواله مطلقا
- ١٧٥٦ اشارة

- ١٧٥٨ حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع
- ١٧٥٩ لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء
- ١٧٦٠ مسألة لو امتنع البائع من التسليم، (١)
- ١٧٦١ الكلام فى احكام القبض،
- ١٧٦١ اشارة
- ١٧٦١ مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض،
- ١٧٦١ اشارة
- ١٧٦٦ انتقال الضمان بالاتلاف
- ١٧٦٨ مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين فى جميع ما ذكر،
- ١٧٦٩ مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، (١)
- ١٧٧٢ مسألة الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بين المكيل و الموزون قبل قبضه الا تولية (٥)
- ١٧٧٢ اشارة
- ١٧٧٦ الثمن لا يكون ملحقا بالمبيع
- ١٧٧٩ اقرار البيع على ما لم يقبض
- ١٧٨٤ مسألة لو كان له طعام على غيره، فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته (١)
- ١٧٨٤ اشارة
- ١٧٨٤ احداها: ان يكون المال سلما
- ١٧٨٥ الثانية: أن يكون ما عليه قرضا، (١)
- ١٧٨٦ الثالثة: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب، (١)
- ١٧٨٧ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

منهاج الفقاهة: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم

اشارة

سرشناسه : روحانى، محمدصادق ، شارح.
 عنوان قراردادى : المكاسب. شرح.
 عنوان و نام پديدآور : منهاج الفقاهة: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم / محمدصادق الروحانى.
 مشخصات نشر : قم: انوار الهدى ، ١٤٢٨ق. = ٢٠٠٧م. = ١٣٨٦.
 مشخصات ظاهري : ٦ ج. در ٣ مجلد.
 شابك : ج. ١: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٠٢ ؛ ج. ٢: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦١٩ ؛ ج. ٣: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٢٦ ؛ ج. ٤: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٣٣ ؛ ج. ٥: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٤٠ ؛ ج. ٦: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٥٧ (بهاى هر جلد: ١٥٠٠٠ ريال) ؛ ج. ٧: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٦٤ (بهاى هر جلد) ؛ ج. ٨: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٧١ (بهاى هر جلد: ١٥٠٠٠ ريال)
 وضعت فهرست نویسی : فييا
 يادداشت : عربى.
 يادداشت : جلد پنجم اين كتاب قبلا توسط انتشارات سپهر منتشر شده است.
 يادداشت : کتابنامه.
 مندرجات : ج. ١ و ٢ المكاسب المحرمه .- ج. ٣ و ٤. بيع .- ج. ٥ و ٦. خيارات.
 عنوان ديگر : التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم.
 موضوع : انصارى، مرتضى بن محمد امين، ١٢١٤ - ١٢٨١ق. المكاسب -- نقد و تفسير.
 موضوع : معاملات (فقه).
 شناسه افزوده : انصارى، مرتضى بن محمد امين، ١٢١٤ - ١٢٨١ق. المكاسب. شرح.
 رده بندي كنگره : BP190/1 الف/م ٨٣٤ ٧٠٣٤ ١٣٨٦
 رده بندي ديويى : ٢٩٧/٣٧٢
 شماره كتابشناسى ملي : ١١٢٨٨٧٩

الجزء الاول

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين و الهداية إلى الحق.

و الصلاة و السلام على أشرف النفوس القدسية و أزكى الذوات المطهرة الملكية محمد المصطفى و عترته المرضية هداة الخلق و أعلام الحق.

و بعد فهذا هو الجزء الاول من كتابنا (منهاج الفقاهة) و يليه خمسة أجزاء آخر و هى شرح لكتاب (المكاسب) للشيخ الاعظم، خاتمة الرعيل الاول من المجتهدين، و أفضل المتأخرين آية الله العظمى الشيخ مرتضى الانصارى قدس سره الذى أصبح اليوم منتج العلم و محور الدراسة فى الحوزات العلمية.

إذ كانت مباحث هذا الكتاب فتحة عهد جديد مبارك في الدراسات الفقهية و التتبع و التحقيق، تقتضى مزيدا من العناية بشرحها و تيسير الاطلاع عليها- و هذا ما توخينا في هذا الكتاب- و الله من وراء القصد.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٧

[المكاسب المحرمة]

و ينبغي أولا التيمن بذكر بعض الاخبار الواردة

إشارة

على سبيل الضابطة الكلية للمكاسب من حيث الحل و الحرمة (١) فنقول مستعينا بالله تعالى (٢)

[رواية تحف العقول]

روى في الوسائل و الحدائق عن الحسن بن علي بن شعبة في كتاب تحف العقول (٣) عن مولانا الصادق (صلوات الله عليه) حيث سئل عن معاش العباد.

(١) كر المصنف قدس سره بعنوان الضابطة روايات أربع، خبر تحف العقول و ما عن فقه الرضا، رواية عن دعائم الاسلام و رواية نبوية عامية.

و ستعرف أن شيئا من هذه النصوص لا يصلح دليلا في المسائل الآتية.

(٢) هذه أولى الروايات الاربع و هي رواية طويلة رواها المصنف عن الوسائل «١»

و الحدائق «٢» و لكن المتن الموجود فيهما يختلف عما في تحف العقول «٣»

(٣) لا- كلام في ان الحسن بن علي مؤلف كتاب تحف العقول جليل القدر عظيم المنزلة، و كتابه هذا جليل و انه معتمد عليه عند الاصحاب كما صرح بذلك كله ائمة الفن، الا انه، لم يرو هذا الخبر مسندا، بل ارسله عن الامام الصادق عليه السلام فلا تشمله ادلة حجية خبر الواحد.

و استدل لحجيته بوجوه.

الاول قيام القرينة على اعتبار الرواة المحذوفين، و وثاقتهم.

و فيه: ان المراد بها ان كان نقل هذا الشيخ الجليل عنهم، فيرد عليه ان جلاله قدره تمنع عن كذبه لاعتن نقله عن غير الثقة، و إن كان غير ذلك فغير ظاهر علينا.

الثاني: انجبار ضعفه بعمل المشهور.

و فيه: ان عمل المتقدمين من الاصحاب به الذي هو الجابر لضعف السند غير ثابت و عمل المتأخرين غير نافع بل يمكن منع عملهم به أيضا، فإن فتاوى جلهم في المسائل المتفرقة لا تطابق بعض جمل الخبر و ذلك: لان بعض جملة يدل على حرمة بيع النجس

(١) الوسائل، باب ٢، من ابواب ما يكتسب به كتاب التجارة، حديث ١.

(٢) الحدائق ج ٨ ص ٦٧.

(٣) تحف العقول ص ٣٣١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٨

فقال: جميع المعاش (١) كلها من وجوه المعاملات فيما بينهم مما يكون لهم فيه المكاسب أربع جهات (٢) و يكون فيها حلال من جهة و حرام من جهة.

مطلقا، مع أنه يفت به الاكثر، و بعضها يدل على حرمة التقلب فيه و إمساكه مع أنه لم يفت به احد.

الثالث: موافقة مضمونه لمضمون جملة من الروايات الصحيحة المعتبرة.

و فيه: ان الخبر الضعيف لا يصير حجة و معتبرا بالموافقة لما هو الحجة.

الرابع: ان آثار الصدق منه ظاهرة.

و فيه: انه لم يظهر لى معنى آثار الصدق فى مثل هذا الخبر سوى اضطراب متنه و تكرار جملة و هو كما ترى.

فتحصل: ان الاقوى عدم حجية هذا الخبر، فلا يصح جعله فى صدر الكتاب و اخذه مدركا للاحكام الآتية، بل لا بد فى كل مسألة من ملاحظة مدركها بالخصوص.

(١) قوله عليه السلام جميع المعيش ... (الخ) المراد بها ما يحتاج اليه العباد فى بقاء نوعهم او شخصهم من المأكولات و الملابس و المناكح، و الظاهر ان المقصود بالسؤال هو ان تلك الاشياء من اى سبب يحل تحصيل و من اى سبب لا يحل، كى يجوز تناولها فى الاول و لا يجوز فى الثانى، لا السؤال عن حكم المسببات من حيث هى الذى هو مذكور فى كتاب الاطعمة و الاشربة.

(٢) قوله عليه السلام اربع جهات.. (الخ) اورد على الحديث بعدم انحصار طرق المعاش فى الاربع، فإن فيها الحيازات و الهبات و الاوقاف و احياء الموات و إجراء القنوات و نحوها.

و اجيب عنه: تارة: بدخول جملة منها فى الاجارات كالجعالات و العمل للغير بمجرد الاذن و حق الوكالة و النظارة و الوصاية، و جملة منها فى التجارات كالهبات و الصدقات، و جملة منها فى الصناعات كإحياء الموات و الحيازات و نحوها.

و اخرى: بأن الرواية مسوقة لبيان حصر المعاملات فى الاربع حصر كلية طرق المعاش فيها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٩

فأول هذه الجهات الاربع: الولاية، ثم التجارة، ثم الصناعات، ثم الاجارات (١) و الفرض من الله تعالى على العباد. فى هذه المعاملات الدخول فى جهات الحلال و العمل بذلك و اجتناب جهات الحرام منها، فاحدى الجهتين من الولاية، و ولاية ولاة العدل الذين أمر الله بولايتهم على الناس، و الجهة الاخرى: ولاية ولاة الجور،

فوجه الحلال من الولاية ولاية الوالى العادل، و ولاية ولاته بجهة ما أمر به الوالى العادل بلا زيادة و نقيصة، فالولاية له و العمل معه و معونته و تقويته حلال محلل.

و فيهما نظر:

أما الاول: فلان كون المراد من الصناعة كل فعل من الشخص يكون سببا لتعيشه كى تشمل ما ذكر غير معلوم، بل قوله عليه السلام فى آخر الخبر: و أما تفسير الصناعات فكل ما يتعلم ... الخ يدل على عدم كون المراد بها ذلك، و منه يظهر ما فى دعوى شمول الاجارات للجعالات و التجارات للباحات.

و أما الثانى: فلان الظاهر أن المراد من هوله عليه السلام وجوه المعاملات لا سيما بقريته كون السؤال عن حكم جميع الطرق ليس هى المعاملة المصطلحة بل المعنى اللغوى الشامل لجميع المذكورات.

فالصحيح أن يجاب عنه: بأن الحصر إضافي، وانه عليه السلام في مقام بيان الافراد الغالبة لا جميع الافراد.

(١) قوله عليه السلام فاول هذه الجهات الولاية ثم ... الخ) الفرق بين الولاية والاجارة ان الولاية منصب مجعول من طرف الغير بالانفراد ولا يعتبر فيها القبول والرضا ممن جعلت له و يترتب على جعلها استحقاق مال، وهذا بخلاف الاجارة. فمحصل الاقسام المذكورة معاش العباد كما نبه عليه بعض أعظم المحققين قدس سره ان سبب المعيشة إما أن يكون من قبل الغير بالانفراد فهو الولاية، أو يكون من قبل نفسه بالانفراد فهو الصناعة، أو يكون بينه وبين الغير وهو إن كان بنقل الاعيان فهو البيع، وإن كان بنقل المنفعة فهو الاجارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠

و أما وجه الحرام من الولاية، فولاية الوالى الجائر و ولاية ولاته، فالعمل لهم و الكسب معهم بجهة الولاية لهم حرام معذب فاعل ذلك على قليل من فعله او كثير، لان كل شىء من جهة المئونة له معصية كبيرة من الكبائر، و ذلك ان فى ولاية الوالى الجائر دروس الحق كله فلذلك حرم العمل معهم و معونتهم و الكسب معهم إلا بجهة الضرورة نظير الضرورة الى الدم و الميتة. (١) و أما تفسير التجارات فى جميع البيوع و وجوه الحلال من وجه التجارة التى يجوز للبائع ان يبيع مما لا يجوز له، و كذلك المشتري الذى يجوز له شرائه مما لا يجوز له (٢).

و قد يستشكل فى عد الصناعات من المعاملات بانها ان اعتبرت من حيث انفسها مع قطع النظر عن اخذ اجرة عليها فليس تلك من المعاملة فى شىء و ان اعتبرت من حيث انه يعملها للغير و يأخذ الاجرة عليها فهى داخله فى الاجارة و ان اعتبرت من حيث انه يعملها ثم يبيعها فهى داخله فى البيع فكيف عدت قسما من المعاملات.

و فيه: الظاهر ان الصناعة و بعبارة اخرى عمل الصناعة بنفسه مال مكتسب، فان السرير قبل ان يعمل كان له مقدار من المالىة و قد ازدادت بهذا العمل كما هو واضح، فتحصل تلك الزيادة اكتساب.

(١) قوله عليه السلام الا بجهة الضرورة ... الخ) و الذى يدل عليه هذه الجملة من الحديث انما هو عدم حرمة العمل و الولاية فى حال الضرورة، و انه يحل له التصرف فيما يأخذه من العوض، و أما كون ذلك من جهة جواز التكسب بالولاية فى حال الضرورة حتى بالنسبة الى الحكم الوضعى او كون اخذ الاجرة تقاصا عن المنفعة المفوتة، فالخبر ساكت عن بيانه، فاستظهار الاول مما لا شاهد له، فتأمل.

(٢) قوله عليه السلام و كذلك المشتري ... الخ) يحتمل ان يكون بصيغة الفاعل، فيكون معناه: و كذلك تفسير وجوه الحلال من البيوع بالنسبة الى المشتري، و يحتمل ان يكون عبارة عن البيع، و يكون الفرق بين الجملتين انه اريد بالاولى تمييز البيع الجائر عن غيره بنفسه، و بالثانية تمييز المبيع الذى يجوز بيعه عما لا يجوز.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١١

فكل مأثور به (١) مما هو غذاء للعباد، و قوامهم به فى امورهم فى وجوه الصلاح الذى لا يقيمهم غيره مما يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون من جميع المنافع التى لا يقيمهم غيرها، و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فهذا كله حلال بيعه، و شراؤه، و امساكه، و استعماله و هبته و عاريتة.

و أما وجوه الحرام: من البيع و الشراء، فكل امر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه (٢) من جهة اكله، و شربه، او كسبه، او نكاحه (٣) او ملكه، او امساكه،

او هبته، او عاريتة، او شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد، نظير البيع بالربا او بيع الميتة، او الدم، او لحم الخنزير او لحوم السباع من

صنوف سباع الوحش.

(١) قوله عليه السلام: فكل مأمور به... الخ) الظاهر ان المراد من قوله مأمور به هو المرخص فيه، و ان المراد من وجه الصلاح عدم الفساد، فلا يكون الخبر ساكتا عن حكم ما لا يكون فيه الفساد و لا الصلاح.

(٢) قوله عليه السلام: فكل امر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه... الخ).

...الظاهر من هذه الجملة و ما بعدها و ان كان حرمة بيع ما فيه الفساد بقول مطلق،

و ما فيه وجه من وجوه الفساد و ان كان فيه جهة الصلاح و لازم ذلك وقوع التراحم بين هذه الجملة و بين ما قبلها من الجملة الدالة على جواز بيع ما فيه الصلاح، الا انه من جهة ان الظاهر و لا أقل من المحتمل كون المشار اليه بقوله عليه السلام فهذا كله حرام محرم هو بيع المذكورات و قد علل هذا الحكم على هذا بحرمة جميع التقلبات و التصرفات فيها، فيكون المستفاد حينئذ ان علة المنع هي حرمة جميع التصرفات، فيقيد بهذه الجملة اطلاق الجملة المتقدمة لان العلة تعمم و تخصص، و لا ينافي ذلك قوله عليه السلام: من جهة اكله... الخ فانه على ذلك يحمل على ارادة ما كان فائدته العقلائية منحصرة في الاكل كالحلحمة فتأمل.

(٣) قوله عليه السلام: او نكاحه... الخ) الظاهر ان تذكير الضمير باعتبار لفظ ما و ان المراد به الوطء، بعنوان الملك، فيكون المراد به ان المرأة التي يحرم نكاحها على من انتقلت اليه لكونها ممن تنعتق عليه لا يجوز بيعها و يفسد لعدم استقرار ملكه لها و اعتاقها عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٢

او الطير، او جلودها او الخمر او شئ من وجوه النجس، فهذا كله حرام محرم لان ذلك كله منهى عن اكله و شربه و لبسه و ملكه و التقلب فيه، فجميع تقلبه في ذلك حرام، و كذلك كل مبيع ملهوه به، و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله عز و جل او يقوى به الكفر و الشرك في جميع وجوه المعاصي، او باب يوهن به الحق،

فهو حرام محرم يبيعه، و شراؤه، و امساكه، و ملكه، و هبته، و عاريتها، و جميع التقلب فيه الا في حال تدعو الضرورة فيه الى ذلك.

و أما تفسير الاجارات: فاجارة الانسان نفسه، او ما يملك او يلي امره، من قرابته، او دابته او ثوبه بوجه الحلال، من جهات الاجارات ان يؤجر (١) نفسه او داره او ارضه او شيئاً يملكه، فيما ينتفع به من وجوه المنافع، او العمل بنفسه، و ولده، و مملوكه، و اجيره، من غير ان يكون و كيلا (٢) للوالى او وليا للوالى، فلا باس ان يكون اجيرا (٣) يؤجر نفسه، او ولده، او قرابته او ملكه او

(١) قوله عليه السلام ان يؤجر نفسه او داره الخ) الظاهر انه اريد بذلك الاجارة لمطلق منافعه و يكون الخيار بيد المستأجر في صرفه فيما يريد و اريد بقوله عليه السلام او العمل الخ العمل بمجرد الاذن بلا اجراء صيغة الاجارة، و اريد بقوله: او يؤجر نفسه في عمل الخ الاجارة لمنفعة خاصة.

(٢) قوله عليه السلام: من غير أن يكون و كيلا... الخ) يحتمل أن يكون راجعا إلى الجميع، يعنى يعتبر في حلية إجارة نفسه او ولده او ما يملكه أن لا يكون الموجر واليا للوالى او و كيلا للوالى، فإن الاجارة حينئذ إنفاذ لولاية الوالى الجائر، و يحتمل ان يكون قيذا لخصوص اجيره، يعنى يجوز اجارته لاجيره اذا لم تكن اجيرته له من جهة كون الموجر و كيلا للوالى، فإنه حينئذ يكون اجيرا للوالى فلا يجوز اجارته لنفسه، و ايضا فهو حينئذ أجير للوالى باجارة فاسدة، فلا سلطنة له عليه في الواقع.

(٣) قوله عليه السلام: اجيرا... الخ) المراد به الموجر، و اطلاقه عليه باعتبار أن الموجر نفسه يصير أجيرا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٣

وكيله في إجارته (١) لانهم وكلاء الاجير من عنده ليس هم بولاة الوالى نظير الحمال الذى يحمل شيئاً معلوما بشئ معلوم، فيجعل ذلك الشئ (٢) الذى يجوز له حمله بنفسه او بملكه او دابته او يؤجر نفسه في عمل يعمل ذلك بنفسه او بمملوكه او قرابته او بأجير

من قبله، فهذه وجوه من وجوه الاجارات حلال لمن كان من الناس ملكا،

او سوقة، او كافرا او مؤمنا، فحلال اجارته و حلال كسبه من هذه الوجوه:

فأما وجوه الحرام من وجوه الاجارة نظير: أن يؤاجر نفسه على حمل ما يحرم أكله أو شربه، أو يؤاجر نفسه في صنعة ذلك الشيء أو حفظه، أو يؤاجر نفسه في هدم المساجد ضرارا أو قتل النفس بغير حق، أو عمل التصاوير و الاصنام و المزامير و البرابط و الخمر و الخنازير و الميتة و الدم أو شيء من وجوه الفساد الذي كان محرما عليه من غير جهة الاجارة فيه، و كل امر منهي عنه، من جهة من الجهات، فمحرّم على الانسان إجارة نفسه فيه (٣) او له أو شيء منه او له الا لمنفعة من استأجرته، كالذي يستأجر له الاجير له الاجير ليحمل الميتة ينحياها عن أذاه أو أذى

(١) (قوله عليه السلام: أو وكيله في اجارته ... الخ) سوق العبارة يشهد بأنه معطوف على نفسه، والمراد به: انه يوجر موكله في الاجارة أو انه يؤجر أجيره، و لا تبعد دعوى أظهرية الثاني.

و على اى تقدير يكون قوله عليه السلام لانهم وكلاء الاجير، راجعا الى الموجر باعتبار انه متعدد فى المعنى و الغرض منه ان هذه الاجارة ليست من جانب الوالى بل هو وكيل له من عند نفس الاجير، لانه باختياره جعله وكيلا لنفسه.

(٢) (قوله عليه السلام: فيجعل ذلك ... الخ) الظاهر انه من غلط النسخ، و الصحيح فيحمل كما ان الاظهر ان عمل التصاوير غلط لعدم صحة حمل الخنازير و الميتة و الدم عليها، و الصحيح كما فى بعض النسخ حمل التصاوير.

(٣) (قوله عليه السلام: فيجعل ذلك ... الخ) و الفرق بين الاجارة فى الشيء و للشيء ان ذلك الشيء فى الاول هو مورد الاجارة و فى الثانى موردها المنفعة لتحصيل ذلك الشيء.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ١، ص: ١٤

غيره، و ما اشبه ذلك الى ان قال: و كل من اجر نفسه او ما يملك او يلى امره، من كافر او مؤمن، او ملك او سوقة على ما فسرنا مما يجوز الاجارة فيه، فحلال محلل فعله و كسبه.

قال- و أما تفسير الصناعات فكلما يتعلم العباد او يعملون غيرهم من اصناف الصناعات مثل الكتابة و الحساب و التجارة و الصياغة و السراجة و البناء و الحياكة و القصاره و الخياطة و صنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحاني و انواع صنوف الآلات التى يحتاج اليها العباد منها منافعهم و بها قوامهم و فيها بلغه جميع حوائجهم فحلال فعله و تعليمه و العمل به و فيه لنفسه او لغيره، و ان كانت تلك الصناعة و تلك الآلة قد يستعان بها على وجوه الفساد و وجوه المعاصى و

تكون مقوية على الحق و الباطل فلا- باس بصناعته و تعليمه، نظير الكتابة التى هى على وجه من وجوه الفساد تقوية و معونة لولاء الجور كذلك السكين و السيف و الرمح و القوس و غير ذلك من وجوه الآلة التى تصرف الى جهات الصلاح و جهات الفساد و تكون آله و معونة عليهما فلا- باس بتعليمه و تعلمه و اخذ الاجر عليه و العمل به و فيه لمن كان له فيه جهات الصلاح من جميع الخلائق، و محرم عليهم فيه تصريفه الى جهات الفساد و المضار، فليس على العالم و المتعلم اثم و لا- وزر لما فيه من الرجحان فى منافع جهات صلاحهم و قوامهم و بقائهم، و انما الاثم و الوزر على المتصرف بها فى وجوه الفساد و الحرام، و ذلك انما حرم الله الصناعة التى هى حرام كلها التى يجئ منها الفساد محضا نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كل ملهوبه و الصلبان و الاصنام و ما اشبه من ذلك من صناعات الاشربة الحرام، و ما يكون منه و فيه الفساد محضا و لا يكون منه و لا فيه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعليمه و العمل به و اخذ الاجر عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها الا ان تكون صناعة قد تتصرف الى جهات الصنائع و ان كان قد يتصرف بها و يتناول بها وجه من وجوه المعاصى فلعله ما فيه من الصلاح حل تعلمه و تعليمه و العمل به، و يحرم على من صرفه الى غير وجه الحق و الصلاح.

فهذا تفسير بيان وجه اكتساب معاش العباد و تعليمهم فى جميع وجوه اكتسابهم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٥

و حكاة غير واحد (١) عن رسالة المحكم و المتشابه للسيد قدس سره، و فى الفقه المنسوب (٢) الى مولانا الرضا عليه السلام: اعلم رحمك الله ان كل ما هو مأمور به على العباد، و قوام لهم فى امورهم من وجوه الصلاح الذى لا يقيمهم غيره مما يأكلون و يشربون و يلبسون، و ينكحون، و يملكون، و يستعملون، فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و هبته و عاريتة، و كل امر يكون فيه الفساد مما قد نهى عنه من جهة اكله، و شربه، و لبسه، و نكاحه، و امساكه، بوجه الفساد، مثل: الميتة و الدم و لحم الخنزير و الربا و جميع الفواحش و لحوم السباع و الخمر، و ما اشبه ذلك، فحرام ضار للجسم و فساد للنفس، انتهى.

(١) منهم صاحب الوسائل فى الوسائل ج ١٢، ص ٥٧ و منهم صاحب الحدائق فيها، ج ١٨، ص ٧٠.

(٢) الظاهر ان تلك الرسالة لا يعتمد عليها، و ذلك لانها تفسير النعمانى المعروف و صاحبه و ان كان شيخا من اصحابنا الا برار الا انه لا يعتمد عليه لان من جملة رواة احمد ابن يوسف و حسين بن على بن ابى حمزة و اباه، و هم من الضعفاء. مع ان الموجود فى ذلك الكتاب ان معاش الخلق على خمسة اوجه، باسقاط الصناعات و اضافة العمارات و الصدقات و الاحكام المذكورة فيه المترتبة على هذه الاقسام غير ما فى خبر تحف العقول، و عليه فلا مورد لقوله قدس سره و حكاة غير واحد الخ.

فقه الرضا عليه السلام

(٣) قد استدلل لاعتباره بوجوه عمدتها ما نشير اليه:

الاول: ان اول من اطلع على هذا الكتاب هو الثقة الفاضل السيد امير حسين طاب ثراه، و هو اخبر بكون هذا الكتاب للامام عليه السلام فيصدق فى اخباره لكونه ثقة.

وفيه: انه لا شبهة فى كون الرجل من الثقات و لكن خبره هذا غير مشمول لأدلة حجية خبر الواحد، لان اخباره اما ان يكون مستندا الى القرائن من الخطوط الموجودة فيه للامام عليه السلام و نحوها الموجبة لحصول العلم العادى له، او الى اخبار ثقتين عدلين من اهل قم للسيد بكون الكتاب للامام عليه السلام.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٦

...

و شىء من الطرفين لا يصلح لإدراج الخبر، فى الاخبار المعتمدة.

اما الاول: فلان المخبر عنه عليه يكون من الامور الحدسية التى ليس بينها و بين

اسبابها ملازمة عادية بحيث يلزم من العلم بها العلم بها، لان حصول العلم للسيد بكون الكتاب للامام عليه السلام انما كان من القرائن التى لا- توجب العلم المزبور عادة، و انما اوجبت العلم لخصوصه، فانه من اى طريق يحرز كون الخطوط للامام عليه السلام غير طريق الحدس الشخصى، فلا تشمل ادلة حجية خبر الواحد لاخباره لانها مختصة بالاخبار الحسية و الحدسية التى تكون بين الاسباب و مسبباتها ملازمة عادية.

و أما الطريق الثانى: فلان اخبار هذين العدلين اما ان يكون لحصول العلم لهما من القرائن فالكلام فيه حينئذ هو الكلام فى اخبار السيد، و أما ان يكون لسماعهما من غيرهما،

فغاية ما يكون حينئذ هو كون الخبر من الاخبار المرسله غير المعتمدة كما تقدم، مع ان الذى حكى المجلسى الاول عنهما انهما قالوا: ان

هذه النسخة قد اتى بها من قم الى مكة المشرفة و عليها خطوط العلماء و اجازاتهم و خط الامام عليه السلام فى عدة مواضع، و اين هذا من اخبارهما يكون الكتاب للامام عليه السلام.

الثانى: انه فيه عبارات تنطق بكونه للامام عليه السلام مثل ما فى اول الكتاب يقول:

عبد الله على بن موسى الرضا عليه السلام، و فى بعض كلماته: نحن معاشر اهل البيت، و غير ذلك من العبارات. و فيه: ان هذه العبارات لو سلم انه لا يصح صدورها عن غير الامام عليه السلام، لكن مجرد ذلك لا يوجب صدورها عنه بعد انفتاح باب الوضع و الجعل و الافتراء، مع انه يمكن ان يكون المؤلف رجلا علويا. الثالث: موافقة تاريخه لزمان الرضا عليه السلام و هو كما ترى.

الرابع: موافقة الكتاب لرسالة على بن بابويه الى ولده الصدوق و فتاوى ولده الصدوق من دون تغيير او مع تغيير يسير فى بعض المواضع، و هذه كاشفة عن اعتمادهما

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ١٧

و عن دعائم الاسلام للقاضى نعمان المصرى (١) عن مولانا الصادق عليه السلام: ان الحلال من البيوع كلما كان حلالا من الماكول و المشروب و غير ذلك، مما هو قوام للناس، و يباع لهم الانتفاع و ما كان محرما اصله منها عنه، لم يجز بيعه و لا شراؤه، (انتهى).

عليه فى الفتوى و ان لم يسميا به.

و فيه: انه من الممكن اخذ مؤلف الفقه الرضوى من تلك الرسالة التى يتعامل الفقهاء معها معاملة متون الاخبار عند اعزاز النصوص، بل هذا الاحتمال اقوى من الاول المستلزم لإسناد ابن بابويه كتاب الرضا عليه السلام الى نفسه من دون ان ينه عليه.

الخامس: عمل جمع من الاساطين به كالمجلسيين و غيرهما.

و فيه: ان مستندهم فى العمل هى الوجوه المذكورة التى عرفت ما فيها.

فتحصل: انه لا دليل على اعتبار هذا الكتاب، بل الظاهر كونه رسالة عملية لفقهاء ذكرت فيها الفتاوى و الروايات بعنوان الافتاء، لان اكثر رواياته انما هى بعنوان: روى، و نحوه، او نقل عن الرواة، و لما صرح به المحدث النورى قدس سره بان فيه احكاما متناقضة و ما يخالف مذهب الشيعة بكثير، و حمل ذلك على التقيّة مع ان فيه ما يخالفها، و تكذيب العامة و الازراء عليهم فى المتعة كما ترى.

دعائم الاسلام

(١) هذا الخبر «١» غير معتبر لوجهين:

الاول: ان مؤلف هذا الكتاب و هو ابو حنيفة النعمان بن محمد بن منصور قاضى

مصر و ان تبصر عن كونه مالكيًا و صار اماميا بلا شبهة كما صرح بذلك ائمة الرجال الا ان كونه اثني عشريا و ثقة غير ثابتين، لعدم تصريح القوم بشيء منهما.

الثانى: انه مرسل، غير مجبور بشيء.

(١) المستدرک باب ٢، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ١٨

و فى النبوى المشهور: (١) ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه...

و دعوى انه على فرض وثاقته لا يضر ارسال الخبر بحجته لقوله في اول كتابه: انى اقتصر فيه على الثابت الصحيح مما روينا عن الائمة من اهل بيت رسول الله صلى الله عليه و آله، فيكون هذا توثيقا اجماليا للرواة المحذوفين، مندفعه بان ثبوت الصحة عنده لا يلزم ثبوتها عندنا،

لاحتمال استناده الى القرائن الموجبة لعلمه بالصحة، غير الموجبة عندنا للعلم لو اطلعنا عليها.

النبوى المشهور

(١) الظاهر ان هذا النبوى «١» و ان كان مشهورا الا انه لا أصل له فى اصول العامة و الخاصة، فان الموجود فى اصول العامة انما هو هكذا: ان الله اذا حرم على قوم اكل شىء حرم عليهم ثمنه «٢» مع اضافة لفظ اكل فهو لم يثبت كونه رواية. و أما ما هو الموجود فى اصولهم فلضعف سنده و عدم انجباره بشىء لا يعتمد عليه، مع ان عمومته على هذا لم يعمل به احد، فان كثيرا من الامور التى حرم اكلها يجوز بيعها. بل الظاهر: انه لو كان الموجود فى كتب الحديث هو ما اشتهر فى ألسنة الاصحاب لما كان يعتمد عليه لضعف السند، و عدم الانجبار بالشهرة اذ، و ان كانت فتاويهم على وفق مضمونه حينئذ الا انه لم يثبت استنادهم اليه فى الفتوى. بل الظاهر انهم استندوا فى افتائهم بذلك الى اعتبارهم المالىة فى العوضين المتوقفه على كون الشىء ذا منفعة محللة، و انما يذكرون النبوى للتأييد، هذا بناء على ان يكون المراد من تحريم الشىء تحريم جميع منافعه. و ان كان المراد به تحريم بعض منافعه فعدم عملهم به اوضح: فانهم افتوا بجواز البيع.

(١) أورده العامة و الخاصة فى كتبهم الاستدلالية راجع مستند احمد، ج ١، ص ٣٢٢ و البحار، ج ٢٣، ص ١٧- و الخلاف، ج ١، ص ٢٢٥- و الغنية و غيرها.

(٢) مسند احمد، ج ١، ص ٢٤٧ و ص ٢٩٣- السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ١٩

اذا عرفت ما تلوناه و جعلته فى بالك متدبرا لمدلولاته فنقول: قد جرت عادة غير واحد على تقسيم المكاسب الى محرم و مكروه و مباح مهملين للمستحب و الواجب بناء على عدم وجودهما فى المكاسب. مع امكان التمثيل للمستحب بمثل الزراعة و الرعى مما ندب اليه الشرع. و الواجب بالصناعة الواجبة كفاية خصوصا اذا تعذر قيام الغير به، فتأمل (١).

اقسام المكاسب

فتحصل ان شيئا من هذه الاخبار لا يكون دليلا فى المسائل الآتية بل لا بد فى كل مسألة من ملاحظة مدركها بالخصوص.

(١) المكاسب جمع مكسب، و هو مصدر ميمى بمعنى الكسب او التكسب، و هو تارة يلاحظ بما انه فعل المكلف مع ما يطرأ عليه من العناوين الثانوية، و اخرى يلاحظ من حيث هو مع قطع النظر عن تلك العناوين، لا كلام فى انه ينقسم بالاعتبار الاول الى خمسة اقسام كما لا يخفى.

انما الكلام فى انه بالاعتبار الثانى هل ينقسم الى قسمين، المكروه كبيع الاكفان، و المباح كبيع الاشياء المباحة، كما اختاره بعض المحققين قدس سرهم، ام الى ثلاثة، و هى ما تقدم باضافة المحرم كبيع الخمر مثلا كما لعله المشهور، ام الى اربعة و هى ما تقدم

بضميمة المستحب، ام الى خمسة كما اختاره المصنف قدس سره.

الظاهر ان القول الاول ضعيف لوجود المكاسب المحرمة كما سيمر عليك، اللهم الا ان يقال ان حرمتها التكليفية انما تكون من جهة انطباق احد العناوين المحرمة كعنوان تقوية الكفر و نحوها عليها، لا انها محرمة من حيث الاكتساب و لذا يحرم هبتها ايضا عندهم. و أما المكاسب الواجبة فقد مثل المصنف قدس سره لها بالصناعات الواجبة كفاية اذا وجد القائم بها اكثر من واحد، وعينا اذا لم يوجد الا واحد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٠

...

و فيه: ان الواجب في الصناعات الواجبة انما هو التصدي لتلك الصنعة لا التكسب بها، مع ان وجوبها انما يكون من جهة وجوب اقامة النظام، لا انها واجبة من حيث هي. و بذلك يظهر اندفاع ما اورد على الوجه الاول. و حاصله: انه قد يجب التكسب بها، و هو ما اذا افضى التصدي لها مجانا الى اختلال النظام، فيكون وجوبه نظير التكسب بالندر، او اليمين، او العهد.

و قد مثل بعض مشايخنا المحققين قدس سرهم للتكسب الواجب ببيع العبد المسلم على مولاه الكافر، و بيع المصحف على الكافر. و فيه: ان الواجب انما هو رفع سلطنته عنهما باى نحو كان و لذا لو رفعت سلطنته بالهبة و شبهها لا يجب البيع. و أما التكسب المستحب: فقد مثل له الشيخ الاعظم بالزراعة و الرعاية للنصوص الدالة على استحباب الرعى و الزرع. كخبر الواسطي عن الامام الصادق عليه السلام عن الفلاحين فقال عليه السلام هم الزارعون كنوز الله في ارضه، و ما في الاعمال شىء احب الى الله من الزراعة، و ما بعث الله نبيا الا زارعا الا ادريس فانه كان خياطا «١». و خبر ابن عطية قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول ان الله عز و جل اختار لأنبياؤه الحرث و الزرع كيلا يكرهوا شيئا من قطر السماء «٢» و خبر عقبه الآتى «٣» و نحوها غيرها. و فيه: ان غاية ما يستفاد من هذه النصوص، كونهما مستحبين في انفسهما و لو فعل الرعى مجانا او في غنم نفسه و زرع بذر الغير في ملكه مجانا، و لا يكونان مستحبين

(١) الوسائل، الباب ١٠، من ابواب مقدمات التجارة، حديث ٣.

(٢) الوسائل، الباب ٣، من كتاب المزارعة و المساقاة، الحديث ٤.

(٣) الوسائل، الباب ٣ من كتاب المزارعة و المساقاة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١

و معنى حرمة الاكتساب حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتب الاثر المحرم. و اما حرمة اكل المال في مقابلها فهو متفرع على فساد البيع لانه مال الغير وقع في يده بلا سبب شرعى و ان قلنا بعدم التحريم. لان ظاهر ادلة تحريم بيع مثل الخمر منصرف الى ما لو اراد ترتيب الآثار المحرمة. اما لو قصد الاثر المحلل فلا دليل على تحريم المعاملة الا من حيث التشريع (١).

بعنوان التكسب، و ما دل على ثبوت البركة في الغنم لا يدل على استحباب التكسب بها. و انما يدل على وجودها في نفسها، و مما يدلنا على استحبابهما في انفسهما الحكم المذكورة في الاخبار «١» لذلك فانه ذكر فيها في وجه استحباب الزراعة انها توجب التوكل،

و في وجه استحباب الرعاية انها موجبة لاستكمال النفس و التمرين على ادارة شئون الرعية. ففى رواية عقبه عن الامام الصادق عليه السلام ما بعث الله نبيا قط حتى يسترعيه الغنم و يعلمه بذلك رعية الناس «٢». فتحصل ان الاظهر انها تنقسم الى اقسام ثلاثة او الى قسمين.

معنى حرمة الاكتساب

(١) و قد افيد فى معنى حرمة الاكتساب تكليفا وجوه:

الاول ما فى المتن و حاصله: ان معنى حرمة الاكتساب حرمة النقل و الانتقال مقيدة بقصد ترتب الاثر المحرم عليه كبيع الخمر للشرب. و استدل له: بانصراف الادلة الى صورة قصد ترتب الاثر المحرم. و فيه: اولاً: انه قدس سره لا يلتزم بذلك فى المباحث الآتية، حيث انه يلتزم بحرمة بيع الصليب و الصنم و آلات القمار مطلقا، و كذلك يلتزم بحرمة بيع السلاح لأعداء الدين و ان لم يقصد البائع تقويتهم على المسلمين.

(١) الوسائل، باب ٣، من كتاب المزارعة و المساقاة.

(٢) البحار، ج ١١، ص ٦٥، من الطبع الجديد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢

...

و ثانيا: ان دعوى الانصراف ممنوعة جدا، و عليه فلا وجد لتقييد ما دل على

حرمة البيع بالقصد المذكور لكونه تقييدا بلا موجب، نعم اذا كان دليل الحرمة هو ما دل على حرمة الاعانة على الاثم صح ما ذكره بناء على اعتبار قصد ترتب الاثر فى صدق الاعانة و سيجىء تنقيح القول فيه.

الثانى: ان المراد من حرمة الاكتساب حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتب امضاء من بيده الامر عليه.

و فيه: ان تقييد ما دل على حرمة الاكتساب بذلك تقييد بلا موجب.

الثالث: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره و هو: ان معنى حرمة الاكتساب هو حرمة انشاء النقل و الانتقال بقصد ترتب اثر المعاملة و هو التسليم و التسلم للمبيع و الثمن.

و فيه: ان حرمة المعاملة ان كانت من جهة تعلق النهى التحريمى بنفس المعاملة فلا بد من الالتزام بان المحرم انما هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى سواء تعلق به الامضاء من الشرع او العرف ام لا، فان هذا هو حقيقة المعاملة كالباع مثلا على ما سيأتى تحقيقه فى اول البيع، و ليس المحرم هو الاعتبار النفسانى المجرد و لا- الإنشاء الساذج، و لا- يعتبر فيه شىء آخر غير ذلك، و ان كانت الحرمة متعلقة بها لأمر خارج عن حقيقتها المنطبق عليها كعنوان تقوية الكفر المنطبق على بيع السلاح للاعداء على اشكال فى المثال،

فلا بد من ملاحظة انه هل ينطبق على خصوص المعاملة ام عليها مع تسليم المثمن، ام ينطبق على خصوص التسليم؟ فعلى الاول تحرم المعاملة، و على الثانى يكون المركب من المعاملة و التسليم متعلقا لها، و على الثالث لا تحرم المعاملة، و هذا هو الضابط فى المقام.

و به يظهر ما فى كلمات المحقق المذكور و سائر الاعلام فلا حاجة الى اطالة الكلام فى ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣

...

حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها

و لا بد في المقام من امر يبتنى عليه كثير من الفروع الآتية، و هو ان حرمة المعاملة، هل تستلزم فسادها كما لعلة المشهور، أم تستلزم صحتها كما عن أبي حنيفة، أم لا تستلزم شيئا منهما بل لا بد في إثبات صحتها أو فسادها من التماس دليل آخر. و تنقيح القول في المقام ان النهى المتعلق بالمعاملة تارة يكون ارشاديا، و أخرى يكون تحريما و ثالثه يكون تشريعا. و على الثانى قد يتعلق النهى بالآثار و التصرف في الثمن او المثلن كقوله عليه السلام ثمن العذرة سحت و قد يتعلق بنفس المعاملة او بعنوان منطبق عليها.

لا ريب في دلالة القسم الاول على الفساد، و كذلك القسم الثانى إذ لا وجه للمنع عن التصرف في الثمن او المثلن، سوى عدم صحة المعاملة و بقاءه على ملك مالكة، نعم دلالة القسم الاول عليه تكون بالمطابقة و دلالة الثانى بالالتزام. و أما القسم الثالث و هو النهى التحريمى المتعلق بالمعاملة فهو قد يتعلق بالاعتبار النفسانى القائم بالمتعاملين و قد يتعلق بابراره بمرز خارجى.

توضيح ذلك: ان في المعاملة كالبيع اربعة أمور:

احدها اعتبار الملكية القائم بالمتبايعين.

ثانيها اعتبارها القائم بالعقلاء.

ثالثها الاعتبار القائم بالشارع الاقدس.

رابعها إظهار المتبايعين اعتبارهما النفسانى بمظهر خارجى، من لفظ او غيره.

أما الاعتبار القائم بالشارع فهو غير قابل لتعلق النهى به، و ذلك لانه من الافعال الاختيارية للمولى و خارج عن تحت قدرة المكلف، مع انه إذا كان مبعوضا له فلاى جهة يوجد.

و أما الاعتبار القائم بالعقلاء الذى يعبر عنه في كلماتهم بالمسبب العرفى أى إمضاء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٤

...

العقلاء اعتبار المتبايعين فهو ايضا غير قابل لتعلق النهى به لكونه خارجا عن تحت قدرة

المتبايعين، و ليست نسبته إلى فعلهما نسبة المسبب التولىدى إلى سببه كى يصح النهى عنه للقدرة على سببه.

و بذلك يظهر فساد ما افاده المحقق النائنى قدس سره حيث التزم بأن متعلق النهى هو المسبب العرفى.

و على ذلك فيتعين تعلق النهى اما بالاعتبار القائم بالمتبايعين، او بما يكون مظهرا له فى الخارج، و على كل تقدير لا يدل النهى على الفساد.

أما على الثانى: فواضح سواء تعلق النهى بذات ما هو مظهر كانشاء البيع باللفظ اثناء الاشتغال بالفريضة او به بما له مظهر للاعتبار المزبور.

و أما على فرض تعلقه بالاعتبار النفسانى: ما قيل فى دلالة على الفساد وجهان: الاول: ما افاده المحقق النائنى قدس سره و هو: انه يعتبر فى صحة المعاملة امور ثلاثة:

احدها: كون كل من المتعاملين مالكا للعين او بحكمه. ثانيها: أن لا يكون محجورا عن التصرف فيها من جهة تعلق حق الغير بها او غير ذلك من اسباب الحجر ليكون له السلطنة الفعلية على التصرف فيها.

ثالثها: أن توجد المعاملة بسبب خاص و آله مخصوصة، فإذا تعلق النهى بالمسبب، أى الاعتبار النفساني، و بعبارة اخرى: بالملكية المنشأة كما فى النهى عن بيع المصحف من الكافر، كان النهى معجزاً مولوياً للمكلف عن الفعل و رافعا لسلطنته عليه، فيختل بذلك الشرط الثانى المعتبر فى صحة المعاملة، و يترتب عليه فسادها.

و بالجملة: يعتبر فى المعاملة السلطنة الفعلية على التصرف فى العين و منع المولى يوجب رفع السلطنة فلا محالة تفسد المعاملة. و فيه: ان توقف نفوذ المعاملة و صحتها على السلطنة الوضعية بديهى، و أما كون

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٥

...

النهى موجبا لسلب هذه السلطنة فهو أول الكلام: نعم، النهى يوجب رفع السلطنة التكليفية و نفوذ المعاملة غير متوقف عليها.

و بالجملة: المعتبر فى صحة المعاملة إنما هى السلطنة الوضعية، و الحرمة إنما توجب رفع السلطنة التكليفية، لا السلطنة الوضعية، إذا لا منافاة بين حرمة شىء و نفوذه و ضعا الوجه الثانى: الروايات الواردة فى نكاح العبد بدون إذن سيده، الدالة على صحته مع اجازته لا بدونها، معللة بانه لم يعص الله و إنما عصى سيده، فإذا أجاز، جاز.

كصحيح زرارة عن الامام الباقر عليه السلام سأله عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال:

ذاك إلى سيده إن شاء اجازته و إن شاء فرق بينهما، قلت: اصلحك الله ان الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعي و أصحابهما يقولون ان أصل النكاح فاسد و لا تحل إجازة السيد له فقال ابو جعفر عليه السلام: انه لم يعص الله و إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز (١).

و صحيحه الآخر عنه عليه السلام: سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه قال عليه السلام: ذلك لمولاه إن شاء فرق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما - إلى ان قال - فقلت لابي جعفر عليه السلام فانه فى أصل النكاح كان عاصيا؟ فقال أبو جعفر عليه السلام إنما اتى شيئا حلالا و ليس بعاص لله، إنما عصى سيده و لم يعص الله تعالى، إن ذلك ليس كإتيان ما حرم الله عليه من نكاح فى عدة و اشباهه (٢) و نحوهما غيرهما.

و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على ان النكاح لو كان مما حرمه الله تعالى عليه كان فاسدا.

(١) الوسائل باب ٢٤، من ابواب نكاح العبيد و الاماء، حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢٤، من ابواب نكاح العبيد و الاماء، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٦

...

و فيه: إن احتمالات المراد من العصيان فى الجملتين أربعة:

الاول: أن يراد به فيهما العصيان الوضعى.

الثانى: أن يراد به فيهما العصيان التكليفى.

الثالث: أن يراد بالعصيان فى الاولى: التكليفى منه، و فى الثانية: الوضعى منه.

الرابع: عكس ذلك.

والاحتمالان الاخيران يدفعان بوحدة السياق، فيدور الامر بين الاولين، والظاهر هو الاول، وذلك لوجهين:

الاول: إن إنشاء البيع او التزويج ليس تصرفا عرفا كى يكون حراما، ولذا لو أنشأ البيع العبد لغير نفسه لما توقف على اجازة سيده بلا كلام.

□

الثانى: إن عصيان السيد حرام شرعا، فمعصيته تكون معصية لله تعالى، فكيف يتصور ان يكون فعل معصية للسيد ولا يكون معصية لله، فلا محالة يكون المراد منه العصيان الوضعى، أعنى عدم النفوذ.

فالمتحصل حينئذ: أنه لا- توقف فى نفوذ النكاح من قبل الله تعالى، وليس نكاحا غير مشروع فى نفسه، بل التوقف فى نفوذه إنما هو من قبل السيد لا اعتبار رضاه فيه،

فيدور عدم الصحة مدار عدم رضا السيد حدوثا وبقاء، فاذا أجاز، جاز. لا يقال:

ان العصيان الوضعى للسيد مستلزم لعصيان الله تعالى ايضا، لان عدم امضاء السيد، موجب لعدم امضاء الله تعالى.

فإنه يقال: ان عصيان السيد ومخالفته حرام شرعا، والمحرم الشرعى ليس على قسمين، وبعبارة اخرى: بالاجازة والرضا البعدى لا ينقلب ما وقع معصية عما وقع عليه،

وهذا بخلاف عدم الامضاء، فإن عدم امضاء الشارع الاقدس لما لم يمضه السيد عدم امضاء مادامى اى ما دام لم يجز السيد، فتدبر فإنه دقيق.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٧

...

و يؤيد ما ذكرناه من كون المراد من العصيان فيهما العصيان الوضعى: تمثيله عليه السلام

لعصيان الله تعالى فى الصحيح الثانى بالنكاح فى العدة و اشباهه.

فتحصل: انه لا دليل على دلالة النهى التحريمى على الفساد.

ومما ذكرناه ظهر انه لا يدل النهى عن المسبب على الصحة ايضا، لانه قد استدل لذلك بوجهين: الاول: انه يعتبر فى متعلق النهى القدرة، ولا يكاد يقدر على المسبب الا فيما كانت المعاملة مؤثرة صحيحة.

الثانى: النصوص المتقدمة، بتقريب انها صريحة فى ان عصيان السيد لا يستلزم بطلان النكاح، وبما ان عصيان السيد يستلزم عصيانه تعالى، يستفاد منها ان عصيانه تعالى لا يستلزم الفساد، وأما عصيانه تعالى المستلزم للفساد بمقتضى مفهوم قوله عليه السلام لم يعص الله فلا بد ان يراد به العصيان الوضعى.

و كلاهما فاسدان،

أما الاول: فلانه يتم لو كان متعلق النهى الاعتبار القائم بالشارع، وقد عرفت عدم معقولية ذلك، وإنما المتعلق له الاعتبار القائم بالمتابعين وهو مقدور وان لم يكن صحيحا.

و أما الثانى: فلتوقفه على ان يكون المراد من العصيان فى كل من الموردین معنى يغير ما يراد منه فى الآخر، وقد عرفت فساد ذلك ايضا.

فتحصل: ان النهى التحريمى عن المعاملة لا يستلزم فسادها ولا صحتها، ولا بد من الحكم بأحدهما من التماس دليل آخر.

و أما القسم الرابع: وهو النهى التشريعى فملخص القول فيه: إنه إن تعلق نهى بمعاملة خاصة فهو لا- محالة يكون دالا على فسادها وعدم مشروعيتها و أما المعاملة التى لا يعلم مشروعيتها ولا دليل عليها إذا أتى بها بما أنها مشروعة فمقتضى عموم النهى عن التشريع حرمتها، ومقتضى اصالة عدم الانتقال هو البناء على الفساد ما لم ينكشف كونها ممضاه، وإنما الكلام فيما لو انكشف كونها

مشروعة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٨

و كيف كان،

فالاكتساب المحرم أنواع

إشارة

نذكر كلا منها في طي مسائل ثمان:

الأولى:

[النوع الأول] الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى.

و فيه مسائل:

الأولى: يحرم المعاوضة على بول غير مأكول اللحم بلا خلاف ظاهر،

إشارة

لحرمة و نجاسته و عدم الانتفاع به منفعه محللة مقصودة (١) فيما عدا بعض أفراده كبول الابل

فعلى المختار من عدم دلالة النهى النفسى المتعلق بالمعاملة على الفساد صحت هذه المعاملة، و أما على ما اختاره المحقق النائنى تبعا للمشهور من دلالة على الفساد فلا- بد له من الالتزام بالفساد بناء على ان المحرم فى المقام، إذا لا فرق بين تعلق نهى خاص بمعاملة خاصة و بين انطباق عنوان عام محرم عليها، فإن المبغضية إن استلزمت الفساد فهو فى الموردين، و الا فكذلك، و بذلك ظهر أن اختيار المحقق النائنى قدس سره الصحة فى الفرض، و عدم دلالة النهى التشريعى على الفساد لا ينطبق على مسلكه، فليكن ما أطلنا الكلام فيه و حققناه فى المقام على ذكر منك لانه ينفع فى كثير من الفراغ الآتية.

المعاوضة على أبوال ما لا يؤكل لحمه

(١) لا يخفى ان المصنف قدس سره خلط فى المقام بين الحرمة التكليفية و الحرمة الوضعية كما صنع ذلك فى المباحث الآتية، و ظاهر كلامه كون كل من الحرمة و النجاسة و عدم الانتفاع دليلا على كلا الحكمين و عليه، فلا بد من التعرض لكلا الحكمين، و ما ذكر مدركا لهما.

و الكلام يقع اولاً فى الدليل على الحرمة التكليفية.

ثم فى ما استدل به على الحرمة الوضعية.

أما المقام الاول: فقد استدل لها بوجوه:

الاول: انه نجس و يحرم بيع النجس كما دل على ذلك قوله عليه السلام فى خبر تحف العقول او

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٩

...

شيء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم لان ذلك كله منهي عن اكله و شربه و لبسه و ملكه و امساكه و التقلب فيه فجميع تقلبه في ذلك حرام «١».

و فيه اولاً: ما تقدم من انه ضعيف السند غير مجبور بعمل الاصحاب.

و ثانياً: ان الخبر مختص بمقتضى التعليل المذكور فيه، بما اذا لم يكن للنجس منفعة محللة، و ستعرف ان للبول منفعة محللة فلا يشملها الخبر.

و دعوى انه لا يجوز الانتفاع بالنجس بجميع منافعه، ستعرف ما فيها عند تعرض الشيخ للمسألة.

الثاني: انه حرام و لا يجوز بيع الحرام لقوله صلى الله عليه و آله في النبوى المشهور: ان الله اذا حرم شيئاً، حرم ثمنه «٢».

و فيه: انه ان اريد بذلك حرمة بعض منافعه كالاكل و الشرب فالحرمة لا تستلزم عدم جواز البيع لعدم الدليل عليه، و النبوى مختص بما حرم بجميع منافعه، و لو فرض وجود دليل عليه لا بد من رفع اليد عنه و الا لزم تخصيص اكثر افراده المستهجن.

و ان اريد به حرمة جميع منافعه فهى و ان استلزمت عدم جواز البيع وضعاً كما سيمر عليك الا انه لا دليل على كونها موجبة للحرمة التكليفية، و النبوى مضافاً الى ضعف سنده، دال على عدم الجواز الوضعى لتعلق الحرمة بالتصرف فى الثمن، و قد مر ان مثل ذلك

دليل على الفساد الوضعى مضافاً الى انه ستعرف انه لا دليل على حرمة جميع منافع ابوال ما لا يأكل لحمه.

الثالث: عدم جواز الانتفاع به فلا يجوز بيعه.

و فيه: ما تقدم من جواز بعض الانتفاعات به اولاً.

و ان ذلك يستلزم فساد البيع كما سيمر عليك لا الحرمة التكليفية ثانياً.

(١) الوسائل باب ٢، من ابواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) قد تقدم مصدر هذا الحديث فى ص ١٨.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٠

الجلالة او الموطوءة. (١) فرعان: الاول: ما عدا بول الابل من ابوال ما يؤكل لحمه المحكوم بطهارتها عند المشهور ان قلنا بجواز شربها اختياراً (٢) كما عليه جماعة من القدماء.

الرابع: الاجماع المحكى عن غير واحد من الاعاظم.

و فيه: انه من المحتمل لو لم يكن هو الظاهر استناد المجمعين الى ما تقدم من الوجوه.

فالاجماع على فرض ثبوته لا يكون تعبدياً، فلا يصلح للاعتماد عليه.

و أما المقام الثانى: فقد استدلل على الحرمة الوضعية بوجوه: الاول: نجاسته و قد عرفت ما فيه.

الثانى: حرمة و قد مر ما يمكن ان يورد عليه.

الثالث: عدم جواز الانتفاع به، فان حرمة الانتفاع به تستلزم نفي ماليتها التى لا بد منها فى تحقق البيع، و سيجىء ان بول ما لا يؤكل لحمه ينتفع به ببعض المنافع.

و أما الايرادات التى اوردها الاستاذ الاعظم فسيجىء الكلام فيها فى النوع الثالث مما يحرم التكبس به.

الرابع: حرمة بيعه تكليفاً، فان حرمة المعاملة تستلزم فسادها.

و فيه: مضافاً الى ما تقدم من منع الحرمة التكليفية، انه قد عرفت ان حرمة المعاملة.

لا تستلزم فسادها.

فتحصل: ان الاقوى جواز بيع بول ما لا يؤكل لحمه وضعا و تكليفا.

و منه يظهر جواز بيع بول ما يؤكل لحمه، من دون فرق بين اقسامه.

(١) الظاهر انه استثناء من قوله: و عدم الانتفاع به، و المراد ان بول ما لا- يؤكل لحمه ليس له منفعة محللة معتد بها الا بول الابل الجلالة، فان له منفعة محللة ظاهرة.

(٢) و فيه ان مجرد جواز الشرب بعد تنفر الطباع عن شربها لا- يوجب فرقا بينها و بين ابوال ما لا يؤكل لحمه لانه حينئذ لا يعد من المنافع الظاهرة، و العجيب: انه قدس سره يعترف فيما يأتي بان الاكل لا يعد من منافع الروث فلا فرق بين بول ما يؤكل لحمه و بول ما لا يؤكل لحمه، و عرفت ان الاظهر جواز بيعهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣١

و المتأخرين بل عن المرتضى دعوى الاجماع عليه، فالظاهر جواز بيعها (١).

نعم لو فرضنا عدم وجود منفعة معتد بها لشيء منهما لا يجوز بيعه وضعا بناء على ما سيحىء فى النوع الثالث مما يحرم التكسب به من ان ما لا نفع له لا يجوز بيعه. فانتظر.

يحرم شرب ابوال ما يؤكل لحمه

(١) و لا- بأس تبعا للشيخ الاعظم من التعرض لحكم فرع فى المقام، و ان كان غير مربوط بما وضع الكتاب له، و هو انه: هل يجوز شرب ابوال ما يؤكل لحمه اختيارا كما عن جماعة، بل عن السيد المرتضى، دعوى الاجماع عليه، ام لا يجوز، ام يفصل بين بول الابل و غيره فيجوز فى الاول خاصة؟ و قد استدلل للاول: بالاصل، و بما عن قرب الاسناد: عن ابى البخترى، عن جعفر، عن ابيه: ان النبى صلى الله عليه و آله قال: لا بأس ببول ما اكل لحمه «١».

و لكن يرد على الاول: انه انما يرجع اليه بعد فقد الدليل.

و يرد على الثانى: مضافا الى ضعف سنده لان فى طريقه وهب بن وهب الذى قال النجاشى فى حقه: انه كان كذابا، انه لا ظهور له فى جواز الاكل، بل الظاهر و لا أقل من المحتمل ان المراد منه طهارته و عدم نجاسته، مع انه لو سلم دلالة على ذلك يتعين تقييده بما دل على الجواز فى حال الضرورة.

و استدلل للثانى بقوله تعالى: (و يحرم عليهم الخبائث «٢» بدعوى البول مطلقا من الخبائث، و بخبر سماعه، عن مولانا الصادق عليه السلام عن شرب الرجل ابوال الابل و البقر و الغنم ينعت له من الوجع هل يجوز له ان يشرب؟ قال عليه السلام نعم لا بأس به «٣».

(١) الوسائل، باب ٥٩ من أبواب الاطعمة و المباحة، حديث ٢.

(٢) سورة الاعراف، آية ١٥٨.

(٣) الوسائل، باب ٥٩ من أبواب الاطعمة المباحة، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٢

و إن قلنا بحرمه شربها كما هو مذهب جماعة أخرى لاستخبائتها فى جواز بيعها قولان:

من عدم المنفعة المحللة المقصودة فيها، و المنفعة النادرة لو جوزت المعاوضة لزم منه جواز معاوضة كل شيء و التداوى بها لبعض الاوجاع لا يوجب قياسها على

و فيهما نظر: أما الاول: فلانه لم يثبت كون المراد من الخبيث هو ما تتنفر عنه الطبايع، بل الثابت خلافه، فإن كثيرا من الاشياء التي تتنفر عنها الطبايع يجوز شربها و ان لم يكن للتداوى، و قد اطلق الخبيث على العمل القبيح الذي لا تتنفر عنه الطبايع في الآية الشريفة، بل الظاهر ان المراد بالخبيث هو ما فيه مفسدة و رداءة، و لم يثبت كون الابوال منه بهذا المعنى.

و أما الثاني: فلان التقييد إنما هو في كلام السائل، مع انه لو كان في كلام الامام عليه السلام لما كان يدل عليه الانباء على حجية مفهوم القيد.

فالصحيح أن يستدل له بمفهوم موثق عمار عنه عليه السلام: انه سئل عن بول البقر يشربه الرجل؟ قال عليه السلام: إن كان محتاجا إليه يتداوى به يشربه، و كذلك أبوال الابل و الغنم «١».

و استدل للاخير، أى الجواز فى خصوص بول الابل: بخبر الجعفرى، قال سمعت ابا الحسن موسى عليه السلام: يقول: أبوال الابل خبر من ألبانها، و يجعل الله الشفاء فى ألبانها «٢».

و فيه: اولاً: انه ضعيف السند لبكر بن صالح.

و ثانياً: انه يدل على ثبوت الخير فى بولها، و هو اعم من الجواز التكليفي، إذ يمكن ان يكون ذلك من جهه كونه دواء لكثير من الامراض.

و أما ما ذكره بعض مشايخنا المحققين قدس سره فى الجواب عنه من انه إنما سيق لبيان مضرية ألبانها، فغير تام، فإن ذلك يناهى ما فى ذيل الخبر، و يجعل الله الشفاء فى ألبانها.

و ما فى سائر النصوص من انها دواء من كل داء و عاهة.

(١) الوسائل، باب ٥٩ من أبواب الاطعمة المباحة، حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٥٩ من أبواب الاطعمة المباحة، حد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٣

الادوية و العقاقير، لانه يوجب قياس كل شىء عليها للانتفاع به فى بعض الاوقات (١) و من ان المنفعة الظاهرة و لو عند الضرورة المسوغه للشرب كافيه فى جواز البيع و الفرق بينها و بين ذى المنفعة الغير المقصودة حكم العرف بانه لا منفعة فيه و سيجىء الكلام فى ضابطة المنفعة المسوغه.

الاكتساب بالابوال

(١) توضيح ما أفاده، انه قد يقال بعدم جواز بيعها لعدم المنفعة المحللة المقصودة

فيها، و المنفعة النادرة لو جوزت المعاوضة لزم منه جواز معاوضة كل شىء.

و اورد عليه: بانه يتداوى بها لبعض الاوجاع، و هذه فائدة مترتبة عليها، فهى نظير الادوية و العقاقير.

لانه يوجب قياس كل شىء عليها للانتفاع به فى بعض الاوقات.

و اورد عليه: بأن هذا فى بادئ النظر، جواب نقضى و لذا قال بعضهم: ان هذا جواب لا يليق أن يذكر، إذ على الفقيه أن يدفع قياس كل شىء عليها.

و قال الاستاد الاعظم: إن التداوى بها لبعض الاوجاع يجعلها مصداقا لعنوان الادوية، و انطباق الكلى على أفراد غير مربوط بالقياس.

ولكن: يمكن ان يقال: ان مراده قدس سره بذلك ان ابوال ما يؤكل لحمه بعد فرض انحصار فائدتها بالتداوى لبعض الاوجاع على ما هو مفروض الكلام، بما انها مبتدلة و لا- ينحصر التداوى بها غالباً، بل قل ما يتفق الاحتياج إليها الموجب ذلك لعدم تعلق الغرض بحفظها لا تكون عند العرف من الاموال و لا يعدون ذلك من منافعها، و لا يعتنون بمثل هذه الفائدة في ابتذال المال بازائها، و هذا بخلاف الادوية و العقاقير، و لذا ترى أنها تجلب من أفاصى البلاد و يكون بيعها و شرائها من التجارات المهمة، و الشاهد على ذلك انهم عند الاحتياج إليها يعدونها من الاموال و يعاملون عليها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٤

نعم يمكن أن يقال: قوله صلى الله عليه و آله و سلم إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه، و كذلك الخبر المتقدم عن دعائم الاسلام، يدل على أن ضابطة المنع تحريم الشيء اختياراً، و إلا فلا حرام الا و هو محلل عند الضرورة و المفروض حرمة شرب الابوال اختياراً، و المنافع الاخر غير الشرب لا- يعبأ بها جداً، فلا- ينتقض بالطين المحرم أكله، فإن المنافع الاخر للطين اهم و اعم من منفعة الاكل المحرم، بل لا يعد الاكل من منافع الطين، فالنبي دال على انه إذا حرم الله شيئاً بقول مطلق، بأن قال يحرم الشيء الفلاني حرم بيعه، لاین تحريم عينه إما راجع إلى تحريم جميع منافعه او الى تحريم اهم منافعه الذى يتبادر عند الاطلاق، بحيث يكون غيره غير مقصود منه، و على التقديرين يدخل الشيء لاجل ذلك، فيما لا ينتفع به منفعة محللة مقصودة، و الطين لم يحرم كذلك بل لم يحرم إلا بعض منافعه الغير المقصودة منه و هو الاكل بخلاف الابوال، فانها: حرمت كذلك، فيكون التحريم راجعاً إلى شربها و غيره من المنافع فى حكم العدم. و بالجملة فالانتفاع بالشيء حال الضرورة منفعة محرمة فى حال الاختيار لا يوجب جواز بيعه (١).

و بالجملة: بعد كون مناط المالية رغبات الناس بلحاظ حاجاتهم إليها على حسب الحالات و الازمنة، الفرق بين الابوال و الادوية و العقاقير واضح.

(١) و قد يستدل لعدم جواز بيعها: بان النبوى المتقدم: انه إذا حرم الله شيئاً حرم ثمنه. يدل على عدم جواز بيع ما حرم اختياراً و الا فلا حرام إلا و هو محلل عند الضرورة، و المفروض حرمة شرب الابوال اختياراً.

ولكن قد عرفت ضعف سند النبوى و عدم صلاحيته للاعتماد عليه، فلا بد من الرجوع إلى القواعد، و هى تقتضى فساد بيع ما لا يكون له منفعة محللة، و صحة بيع ما له منفعة كذلك كما سيأتى تنقيح القول فى ذلك فى النوع الثالث مما يكتسب به، و عليه فيجوز بيع كل ماله منفعة جائزة حين جوازها و لو كان ذلك حين الاضطرار، إذا أهل العرف يرونه فى حال الاضطرار مالا لرغبتهم إليه بلحاظ الحاجة و يبذلون المال يازائه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٥

و لا ينتقض ايضاً بالادوية المحرمة فى غير حال المرض لاجل الاضرار (١) لان حلية هذه فى حال المرض ليست لاجل الضرورة بل لاجل تبدل عنوان الاضرار بعنوان النفع.

و أما ما ينتفع به فى حال الاضرار، و لا ينتفع به حال الاختيار، فهل يجوز بيعه فى حال الاختيار مطلقاً، ام لا يجوز كذلك، ام يفصل بين الموارد؟ وجوه: اقواها الاخير، اذ لو كان للشيء منافع محرمة فى حال الاختيار، او لم تكن له منفعة، و منفعة محللة فى حال الاضطرار، و كان الاحتياج اليه قليلاً، و كان ذلك الشيء مبتدلاً لا يعد ذلك فى حال الاختيار مالا عرفاً، لا سيما اذا احتاج الى مؤنثه، و أما اذا كانت منفعته المحللة فى حال الاضطرار شائعة بان كثرت الحاجة الى التداوى به، او كانت نادرة و لكن عز وجوده و قل كلحم الافعى فيصح بيعه، لان اهل العرف يعدون ذلك الشيء مالا و يبذلون المال بازائه قبل زمان الاضطرار للتداوى به عند الابتلاء

به او يبيعه من المريض.

(١) محصل النقض انه كما ان الادوية محرمة الاستعمال في غير حال الصحة لاضرارها بالنفس، و مع ذلك يجوز بيعها لاستعمالها حال المرض. كذلك الابوال بناء على حرمة شربها في حال الصحة و الاختيار فانه لجواز استعمالها حال المرض يجوز بيعها. و اجاب عن ذلك المصنف قدس سره بقوله: ان حلية هذه في حال المرض ليست لاجل الضرورة بل لاجل تبدل عنوان الاضرار بعنوان النفع.

و فيه: ان عنوان الاضرار من العناوين الثابتة لاستعمال كل شىء من المشروبات و المأكولات زائدا عن حده، و في غير محله، حتى الخبز اذا اكل الانسان في حال الشبع و انطباقة على الادوية ايضا يكون كذلك، فهذا لا يصلح جعله مناطا للحرمة و علة لعدم جواز البيع اذ عليه لا يجوز بيع شىء من المشروبات و المأكولات.

و مع الاغماض عن ذلك، ما ذكره من الفرق غير فارق، اذ على فرض صحة سند النبوى و دلالة على ان ما حرم في حال الاختيار لا يجوز بيعه، لا وجه للفرق بين كون الحرمة ثابتة له بعنوانه الاولى او بعنوان الاضرار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٦

و مما ذكرنا يظهر ان قوله عليه السلام: في روايته تحف العقول المتقدمة، و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، يراد به جهة الصلاح الثابتة حال الاختيار (١) دون الضرورة و مما ذكرنا يظهر حرمة بيع لحوم السباع دون شحومها فان الاول من قبيل الابوال، و الثانى من قبيل الطين، في عدم حرمة جميع منافعها المقصودة منها، و لا ينافيه (٢) النبوى: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم،

فباعوها (١) و اكلوا ثمنها، لان الظاهر ان الشحوم كانت محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات، لا كتحريم شحوم غير ما كحل اللحم علينا.

(١) و فيه ان مقتضى اطلاقه صحة بيع ما فيه جهة الصلاح حين وجودها من غير فرق بين حالتى الاختيار و الاضطرار، و ايضا من غير فرق بين كون تلك الجهة شائعة ام

بيع شحوم ما لا يؤكل لحمه

(٢) وجه التنافى هو توهم دلالة على ان استحقاق اليهود للعن انما هو من جهة بيعهم ما حرم اكله، و لو لا الملازمة بين حرمة الاكل لما كان وجه لذلك.

و اجاب عنه المصنف قدس سره بان الظاهر ان الشحوم كانت محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات لا كحرمة شحوم غير الماكول علينا.

و اورد عليه الاستاذ الاعظم: بانه لا منشأ لهذا الظهور لا من الرواية و لا من غيرها.

و يرد عليه: ان منشأ استظهاره اسناد الحرمة الى الشحوم انفسها لا الى اكلها اذ الظاهر من اسناد الحرمة الى شىء بقول مطلق حرمة جميع منافعه.

فالصحيح ان يورد عليه: بان استظهار ذلك مع عدم كون الكلام مسوقا لبيان حرمة الشحوم في غير محله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٧

و لكن الموجود من النبوى في باب الاطعمة عن الخلاف ان الله اذا حرم اكل شىء حرم ثمنه و الجواب عنه مع ضعفه (١) و عدم الجابر له سنداً و دلالة لقصودها لزوم تخصيص ال-اكثر الثانى بول الابل يجوز بيعه إجماعاً على ما فى جامع المقاصد و عن إيضاح

النافع اما لجواز شربه اختيارا (٢) كما يدل عليه قوله عليه السلام في رواية لجعفرى أبوال ابل خير من ألبانها «١»

و لكن يصح الجواب عن الاستدلال: بانه يحتمل ذلك اى كون الشحوم محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات لعدم معلومية كيفية حرمة الشحوم عليهم، فلا يمكن رفع اليد عن الادلة الاخر بهذا الخبر.

(١) الظاهر زيادة كلمة (مع) و مراد المصنف قدس سره ان الخبر ضعيف السند.

و الدلالة، للزوم تخصيص الاكثر، لانه مضافا إلى ضعفه سندا و دلالة يلزم تخصيص الاكثر كى يورد عليه بانه لا وجه لضعف الدلالة سوى ذلك فتدبر.

ثم إن حمل الخبر على إرادة حرمة الاكل من المأكولات أعنى ما يقصد للاكل دون ما حرم أكله مطلقا، فلا يلزم منه تخصيص الاكثر، كما عن المحقق الايروانى قدس سره حمل تبرعى لا يصار إليه مع عدم القرينة.

بيع بول الابل

(٢) و فيه أولا انه ضعيف السند لبكر بن صالح.

و ثانيا: انه يدل على ثبوت الخير فى بولها، و هو اعم من الجواز التكليفى، إذ يمكن ان يكون ذلك من جهة كونه دواء لكثير من الامراض.

و أما ما ذكره بعض مشايخنا المحققين قدس سره فى الجواب عنه، من انه إنما سيق لبيان مضرية ألبانها.

فغير تام فإن ذلك ينافى ما فى ذيل الخبر و يجعل الله السفاء فى ألبانها و ما فى ساير النصوص من أنها دواء من كل داء و عاهة.

(١) الوسائل باب ٥٩ من أبواب الاطعمة المباحة، حدى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٨

و أما لاجل الاجماع المنقول لو قلنا بعدم جواز شربها إلا لضرورة الاستشفاء كما يدل عليه (١) رواية سماعه قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بول الابل و البقر و الغنم ينتفع به من الوجع هل يجوز أن يشرب؟ قال عليه السلام: نعم لا بأس «١» و موثقة عمار عن بول البقر يشربه الرجل قال إن كان محتاجا إليه يتداوى بشربه فلا بأس به كذلك بول الابل و الغنم «٢» لكن الانصاف أنه لو قلنا بحرمة شربه اختيارا (٢) أشكل الحكم بالجواز إن لم يكن اجماعيا كما يظهر من مخالفة العلامة فى النهاية.

و ثالثا أبوال ابل بما انها مبتدلة و لا ينحصر التداوى بها غالبا بل قل ما يتفق الاحتياج اليها، بعد فرض انحصار فائدها بالتداوى لبعض الاوجاع، الموجب لذلك لعدم تعلق الغرض بحفظها لا تكون عند العرف من الاموال و لا يعدون ذلك من منافعها، و لا يعتنون بمثل هذه الفائدة فى ابتدال المال بإزائها.

و بالجملة بعد فرض كون مناط المالية المصححة لجواز البيع رغبات الناس بلحاظ حاجاتهم إليها على حسب الحالات و الازمنة عدم جواز بيع الابوال واضح.

(١) و فيه اولا ان التقييد فى كلام السائل لا فى كلام الامام عليه السلام.

و ثانيا انه لو كان فى كلام الامام عليه السلام لما كان يدل عليه البناء على حجية مفهوم القيد.

نعم موثق عمار يدل عليه بمفهوم الشرط.

(٢) و يرد عليه انه لو كان للشىء منافع محرمة فى حال الاختيار او لم تكن له منفعة،

و منفعة محللة فى حال الاضطرار و كانت تلك المنفعة شائعة بأن كثرت الحاجة إلى التداوى به او كانت نادرة و لكن عز وجوده و

قل كلحم الاغعى يصح بيعه فى حال الاختيار لان اهل العرف يعدون ذلك الشىء مالا و يبذلون المال بإزائه قبل زمان الاضطرار للتداوى به عند الابتلاء به او بيعه من المرض نعم ما أفاده يتم فى بول الابل كما مر

(١) الوسائل باب ٥٩ من أبواب الاطعمة المباحة، حديث ٧.

(٢) الوسائل باب ٥٩ من أبواب الاطعمة المباحة، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٩

و ابن سعيد فى الزهة قال (١) فى النهاية: و كذلك البول يعنى يحرم بيعه و ان كان طاهرا للاستخبات كأبوال البقر و الابل و ان انتفع به فى شربه للدواء لانه منفعة جزئية نادرة فلا يعتد به (انتهى) أقول: بل لان (٢) المنفعة المحللة للاضطرار و إن كانت كلية لا يسوغ البيع كما عرفت.

الثانية يحرم بيع العذرة من كل حيوان على المشهور

إشارة

(٣) بل فى التذكرة كما عن الخلاف الاجماع على تحريم بيع السرجين النجس و يدل عليه مضافا إلى ما تقدم من الاخبار رواية يعقوب بن شعيب ثمن العذرة من السحت، نعم فى رواية محمد بن مضارب لا بأس ببيع العذرة.

(١) لا ظهور لكلام العلامة قدس سره فى عدم جواز البيع على تقدير حرمة شربه اختيارا خاصة، بل يحتمل أن يكون مراده عدم الجواز حتى مع جواز شربه، لما ذكرناه من ان جواز الشرب ليس مناط المالية فراجع.

(٢) الصحيح ما ذكره العلامة قدس سره كما يظهر لمن راجع ما ذكرناه فى بعض الحواشى السابقة ضابطا لجواز البيع فراجع.

حكم بيع العذرة

(٣) هذا هو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل عن صريح غير واحد كالعلامة و صاحب الجواهر و غيرهما، و ظاهر آخرين، دعوى الاجماع عليه.

و أما النصوص الواردة فى المقام فهى على طائفتين:

الاولى: ما تدل على عدم جواز البيع و كون ثمن العذرة من السحت، كخبر يعقوب بن شعيب عن الامام الصادق عليه السلام ثمن العذرة من السحت «١».

الثانية: ما تدل على الجواز: كحسن محمد بن مضارب عنه عليه السلام قال: لا بأس ببيع العذرة «٢».

و أما موثق سماعة قال: سال رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر فقال: إنى رجل أبيع

(١) الوسائل باب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٠

و جمع الشيخ بينهما (١) بحمل الاول على عذرة الانسان و الثانى على عذرة البهائم، و لعله لان الاول نص فى عذرة الانسان ظاهر فى غيرها، بعكس الخبر الثانى، فيطرح ظاهر كل منهما بنص الآخر.

العذرة فما تقول؟ قال عليه السلام حرام بيعها و ثمنها، و قال: لا بأس ببيع العذرة «١».

فالظاهر أنه خبران، جمع الراوى بينهما و ذلك لوجهين: الاول: تكرار كلمة (قال) و لو كان خبرا واحدا صادرا عن المعصوم فى مجلس واحد لما كررها.

الثانى: أنه لو كان خبرا واحدا لكان للمعصوم عليه السلام ذكر المضمرة موضع المظهر و كان يقول لا بأس ببيعها، فما ذكره بعض من ان روايات الباب على طوائف فى غير محله.

بل هى طائفتان: مانعة، و جوزة.

و قد ذكر الاساطين فى مقام الجمع بين الطائفتين وجوها:

(١) الاول: ما نقله المصنف قدس سره عن شيخ الطائفة و هو حمل خبر المنع على عذرة الانسان و خبر الجواز على عذرة البهائم. و فيه: أولا- ان حمل الظاهر على نص إنما يكون جمعا عرفيا فيما إذا كانت النصوصية باقتضاء نفس الدليل كما فى أفعل و لا بأس بتركه، حيث ان الثانى نص بنفسه فى عدم الوجوب، لا فيما إذا كانت من جهة تيقن اندراج فرد أو أفراد فى الدليل من جهة مناسبة الحكم و الموضوع أو غيرها، إذ أهل العرف لا يرون مثل هذا النص قرينة على التصرف فى الظاهر.

و إن شئت قلت: ان النص الذى يكون قرينة هو النص فى تمام المدلول لا فى بعضه كما فى المقام، و ذلك فإن جعل احد الدليلين فى أمثال المقام قرينة على التصرف فى ظاهر الآخر،

اما أن يكون باعتبار معناه الظاهر، أو باعتبار بعض مدلوله الذى هو نص فيه، لا- سبيل إلى توهم الاول، فإن ظاهر كل منهما ينافى صدور الآخر و يستدعى عدم صدوره لا حملة على بعض مدلوله.

و أما بالاعتبار الثانى فإن ادعى كونه قرينة بذلك الاعتبار قبل تخصيصه به فهو كما

(١) الوسائل، باب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤١

و يقرب هذا الجمع (١) رواية سماعه قال سأل رجل ابا عبد الله عليه السلام و انا حاضر عن بيع العذرة فقال انى رجل ابيع العذرة فما تقول؟ قال: عليه السلام حرام بيعها و ثمنها و قال لا بأس ببيع العذرة، «١» فان الجمع بين الحكيمين فى كلام واحد لمخاطب واحد يدل على ان تعارض الاولين ليس الا من جهة الدلالة فلا يرجع فيه الى المرجحات السنية او الخارجية.

ترى، و ان ادعى كونه قرينة بعده فهو دور واضح، مثلا- جعل ثمن العذرة سحت، قرينة لحمل لا بأس ببيع العذرة على عذرة غير الانسان لا يصح قبل تخصيصه بعذرة الانسان كما هو واضح، و لا بعده، فان تخصيصه بها لا وجه له سوى لا بأس ببيع العذرة الذى لا يكون قرينة على ذلك الا بعد تخصيصه بعذرة غير الانسان المتوقف على قرينة ثمن العذرة سحت، فتدبر فانه دقيق.

و ثانيا: لا نسلم نصوصية لا بأس ببيع العذرة، فى عذرة غير الانسان كما لا نسلم نصوصية ثمن العذرة سحت فى عذرة الانسان اذ جواز البيع و عدمه لا يكونان تابعين للطهارة و النجاسة، بل انما يكونان تابعين لوجود المنفعة المحللة و عدمها، و لا أقل من احتمال ذلك، و عليه فيما ان منفعة عذرة الانسان تكون ازيد للانتفاع بها فى التسميد و نحوه،

و لا اقل من التساوى، لا تصح دعوى النصوصية المذكورة كما لا يخفى.

و ثالثا: انه لو صح الحمل المذكور كان مقتضاه جواز بيع عذرة مأكول اللحم، و عدم جواز بيع عذرة غير مأكول اللحم، لا خصوص الانسان و البهائم.

و رابعا: الظاهر ان العذرة لا- تطلق على خرد البهائم بل هى حقيقة فى خصوص عذرة الانسان و لقد خرجنا فى المقام عما يقتضيه

الادب و الله تعالى مقييل العثرات.

(١) و فيه اولاً: انه لو تم ذلك فانما هو لو ثبت صدورهما من المعصوم عليه السلام في مجلس واحد لا فيما اذا صدر عنه عليه السلام في مجلسين و الراوى جمع بينهما، و قد عرفت ان الاظهر هو الثانى.

(١) الوسائل، باب ٤٠، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٢

و به يدفع ما يقال من ان العلاج في الخبرين المتنافيين على وجه التباين الكلى هو الرجوع الى المرجحات الخارجيه ثم التخيير او التوقف (١) لا- إلغاء ظهور كل منهما و لهذا طعن على من جمع بين الامر و النهى بحمل الامر على الاباحه و النهى على الكراهه و احتمال السبزوارى حمل خبر المنع على الكراهه و فيه ما لا يخفى من البعد.

و ثانياً: لا يتم ذلك و ان صدر منه عليه السلام في مجلس واحد، إذ لو لم تكن إحدى الجملتين قرينه على التصرف في الاخرى لا مناص عن الحكم بالاجمال و سقوطهما عن الاعتبار.

و دعوى ان دليل التعبد بالخبر الذى فيه الجملتان يقتضى معامله الصادر معهما المستلزمه للعمل بما و لهما.

مندفعه بأن غاية ما يدل عليه دليل التعبد صدورهما، و أما حمل كل من الجملتين على معنى لا تكون ظاهرة، فيه أو الحكم بالاجمال فهو اجنبى عنه، و لزوم اللغويه من التعبد بخبر محكوم بالاجمال لا يوجب العمل بمأولهما بعد كون دليل التعبد هى الادله العامه، بل يستلزم عدم شموله له لعدم الاثر.

و ثالثاً: ان الجمع بينهما فى روايه واحده لو سلم كونه مقتضيا للعمل بمأولهما فإنما يقتضى وجود الجمع بينهما، لا تعيين خصوص ما ذكره الشيخ قدس سره بعد كونه فى نفسه جمعا تبرعيا كسائر طرق الجمع.

(١) يعنى إذا وقعت الجملتان فى خبر واحد يكون مفادهما خاصا فيه يقيد إطلاق كل من الخبرين الشاملين لهما منعا و ترخيصا.

الثانى: ما عن كفايه السبزوارى قدس سره و هو حمل خبر المنع على الكراهه.

و أجاب عنه المصنف قدس سره بقوله و لا يخفى ما فيه من البعد.

و ذكر بعضهم فى وجه استبعاد المصنف قدس سره ان خبر يعقوب صريح فى المنع إذ السحت لا يستعمل فى الكراهه بل هو فى اللغه على ما صرح به أئمة الفن، عبارة عن الحرام.

و فيه: انه قد اطلق السحت فى جمله من النصوص على ثمن ما يجوز بيعه و لكنه مكروه كثمن جلود السباع كخبر الجعفرىات عن الامام على عليه السلام حيث عد من السحت

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٣

و أبعد منه ما عن المجلسى من احتمال حمل خبر المنع على بلاد لا ينتفع به و الجواز على غيرها (١)

ثمن جلود السباع «١» و نحوه غيره.

و كسب الحجام، كموثق سماعه عن الامام الصادق عليه السلام: السحت أنواع كثيرة: منها كسب الحجام «٢» و نحوه غيره.

و قبول الهدايه مع قضاء الحاجه كخبر العيون عن الامام الرضا عليه السلام عن آباءه عن سيدنا على عليه السلام فى قوله تعالى (أكالون للسحت) هو الرجل يقضى لآخيه الحاجه ثم يقبل هديته. «٣» إلى غير ذلك من الموارد التى يجوز فيها البيع على ما ثبت فى مواردنا فليكن المقام من تلك الموارد.

فالاولى ان يقال في وجه بعد هذا الجمع - مضافا إلى أن الالتزام بكراهة التصرف في الثمن مع جواز بيع العذرة مخالف للاجماع المركب لا يمكن المصير إليه - إن موثق سماعه صريح في الحرمة لا يصح حمله على الكرامة.

(١) الثالث: ما عن المجلسي قدس سره احتمالاه وهو حمل خبر المنع على بلاد لا ينتفع بها، وحمل خبر الجواز على بلاد ينتفع بها. وفيه: انه جمع تبرعى لا شاهد له، وكونها في بلاد لا ينتفع بها، لا يوجب سلب ماليتها بعد الانتفاع بها في بلاد اخر، فلا يصح جعله قرينة لهذا الحمل، اللهم الا ان يقال انها لا تبدلها وكثرتها لا تنقل من بلد الى آخر، فتدبر. مع ان الظاهر ورود الاخبار المانعة و المجوزة سؤالا و جوابا في صورة كون البيع سفهيا.

الرابع: حمل خبر المنع على عدم الجواز الوضعي، و خبر الجواز على الجواز التكليفي، فيكون بيع العذرة فاسدا غير محرم.

(١) المستدرک باب ٥ من ابواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٥ من ابواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٣) الوسائل، باب ٥ من ابواب ما يكتسب به، حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٤

و نحوه حمل خبر المنع على التقيّة لكونه مذهب اكثر العامة (١).

وفيه: ان هذا الجمع ان صح بين خبري يعقوب و ابن مضارب، لا يصح في موثق سماعه، اذ قوله عليه السلام حرام بيعها، ظاهر في الحرمة التكليفية، وقوله حرام ثمنها، ظاهر في الحرمة الوضعية على ما عرفت في ضابط دلالة النهي على الفساد. الخامس: ما عن العلامة المامقاني من حمل خبر الجواز على الاستفهام الانكارى و هو كما ترى. فتحصل: ان الطائفتين متعارضتان لا يمكن الجمع بينهما.

فحينئذ، قد يقال: ان خبر المنع و هو خبر يعقوب ضعيف السند. للارسال، و لجهالة على بن مسكين.

وفيه اولاً: ان العلامة و ان ارسله في المنتهى، الا انه مروى في كتب الاحاديث مسندا، نعم ابن مسكين مجهول الا انه يمكن دعوى جبر ضعف السند بالشهرة.

و دعوى ان ابتناء الشهرة في المقام ثابتة مع بنائهم على جواز الانتفاع بها في التسميد و نحوه، و الشهرة الثابتة في مطلق النجاسات انما هي فيما لا ينتفع به منفعة محللة، فيستكشف من ذلك ثبوت الشهرة في خصوص بيع العذرة، و يؤيده تصريحهم بذلك و دعوى جماعه منهم الاجماع على المنع عن بيع العذرة خاصة.

و ثانيا: انه قد مر عدم اختصاص خبر المنع به، بل موثق سماعه ايضا دال عليه و على الحرمة التكليفية.

(١) و قد يقال: انه يحمل خبر المنع على التقيّة.

و اورد عليه: بان المنع و ان كان مذهب اكثر العامة الا انه لا يفيد، مع كون فتوى معاصر الامام الذى صدر عنه خبر الجواز و هو امامنا الصادق عليه السلام هو الجواز، فان ابا حنيفة افتى بالجواز.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٥

و الاظهر ما ذكره الشيخ لو اريد الترع بالحمل لكون اولى من الطرح و الا فرواية الجواز لا يجوز الاخذ بها من وجوه لا تخفى (١).

وفيه: ان ابا حنيفة من المفتين بالمنع في العذرة غير المختلطة بالتراب، و انما افتى بجواز بيع المختلط و بيع السرجين و بيع البعر كما يظهر لمن راجع فقه المذاهب الاربعة.

و لكن يرد على هذا الحمل: ان مخالفة العامة انما هي من المرجحات بعد فقد جملة من المرجحات لا مطلقا.

و التحقيق ان يقال: انه بناء على ان المرجح الاول انما هي الشهرة الفتوائية، و انه مع وجودها لا يرجع الى المرجحات الاخر و لا يعارضها غيرها، يتعين في المقام تقديم خبر المنع لكونه مشهورا، و أما بناء على ان المرجح هي الشهرة الروائية لا الفتوائية، فحيث انهما معا مشهوران، و موثقا سماعه لا مرجح لاحدهما على الآخر من حيث صفات الراوي، فيتعين تقديم خبر الجواز لكونه مخالفا للعامة.

(١) الظاهر ان الوجوه المشار اليها انما هي: مخالفتها للمشهور، و للإجماعات المنقولة، و لفتوى ابي حنيفة، و للروايات العامة المتقدمة، و ما عن المجلسي قدس سره من ضعف سند خبر الجواز.

اما الاول: فقد عرفت انه يوجب تقديم خبر المنع.

و أما الثاني: فالاجماع المنقول غير التعبدى لا يكون من المرجحات و التعبدى حجة مستقلة، و أما المخالفة لفتوى ابي حنيفة فقد مر ما فيها فراجع.

و أما ضعف سند خبر الجواز، فالظاهر ان منشأ تخيله خلط ابن مضارب بابن مصادف، حيث ان الاول مجهول الحال، و الثاني الذى هو الراوى حسن، و فى كتب الحديث روى الخبر عن الثاني، و أما الروايات العامة فقد تقدم ما فيها، مضافا الى ما سيجىء من انها انما تدل على عدم جواز بيع النجس الذى لا ينتفع به منفعة محللة، و لا تشمل ما له نفع كذلك كما فى العذرة فانه ينتفع بها فى التسميد كما دل عليه خبر ابي البخترى المجبور ضعفه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٦

...

بعمل الاصحاب، مع ان العام الفوق لا يوجب ترجيح موافقه على مخالفه فى المتعارضين، بل لو قدم مخالفه يخصص به.

تتميم

و للمحقق النائيني قدس سره كلام لا بأس بذكره و حاصله: انه بناء على كون النجاسة مانعة عن صحة البيع مستقلا لا يمكن الجمع بين المتعارضين، فيتساقطان و يرجع الى عموم ما دل على عدم جواز بيع النجس، و أما بناء على ان النجاسة مانعة عن صحة البيع إذا توقف الانتفاع بالشيء على طهارته و الا فلا، فيمكن الجمع بين المتعارضين باختلاف البلاد للمناسبة بين الحكم و الموضوع، التى هي من القرائن المكتنفة بالكلام الموجب ذلك لخروج الجمع بينهما عن الجمع التبرعى، او التورعى.

و فى كلامه قدس سره مواقع للنظر:

الاول: فيما ذكره بناء على مانعية النجاسة بنفسها من تساقط المتعارضين و الرجوع الى عموم ما دل على عدم جواز بيع النجس: فإنه يرد عليه انه عند تعارض الخبرين، و عدم امكان الجمع بينهما يتعين الرجوع الى المرجح الى المرجحات، و عند فقدتها يتخير فى الاخذ بأيهما شاء، و ستعرف ان الترجيح مع خبر المنع فلا وجه للرجوع إلى ذلك العموم.

الثانى: ما ذكره بناء على عدم مانعية النجاسة من الجمع بينهما باختلاف البلاد لمناسبة الحكم و الموضوع: فإنه يرد عليه، ان المناسبة إن اوجبت ظهور كل من المتعارضين فيما عليه الذى لازمه الحمل عليه حتى مع عدم المعارض فلا كلام، و إلا فالجمع يكون تبرعا كما يظهر لمن راجع ما ذكرناه فى الحشية السابقة هذا كله مضافا الى ما عرفت من أن مورد خبر المنع ايضا هو بيع العذرة فى بلد ينتفع بها فيه فيدبر جيدا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٧

ثم إن لفظ العذرة في الروايات إن قلنا إنه ظاهر في عذرة الانسان كما حكى التصريح به عن بعض أهل اللغة، فثبوت الحكم في غيرها بالاخبار العامة المتقدمة و بالاجماع المتقدم على السرجين النجس و استشكل في الكفاية في الحكم تبعاً للمقدس الاردبيلي إن لم يثبت الاجماع و هو حسن إلا أن الاجماع المنقول هو الجابر لضعف سند الاخبار العامة السابقة.

بيع السرجين النجس

قوله قدس سره ثم ان لفظ العذرة في الروايات ان قلنا انه ظاهر في عذرة الانسان.

بناء على جواز بيع عذرة الانسان يجوز بيع السرجين النجس مطلقاً.

و أما بناء على القول بالمنع فيها كما اخترناه، فهل يجوز بيع السرجين النجس مطلقاً أم لا، قولان: قد استدل للاول بصدق العذرة عليه فيدل على المنع ما دل على المنع عن بيعها، و بالاخبار العامة المتقدمة، و بالاجماع المدعى في محكى الخلاف و التذكرة على المنع، و بآية تحريم الخبائث، بدعوى أنها تدل على حرمة جميع الانتفاعات و منها البيع.

و في الجميع نظر.

أما الاول: فلانه بعد تصريح من اللغويين باختصاصها بعذرة الانسان لا يبقى وثوق بالصدق، و معه لا وجه للتمسك بما دل على عدم جواز بيع العذرة.

و أما الثاني: فلما عرفت في أول الكتاب من أنها ضعيفة السند لا تصلح أن يعتمد عليها في الحكم.

و ما ادعاه المصنف قدس سره من أن الاجماع المنقول هو الجابر لضعف سندها، غير تام، إذ لم يحرز استناد الاصحاب إليها كى يكون ذلك جابراً للضعف، إذ مجرد موافقة فتواهم لها لا تكون جابرة، مع أنك قد عرفت، و سيأتى تنقيحه ان تلك الاخبار لا تشمل ما ينتفع به منفعة محللة.

و أما الثالث: فلان الاجماع المنقول في المقام على فرض ثبوته لا يكون اجماعاً تعبدياً إذ لا أقل من احتمال استنادهم إلى بعض ما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٨

و ربما يستظهر من عبارة الاستبصار القول بجواز بيع عذرة ما عدا الانسان،

لحملة أخبار المنع على عذرة الانسان و فيه نظر. (١) فرع: الاقوى جواز بيع الارواث الطاهرة التي ينتفع بها منفعة محللة مقصودة (٢) و عن الخلاف نفى الخلاف فيه. و حكى أيضاً عن المرتضى قدس سره الاجماع عليه.

و أما آية تحريم الخبائث فقد مر ان الخبيث عبارة عما فيه مفسدة و دنائته، لاما يتنفر الطبع منه فصدقه على السرجين غير معلوم.

مضافاً الى ما نبه عليه المصنف من أن المراد منها تحريمها أكل الخبائث لا مطلق الانتفاعات بها.

فلا يظهر جواز بيعه، لعموم ادله حل البيع إلا أن يستدل لعدم الجواز بما تقدم من خبر المنع في العذرة بضميمة الاولوية او بتنقيح المناط.

(١) إذ لعله أراد بالحمل على عذرة الانسان الحمل على عذرة غير مأكول اللحم،

بل هذا هو الظاهر، كما يشهد له قوله في محكى المبسوط، فلا يجوز بيع العذرة و السرجين مما يؤكل لحمه، و في محكى الخلاف فالسرجين النجس محرم بالاجماع فوجب ان يكون بيعه محرماً.

و أما ما ذكر المحقق التقى، في وجه النظر من أن الجمع تبرعى لا يقتضى ثبوت القول بالجواز و تبعه تلميذه المحقق. فغير سديد إذ الشيخ قدس سره لا يرى ذلك تبرعيا بل يكون ما ذكره عنده جمعا مقبولا كما لا يخفى.

بيع الأرواح الطاهرة

(٢) هذا هو المشهور بين الاصحاب على ما نسب إليهم.

و يشهد له العمومات الدالة على حلية البيع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٩

و عن المفيد حرمة بيع العذرة و الأبقال كلها إلا بول الأبل و حكي عن سلار أيضا و لا أعرف مستندا لذلك إلا دعوى ان تحريم الخبائث في قوله تعالى (و يحرم عليهم الخبائث) يشمل تحريم بيعها و قوله عليه الصلاة و السلام إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه و ما تقدم من رواية دعائم الاسلام و غيرها، و يرد على الأول ان المراد بقرينة مقابلته لقوله تعالى (يحل لهم الطيبات) الأكل لا مطلق الانتفاع (١) و في النبوى و غيره ما عرفت من ان الموجب لحرمة الثمن حرمة عين الشيء بحيث يدل على تحريم جميع منافعه أو المنافع المقصودة الغالبة الروث ليست هي الأكل المحرم فهو كالطين المحرم كما عرفت سابقا.

و قد استدلل للمنع بما دل على عدم جواز بيع العذرة بدعوى صدقها عليها، و بالأخبار العممة، و بآية تحريم الخبائث.

و قد عرفت في الفرع المتقدم ما في جميع ذلك.

(١) أورد عليه المحقق الأروانى قدس سره بأن آية حل الطيبات كآية تحريم الخبائث و لا قرينة تخصصها بالأكل لتكون قرينة على هذه أيضا.

و أجاب هو قدس سره عن هذا الوجه بأن البيع ليس انتفاعا بالمبيع و لا تصرفا فيه حتى يقدر عند نسبة الحرمة إليه.

و يرد على ما ذكره أولا- أن آية حل الطيبات بقرينة صدرها و ذيلها ظاهرة في حلية خصوص الأكل كما يظهر لمن لاحظ الآية الشريفة.

و يرد على ما ذكره ثانيا، أى ما ذكره في الجواب عن الاستدلال: انه لو سلم ان آية تحريم الخبائث تشمل جميع المنافع يكون لازم ذلك عدم جواز البيع إذ ما لا يكون له منفعة محللة مقصودة لا يجوز بيعه، مع انه لو سلم عموم الحرمة لغير الأكل فيما ان المقدر ليس هو الانتفاع بالعين كى يصح دعوى عدم شموله للبيع، بل كل فعل متعلق بها و من جملة تلك الأفعال بيعها، فلا مناص عن تسليم شمول الآية للبيع أيضا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٥٠

الثالثة: يحرم المعاوضة على الدم بلا خلاف،

إشارة

بل عن النهاية و شرح الارشاد لفخر الدين و التنقيح الاجماع عليه (١) و يدل عليه الاخبار السابقة.

حكم بيع الدم

(١) الظاهر: أنه لا إشكال في فساد البيع إذا لم يكن له منفعة محللة، إنما الكلام فيما إذا فرضت له منفعة محللة كالصبغ و التسميد لبعض النباتات.

وقد استدلل للفساد في هذا الفرض بوجوه: الاول: الاخبار العامة المتقدمة الدالة على عدم جواز بيع النجس. وهو فاسد من وجوه: الاول: انه ليس في شيء من النصوص المتقدمة ما يمكن الاستدلال به في المقام إلا ما في خبر تحف العقول، وهو قوله عليه السلام أو شيء من وجوه النجس... الخ «١». و أما البقية فقد اعترف هو قدس سره باختصاصها بما إذا لم يكن للمبيع منفعة محللة مقصودة.

الثاني: ما تقدم من أن الاخبار المتقدمة كلها ضعيفة السند لا يمكن الاستدلال بشيء منها.

الثالث: ما تقدم منا، وسيعترف هو قدس سره به من أن التعليل فيه لمنع بيع شيء من وجوه النجس بكونه منهيًا عن أكله و شربه إلى آخر ما ذكر فيه يدل على ان المانع حرمة الانتفاع لا النجاسة من حيث هي فمع فرض ترتب منفعة محللة على النجس يجوز بيعه، مع انه لو سلم ظهوره في عدم جواز بيع النجس مطلقا يقع التعارض في أمثال المقام مما ينتفع به منفعة محللة، بين هذه الجملة منه و بين قوله عليه السلام و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات المقتضى للصحة، و بما ان التعارض ليس بين روايتين بل جملتين من رواية واحدة، لا سبيل إلى الرجوع إلى المرجحات، بل تتساقطان و يرجع الى عموم ما دل على جواز البيع.

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٥١

...

الثاني: ان بيع الدم إعانة على الاثم فيكون محرما.

وفيه: مضافا الى ما سيجيء من عدم حرمة الاعانة على الاثم، و إلى ما تقدم من عدم ملازمة الحرمة للفساد، ان النسبة بين بيع الدم و بينها عموم من وجه، إذ قد يشتري الدم لغير الاكل بل للتسميد و نحوه.

الثالث: ما دل من الكتاب و السنة على حرمة الدم كقوله تعالى (إنما حرم عليكم الميتة و الدم «١» بضميمة النبوي: إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمه.

فيه: مضافا الى ما تقدم من ضعف سند النبوي، ان المراد من حرمة الدم حرمة اكله خاصة و قد مر عدم الملازمة بين تلك و بين الفساد.

الرابع: مرفوع ابي يحيى الواسطي قال: مر امير المؤمنين عليه السلام بالقصابين فنهاهم عن بيع سبعة اشياء من الشاء، نهاهم عن بيع الدم... الخ «٢».

و اورد عليه الاستاذ الاعظم: بانه ضعيف السند، و باختصاصه بالدم النجس، و بان الظاهر منه ارادة عدم جواز البيع للاكل فقط - تكليفا او وضعا ايضا - كما نبه على ذلك العلامة الانصاري قدس سره.

و الجميع نظر:

اما الاول: فلان ضعفه مجبور بعمل الاصحاب و افتائهم بعدم الجواز، فعن النهاية و المبسوط و المراسم: ان المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة حرمة بيع الدم النجس، و عن التذكرة: دعوى الاجماع على عدم بيع نجس العين.

و أما الثاني: فلانه لا محذور في الالتزام بذلك. بل ظاهر الفتاوى ايضا كالنص هو ذلك.

و أما الثالث: فلانه لا وجه لهذه الدعوى سوى دعوى الانصراف و مناسبة سياق اخواته، و كلتا الدعويين كما ترى.

(٢) الوسائل، باب ٣١، من ابواب الاطعمة المحرمة، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٥٢

فرع: و أما الدم الطاهر

اذا فرضت له منفعة محللة كالصبيغ و قلنا بجوازه ففي جواز بيعه وجهان: اقواهما الجواز. لانها عين طاهرة ينفع بها منفعة محللة. (١) و أما مرفوعة الواسطى المتضمنة لمرور امير المؤمنين عليه السلام بالقصابين و نهيهم عن بيع سبعة: بيع الدم و الغدد و اذان الفؤاد و الطحال، الى آخرها (٢) فالظاهر ارادة حرمة البيع للاكل، و لا شك في تحريمه لما سيجىء من ان قصد المنفعة المحرمة في المبيع موجب لحرمة البيع بل بطلانه (٣) و صرح في التذكرة بعدم جواز بيع الدم الطاهر لاستخباته. و لعله لعدم المنفعة الظاهرة فيه غير الاكل المحرم.

فتحصل: ان الاظهر عدم جواز بيع الدم النجس، هذا في غير دم الانسان.

و أما دم الانسان فالكلام فيه محرر في (المسائل المستحدثة).

و أما الدم الطاهر: فالخبر لا يدل على المنع عن بيعه، فلو فرض له منفعة محللة كالصبيغ على القول بجوازه يجوز بيعه بمقتضى العمومات.

و لكن قد يقال بعدم جوازه، و لا وجه له سوى توهم انه مما تقتضيه آية تحريم الخبائث و قد مر ان الخبيث عبارة عن ما فيه مفسدة و دناءة، و ليس المراد به ما يتنفر منه الطبع، مضافا الى ما تقدم ايضا من اختصاصها بالاكل.

و قد يقال: انه على القول بجوازه لا يجوز البيع، و غاية ما قيل في وجه عدم الجواز مضافا الى ما تقدم الذي عرفت ما فيه: ان الصبيغ و كذا ما شابهه ليس من المنافع الشائعة للدم، فيصح ان يقال: انه شيء لا ينتفع به منفعة محللة فيشمله النبوى: ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه. لكنك عرفت ان النبوى ضعيف السند، و القواعد تقتضى صحة بيع كل ما له منفعة شائعة كانت ام نادرة. فالظاهر جواز بيعه.

(١) قد ظهر مما مر من عدم الفرق بين النجس و الطاهر بعد وجود المنفعة المحللة الموجبة للمالية عرفا.

(٢) قد مر من حمل الدم في المرفوعة على الدم النجس.

(٣) سيجىء البحث في ذلك في مسألة بيع العنب بقصد ان يجعل خمرا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٥٣

الرابعة: لا إشكال في حرمة بيع المنى

لنجاسته و عدم الانتفاع به اذا وقع في خارج الرحم (١).

بيع المنى

(١) تنقيح القول في المقام يستدعى البحث في شقوق بيع النطفة التي عنوانها المصنف في الكتاب و هي ثلاثة:

الاول: بيع المنى اذا وقع في خارج الرحم.

الثاني: في بيعه بعد ما اريق في الرحم الذي يسمى بالملاقيح.

الثالث: في بيع عسيب الفحل و هو ما في الصلب من الماء و يسمى بالمضامين.

اما الموضوع الاول: و هو بيع المنى اذا خرج و وقع في خارج الرحم و المصنف قدس سره حكم بحرمة لنجاسته، و عدم الانتفاع به.

و لكن يرد على الوجه الاول ما قد تقدم مرارا و يعترف به المصنف في بيع الميته ان النجاسة من حيث هي ليست مانعة عن صحة البيع.

و يرد على الوجه الثاني ان المراد من عدم الانتفاع ان كان حرمة الانتفاع بالنجس مطلقا كما عن التنقيح الاجماع عليها فهي ممنوعة كما مر.

و ان اريد به عدم الانتفاع خارجا فلا يكون مالا فلا يصح بيعه.

فهو غير تام في هذا العصر حيث انه يمكن ان ينتفع بالمنى الواقع في خارج الرحم في الظروف الخاصة في المصانع الحديثة او بالتركيب مع نطفة الانثى فتصير بذلك مالا يرغب فيه و يبذل بازائه المال و قد شعبنا الكلام في ذلك في كتابنا المسائل المستحدثة. نعم اذا القيت النطفة في خارج الرحم في مكان و زمان خاص لم يكن الانتفاع بها لا يصح بيعها لعدم جواز بيع ما ليس له منفعة و لو نادرة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٥٤

و لو وقع فيه فكذلك لا- ينتفع به المشتري، لان الولد نماء الام في الحيوانات عرفا و للأب في الانسان شرعا. (١) لكن الظاهر ان حكمهم (٢) بتبعيته الام متفرع على عدم تملك المنى و الا لكان بمنزلة البذر المملوك يتبعه الزرع. فالمتعين التعليل بالنجاسة. (٣) لكن قد منع بعض من نجاسته اذا دخل من الباطن الى الباطن.

(١) هذا هو الموضوع الثاني في المسألة، و هو بيع المنى بعد ما وقع في الرحم.

فقد استدل لعدم جواز بيعه بوجوه:

الاول: انه لا ينتفع به المشتري، اذ الولد نماء الام في الحيوانات عرفا، فبمجرد وقوع المنى في الرحم يصير ملكا لملك الانثى بالتبعية، فلا يجوز بيعه لا من صاحب الام و لا من غيره.

(٢) و فيه: مضافا الى ما ذكره المصنف من انه بناء على تملك المنى يكون هو كالبذر المغروس في ارض الغير يتبعه الذرع.

انه لو سلم كون الولد نماء الام في غير الانسان، يمكن تصحيح شراء صاحب الانثى بانه لا وجه لعدم جوازه سوى كونه نماء ملكه و هو انما يمنع عن شرائه بعد الاستقرار في الرحم لا قبله، لانه يكفي في المنفعة حصول الولد في ملك المشتري فتدبر. كما يمكن تصحيح شراء غيره بان يشتري من صاحب الانثى لا من صاحب الفحل، او منه مع اجازة صاحب الانثى.

(٣) الثاني: انه نجس فلا يجوز بيعه.

و فيه: اولاً: لا نسلم نجاسته اذا دخل من الباطن الى الباطن كما هو المفروض.

و ثانياً: انه قد تقدم مرارا- و يعترف به الشيخ ره في بيع الميته- ان النجاسة من حيث هي ليست مانعة عن صحة البيع.

الثالث: الجهالة، و المراد بها هو الجهل بالحصول و صيرورته ولدا لا الجهل بالكم، و عليه فالإيراد على هذا الوجه كما عن جمع من المحققين كالمحقق الايرواني و الاستاذ الاعظم

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٥٥

و قد ذكر العلامة من المحرمات بيع عسيب الفحل و هو ماؤه قبل الاستقرار في الرحم (١).

و غيرهما من أن الجهالة إنما توجب المنع فيما كان المطلوب فيه الكم و تختلف القيمة باختلاف الكم و الكيف دون مثل المقام، في غير محله.

الرابع: عدم القدرة على التسليم.

و يرد عليه: ما أوردوه من ان تسليم كل شيء بحسب حاله، و هو فى المنى وقوعه فى الرحم و هو حاصل فى الفرض. و يشهد لعدم جواز البيع - مضافا إلى الجهالة - ما عن الصدوق فى معانى الاخبار روايته بسند متصل عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم انه نهى عن المجر و هو ان يباع البعير او غيره بما فى بطن الناقة، و نهى عن الملائيح و المضامين، فالملائيح ما فى البطون و هى الاجنة، و المضامين ما فى أصلاب الفحول، و كانوا يبيعون الجنين الذى فى بطن الناقة و ما يضرب الفحل فى عام أو أعوام «١». و مصحح محمد بن قيس عن مولانا الباقر عليه السلام لاتباع راحلة عاجلة بعشر ملائيح من أولاد جمل فى قابل «٢». و عن العلامة قدس سره: ان النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيع الملائيح و المضامين. و بما ان النهى عن المعاملة ظاهر فى الفساد لا الحكم التكليفى فلا يستفاد من هذه النصوص إلا بطلان البيع. فتحصل: ان الاظهر عدم جواز بيعه.

(١) هذا هو الموضوع الثالث و يشهد لعدم جواز بيعه امور: الاول: جهالته، بالمعنى المتقدم.

(١) الوسائل، باب ١٠، من أبواب عقد البيع و شروطه، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٥٦

...

و الايراد عليه بأنه إنما يعتبر العلم بعوضى المعاملة من جهة الغرر المرتفع بالعلم بالطروقة و الاجتماع فلا تضر الجهالة كما عن الاستاذ الاعظم. فى غير محله إذ الغرض المهم المترتب على عسيب الفحل الموجب لصيرورته مالا إنما هو صيرورته ولدا، لا مجرد الطروقة و الاجتماع، فمع الجهل بذلك لا ريب فى صدق الغرر. الثانى: عدم القدرة على التسليم، إذ الموجود فى أصلاب الفحول غير مقدور على تسليمه، فتدبر، فإن ذلك لا يخلو عن إشكال. الثالث: جملة من النصوص: كالموثق المروى عن الجعفرىات عن سيدنا على عليه السلام و قد عد من السحت ثمن اللقاح و عسب الفحل و جلود السباع «١».

و مصحح محمد بن قيس المتقدم و نحوهما غيرهما.

و أورد على الاستدلال بها: ان فى المقام طائفة اخرى من النصوص تدل على جواز إكراء التيوس و نفى البأس عن أخذ أجورها: كموثق معاوية عن مولانا الصادق عليه السلام - فى حديث - قال: قلت له: أجر التيوس؟ قال: ان كانت العرب لتعاير به و لا بأس «٢».

و خبر حنان بن سدير قال: دخلنا على ابى عبد الله عليه السلام و معنا فرقد الحجام فقال له:

إن لى تيسا أكرهه فما تقول فى كسبه؟ قال عليه السلام كل كسبه فإنه لك حلال «٣».

و الجمع بين الطائفتين يقتضى حمل الطائفة الاولى المانعة على الكراهة.

وفيه: ان الطائفة المجوزة إنما تدل على جواز الاجارة و المانعة تمنع عن البيع، و لا دليل على اتحاد حكمهما، بل مقتضى القاعدة هو الالتزام بالمنع عن البيع و جواز الاجارة، كما لعل هذا هو المشهور بين الاصحاب.

(١) المستدرک باب ٥ من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٢ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١٢ من أبواب ما يكتسب به، حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٥٧

كما أن الملايح هو ماؤه بعد الاستقرار، كما فى جامع المقاصد و عن غيره (١) و علل فى الغنية بطلان بيع ما فى أصلاب الفحول بالجهالة و عدم القدرة على التسليم (٢).

و أما الايراد على موثق الجعفریات بأنه فى نفسه ظاهر فى الكراهة لاشتماله على جلود السباع التى لا إشكال فى جواز بيعها. ففى غير محله لما حققناه فى محله من أن ثبوت الترخيص فى بعض الامور التى نهى عنها لا يصلح دليلا على الجواز فيما لم يدل دليل على الترخيص فيه.

و حمل الطائفة المانعة على التقيّة، مضافا إلى انه لا وجه له، إذ موافقة العامة من مرجحات إحدى الحجّتين على الاخرى بعد فقد جملة من المرجحات لا من مميزات الحجّة عن اللاجئة، ان المسألة محل الخلاف بين العامة أيضا.

(١) قال فى جامع المقاصد فى مسألة بيع العسيب: و الفرق بينه و بين الملايح أن المراد بها النطفة بعد استقرارها فى الرحم. و العسب هى قبل استقرارها و المجر أعم من كل منهما الظاهر أن المقصود ببيع الملايح و المضامين بيع ما تكون أو يتكوّن أو يولد حيوانا من هذا الفحل أو من هذه الناقة لا بيع النطفة و الماء المبحوث عنه هنا.

(٢) قال فى الغنية: و لما ذكرنا من الشرطين نهى أيضا عن بيع حبل الحبله و هو نتاج التاج، و عن بيع الملايح و هو ما فى بطون الامهات و عن بيع المضامين و هو ما فى أصلاب الفحول، لان ذلك مجهول غير مقدور على تسليمه.

و أنت ترى أن محط نظر الغنية ببيع الملايح و المضامين، و قد عرفت أنهما غير بيع النطفة المبحوث عنه هنا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٥٨

المعاوضة على الميته

الخامسة: يحرم المعاوضة على الميته و أجزائها التى تحلها الحياة

إشارة

من ذى النفس السائلة (١) على المعروف من مذهب الاصحاب و فى التذكرة كما عن المنتهى و التنقيح الاجماع عليه. و عن رهن الخلاف الاجماع على عدم ملكيتها.

(٢) و يدل عليه- مضافا إلى ما تقدم من الاخبار- ما دل على أن الميته لا ينتفع بها، منضمّا إلى اشتراط وجود المنفعة المباحة فى المبيع لثلا يدخل فى عموم النهى عن أكل المال بالباطل.

(١) لا- خلاف بين الاصحاب فى حرمة بيع الميته و أجزائها التى تحلها الحياة من ذى النفس السائلة بل عن التذكرة، و المنتهى، و التنقيح الاجماع عليها و عن الخلاف، و التذكرة، و المستند دعوى الاجماع على حرمة بيعها وضعًا و تكليفاً.

و استدلل لها بوجوه: الاول الاجماع.

و فيه: انه ليس إجماعا تعديا بل الظاهر ان مدرّك المجمعين هو الوجوه المذكورة التى ستمر عليك ان شاء الله تعالى.

الثانى: الاخبار العامة المتقدمة.

و فيه: ما تقدم من أنها ضعيفة السند لا يعتمد على شىء منها، و لم يحرز استناد الاصحاب إليها فى المقام كى ينجر ضعفها.

(٢) الثالث: ما ذكره المصنف قدس سره قال: ما دل على ان الميته لا ينتفع بها منضمّا إلى اشتراط وجود المنفعة المباحة فى المبيع.

فالكلام في موردين: الاول: حكم الانتفاع بالميتة. الثاني حكم بيعها.

أما المورد الاول فقد استدل لعدم جواز الانتفاع بالميتة مضافا إلى الاجماع و الاخبار العامة المتقدمة الذين عرفت ما فيهما بوجهين.

١- ما دل من الآيات و الروايات على عدم جواز الانتفاع بالنجس.

و يرد ما سيأتى عند تعرض المصنف لتلك المسألة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٥٩

...

٢- النصوص الدالة على ان الميتة لا ينتفع بها.

كموثق سماعه سألته عن جلود السباع أ ينتفع بها فقال: إذا رميت و سميت فانتفع بجلده و أما الميتة فلا «١».

و خبر على بن مغيرة قلت لابي عبد الله عليه السلام الميتة ينتفع منها بشيء قال: لا.

(الحديث) «٢» و نحوهما غيرهما.

و قد يقال إن هذه النصوص و ان دلت على عدم جواز الانتفاع بها مطلقا، إلا انه يختص بما يعد استعمالا عرفا كما عن كاشف الغطاء قدس سره.

و أورد عليه الشيخ: أنه ليس في النصوص ما ينهى عن خصوص الاستعمال حتى يقال باختصاص تلك النصوص بقريته إضافة الاستعمال إلى الميتة بالاستعمال فيما يكون المقصود منه، فالإيقاد بالميتة و سد ساقية الماء بها و إطعامها لجوارح الطير غير مشمولة لها،

و بعبارة أخرى: انصراف الاستعمال إلى الاستعمال المعهود المتعارف من كل شيء بل المنهى عنه ما يكون انتفاعا بها.

نعم يمكن ان يقال: إن مثل هذه الاستعمالات اى غير المعهودة من كل شيء لا تعد انتفاعا تنزيلا لها منزلة المعدوم.. فالمنهى عنه هو الانتفاع بالميتة بالمنافع المقصودة التي تعد عرفا غرضا من تملك الميتة لو لا كونها ميتة.

أضف إليه أن الانتفاع المنفى في الميتة و ان كان مطلقا في حيز النفي إلا ان اختصاصه بما ادعيته من الاغراض المقصودة من الشيء دون الفوائد المترتبة من دون ان تعد مقاصد ليس من جهة انصرافه إلى المقاصد حتى يمنع انصراف المطلق في خبر النفي بل من جهة التسامح، و الادعاء العرفي تنزيلا للموجود منزلة المعدوم، فإنه يقال للميتة مع وجود تلك الفوائد فيها أنها مما لا ينتفع به.

(١) الوسائل باب ٣٤ من أبواب الاطعمة المحرمة، حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٣٤ من أبواب الاطعمة المحرمة، حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٦٠

...

و فيه انه لا ريب في ظهور النهي عن الانتفاع بعنوان من العناوين في ان المنهى عنه

هو ما يقصد منه من المصارف لا ما يقصد من المادة المشتركة، إلا ان ما يقصد من العنوان أيضا على قسمين: الاول المنافع الشائعة.

الثاني المنافع النادرة.

و الثاني: أيضا على قسمين: الاول ما لا يعد منفعة له من جهة مزاحمته مع ما هو أهم منه كإطعام اللحم للطيور،

فإنه منفعة للحم إلا انه لاجل مزاحمته مع الاكل لا يحسب من منافعه.

الثاني: ما لا يعد منفعة له في نفسه و لو مع عدم المزاحم، و ما ذكره قدس سره يتم في القسم الثالث و لا يتم في القسم الثاني إذ لا وجه له فيه الا الانصراف الذي لا يصلح للتقييد لكونه بدويا زائلا بأدنى النفات.

و أما قوله قدس سره (حتى يمنع انصراف المطلق.. الخ) فقد اورد عليه بعض الاعاظم بان الوقوع في حيز النفي لا يمنع الانصراف في المنفى، اذ شان أداة النفي إفادة العموم فيما المنفى ظاهر فيه، سواء كان الظهور بالوضع أو الانصراف أو القرائن.

وفيه: ان ما ذكره قدس سره يتم بناء على عدم كون النكرة الواقعة في حيز النفي ظاهرة في العموم وضعا كما هو الحق، او على توقف دلالة أداة العموم عليه على اجراء مقدمات الحكمة في مدخولها، و إلا فلا يتم كما لا يخفى.

و لكن يرد عليه: ان المطلق في المقام واقع في حيز النهي و عليه فلا- فرق بين كون الحكم تحريما أو وجوبيا في اختصاصه بما ينصرف إليه المتعلق.

و أما قوله: (و الادعاء العرفي ... الخ) فليس مراده بذلك المسامحة في تطبيق المفهوم على المصداق حتى يقال بأن المسامحات العرفية في المورد تضرب على الجدار، بل مراده ان الانتفاع بمثل المنافع المذكورة ليس انتفاعا، و بعبارة اخرى: مفهوم الانتفاع بحسب المتفاهم العرفي لا يشمل حقيقة أمثال هذه الانتفاعات، فلا وجه للايراد عليه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٦١

و خصوص عد ثمن الميته من السحت في رواية السكوني (١).

و لكن بما انه وردت في الميته روايات «١» دالة على جواز بعض الانتفاعات بها،

كإذابة الآلية و الاسراج بها و الاستقاء بجلدها و غير ذلك من ما ورد فيه النص يتعين حمل ما تضمن انه لا ينتفع بالميته على ارادة المنع عن استعمالها فيما يشترط بالطهارة دون مطلق الاستعمال.

و أما المورد الثاني فقد استدل لعدم جواز البيع بما دل على ان الميته لا ينتفع بها.

و فيه ان الاستدلال بهذه النصوص، ان كان من جهة اثبات عدم حلية الانتفاع بها اللازمة في صحة البيع، فيرد عليه: ان الكلام في المقام فرع جواز الانتفاع بها، و ان كان من جهة ان النصوص كما تدل بالدلالة المطابقة على عدم جواز الانتفاع بها تدل بالدلالة الالتزامية على عدم جواز بيعها لاشتراط صحة البيع بكون المبيع ذا منفعة محللة،

و لو دل الدليل على جواز بعض الانتفاعات بها كما هو المفروض فانما يوجب ذلك التخصيص في الدلالة المطابقة فتبقى الدلالة الالتزامية على حالها، فيرد عليه ما حققناه في محله من ان الدلالة الالتزامية كما تكون تابعة للدلالة المطابقة وجودا كذلك تكون تابعة لها حجية.

و ان شئت قلت: انها تدل على عدم جواز بيعها لعدم المنفعة، فمع فرض وجودها لا تكون هذه الدلالة منها باقية.

(١) الرابع: النصوص الخاصة كخبر السكوني عن مولانا الصادق عليه السلام (السحت ثمن الميته) «٢».

(١) الوسائل، باب ٣٤، من ابواب الاطعمة المحرمة و باب ٣٠ من ابواب الذبائح.

(٢) الوسائل، باب ٣٤، من ابواب الاطعمة المحرمة، حديث (١).*

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٦٢

نعم قد ورد بعض ما يظهر منه الجواز، مثل رواية الصقيل، قال: كتبوا الى الرجل: جعلنا الله فداك انا قوم نعمل السيوف و ليست لنا معيشة و لا- تجارة غيرها و نحن مضطرون اليها. و انما غلافها من جلود الميته من البغال و الحمير الالهية لا يجوز في اعمالنا غيرها. فيحل لنا عملها و شراؤها و بيعها و مسها بايدينا و ثيابنا و نحن نصلى في ثيابنا؟ و نحن محتاجون الى جوابك في المسألة يا سيدنا

لضرورتنا اليها.

فكتب عليه السلام: (اجعلوا ثوبا للصلاة) (حديث) (١) و نحوها رواية اخرى بهذا المضمون و لذا قال في الكفاية و الحدائق ان الحكم لا يخلو عن اشكال.

و لا وجه للخدشة في سنده: اذ ليس في سنده من يمكن القول بعدم حجيه خبره سوى النوفلى و السكونى- و هما ثقتان على الاظهر-، و ان قيل ان الاول صار غاليا في آخر عمره و الثانى عامى.

و ما رواه الصدوق باسناده عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام فى وصية النبى صلى الله عليه و آله لعلى عليه السلام: يا على (من السحت ثمن الميتة) «١».

و موثق الجعفرىات عن سيدنا على عليه السلام: (من السحت ثمن الميتة) «٢».

و مرسل ابن بابويه: (و ثمن الميتة سحت) «٣».

و لا يبعد دعوى كون هذه الروايات روايه واحده مرويه بطرق متعددة.

و تدل على المنع- مضافا الى ذلك- النصوص الدالة على المنع عن بيع اليات الغنم المقطوعة كصحيح البنظى عن مولانا الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الغنم يقطع من الياتها و هى احياء أ يصلح له ان ينتفع بما قطع؟ قال عليه السلام: نعم يذبيها و يسرج بها و لا يأكلها، و لا يبيعها «٤». و نحوه خبر ابن جعفر عن اخيه عليه السلام «٥».

(١) و بازاء هذه النصوص خبر الصيقل و ولده «٦» الذى توهم دلالته على الجواز

(١) الوسائل، باب ٣٨، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٢) الوسائل، باب ٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٩-٨.

(٣) المستدرک باب ٥ من ابواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٤) الوسائل، باب ٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٩-٨.

(٥) الوسائل، باب ٦، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٦.

(٦) الوسائل، باب ٦، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٦٣

و يمكن ان يقال: ان مورد السؤال عمل السيوف و بيعها و شراؤها لا خصوص الغلاف مستقلا و لا فى ضمن السيوف على ان يكون جزء من الثمن فى مقابل عين الجلد.

فغاية ما يدل عليه جواز الانتفاع بجلد الميتة بجعله غمدا للسيوف و هو لا ينافى عدم جواز معاوضته بالمال (١) و لذا جوز جماعة منهم الفاضلان فى النافع و الارشاد على ما حكى عنهما الاستفتاء بجلد الميتة لغير الصلاة و الشرب مع عدم قولهم بجواز بيعه مع ان الجواب لا ظهور فيه فى الجواز الا من حيث التقرير الغير الظاهر فى الرضا خصوصا فى المكاتبات المحتملة للتقية (٢).

المذكور فى المتن.

و قد ذكروا فى بيان الجمع بينه هذه النصوص و بيان المراد من خبر الصيقل وجوها:

(١) و

(٢) ما فى المكاسب من عدم دلالة خبر الصيقل على الجواز، فلا معارض لنصوص المنع بدعوى ان مورد السؤال عمل السيوف و بيعها

و شرائها لا خصوص الغلاف مستقلا ولا في ضمن السيف، مع ان الجواب لا ظهور له في الجواز الا من حيث التقرير غير الظاهر في الرضا خصوصا في المكاتبات المحتملة للتقية.
و لكن الاظهر فساد كلتا الدعويين:

اما الاولى: فلان الظاهر من السؤال هو السؤال عن حكم بيع الاغمد، اذ الظاهر رجوع ضمير عملها الى جلود الميتة، وكذلك و مسها، كما لا يخفى و هذا يوجب ظهور رجوع ضمير و شرائها، و بيعها اليها، لا إلى السيوف، فالجواب يكون ظاهرا في جواز بيعها.
مع ان هذا لو تم فنما هو في هذه المكاتبه، و لا يتم في مكاتبته الاخرى قال:
كتبت الى الرضا عليه السلام: انى اعمل اغمد السيوف من جلود الحمر الميتة فيصيب ثيابى فاصلى فيها؟ فكتب عليه السلام: (اتخذ ثوبا لصلاتك) «١».

و دعوى انه لم يذكر فيها البيع و الشراء، مندفعه بان الظاهر ان المسئول عنه هو

(١) الوسائل، باب ٣٨، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٤

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٦٤

...

بعينه ما كان سال عنه في تلك المكاتبه كما يشهد له سؤاله ثالثا عن الامام التقى عليه السلام كما سيمر عليك مع ان عمل الاغمد ليس الا للبيع او الاصلاح.

و أما الثانية: فلان التقرير بنفسه يكفى في مقام بيان الحكم، و مجرد احتمال التقيه لا يمنع عن العمل بالخبر، و الغريب انه قدس سره مع ذلك قوى الجواز بعد ما بين اختصاص النصوص المتقدمه بالنجس الذى لا ينتفع به منفعه محلله بناء على جواز الانتفاع بجلد الميتة منفعه مقصوده، اذ لم يظهر لى وجه عدم عمله قدس سره بنصوص المنع التى هى اخص من تلك الادله العامه.
(٣) ما ذكره المحقق النائيني قدس سره و هو: ان الاخبار الواردة في حرمة بيع جلد الميتة قابله للحمل على بيعه لما تتوقف الطهارة عليه، فتكون ارشادا لعدم قابلية الانتفاع.

و فيه: ان قابليتها لذلك لا توجب حملها عليه ما لم يكن عليه شاهد كما في المقام.

(٤) ما ذكره بعض اعظم المحشين للمكاسب (ره) و هو: ان المنع عن البيع انما يكون بمناط الانتفاع بها فيما يحرم الانتفاع به و لو من اجل حصول التلويث بها، ثم عدم المبالاه في اتيان ما يشترط بالطهارة في تلك الحالة و الجواز بمناط الصرف في الحلال انتهى.
و فيه: ان هذا الجمع جمع تبرعى لا شاهد له، و تعليل المنع عن الانتفاع باليات الغنم بالاسراج بذلك لا يصلح شاهدا لحمل النصوص الواردة في البيع على ذلك كما لا يخفى.

(٥) ما ذكره بعض مشايخنا المحققين (ره) و هو: ان روايه السكونى و ما بمضمونها مخصصه بمكاتبة الصيقل لأخصيتها منها، و نصوص اليات الغنم لو لم يحتمل اختصاصها بالمنع محموله على صورة عدم الاعلام بالنجاسة حتى يسرج بها.
لنصوصيه مكاتبه الصيقل في صورة علم المشتري، بقرينه قوله: (و لا يجوز في اعمالنا غيرها).

هذا بناء على جواز الاسراج بها، و الافتحامل نصوص المنع على صورة عدم وجود المنفعة المحلله و الجواز على صورة وجودها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٦٥

...

وفيه: ان مكاتبه الصيقل و ان كانت اخص من رواية السكوني و ما بمضمونها لاختصاصها بما ينتفع به منفعة محللة، الا انها ليست اخص من نصوص اليات الغنم لدالتها على عدم جواز البيع في خصوص هذا المورد.
و أما نصوص اليات الغنم، فلا يصح حملها على ما ذكره لوجهين:

الاول: عدم ظهور المكاتبه في الاختصاص بصورة علم المشتري لان عدم صلاحية غير جلد الميتة لا يوجب علم المشتري الذي ليس من اهل هذا الفن بكون المبيع من جلد الميتة، مع انه تدل المكاتبه على الجواز حتى لو فرض وجود مشتر غير عالم بذلك. و ان شئت قلت: ان غلبة علم المشتري بذلك لا تصلح دليلا لاختصاص دليل الجواز بهذه الصورة بعد كونه مطلقا.
الثاني: الظاهر ان الصيقل اراد بقوله: (و لا- يجوز في اعمالنا غيرها) انه لا بد لنا في بيع السيوف من عمل الغلاف من الجلود و يبعه معها، و لذا في سؤاله عن امامنا التقى عليه السلام قال: فصرت اعلمها من جلود الحمر الوحشية الذكية.
(٦) اختصاص المكاتبه بصورة الاضطرار.

وفيه: ان الضمير في قوله: و نحن مضطرون اليها يرجع الى السيوف لا الجلود كما هو واضح.
و التحقيق يقتضى ان يقال: عدم دلالة المكاتبه على الجواز، فلا- معارض لنصوص المنع، اذ الظاهر ان الصيقل لم يفهم من جواب الامام الكاظم عليه السلام حكم بيع الغلاف الذي هو من جلود الميتة، و لذا سال هذه المسألة عن الامام الرضا عليه السلام، و قد تقدمت تلك المكاتبه ايضا، و حيث انه عليه السلام اجابه بمثل جواب ابيه عليه السلام و كان مجملا لا يفهم منه شيء كتب الى الامام التقى عليه السلام هذا السؤال بعينه.

قال: كتبت الى ابي جعفر الثاني عليه السلام اني كتبت الى ابيك بكذا و كذا فصعب على فصرت اعلمها من جلود الحمر الوحشية.
الذكية فكتب عليه السلام الى كل اعمال البر بالصبر يرحمك الله فان كان ما تعمل وحشيا ذكيا فلا باس «١».

(١) الوسائل، باب ٣٤، من ابواب النجاسات، حديث (٤).*

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٦٦

هذا و لكن الانصاف انه اذا قلنا بجواز الانتفاع بجلد الميتة منفعة مقصودة كالاستقاء بها للبساتين و الزرع اذا فرض عده مالا عرفا (١) فمجرد النجاسة لا تصلح علل لمنع البيع لو لا الإجماع على حرمة الميتة بقول مطلق (٢) لان المانع حرمة الانتفاع في المنافع المقصودة لا مجرد النجاسة. (٣) و ان قلنا: ان مقتضى الادلة حرمة الانتفاع بكل نجس، فان هذا كلام آخر سيجيء ما فيه بعد ذكر حكم النجاسات.

لكننا نقول: اذا قام الدليل الخاص على جواز الانتفاع منفعة مقصودة بشيء من النجاسات فلا مانع من صحه بيعه، لان ما دل على المنع عن بيع النجس من النص و الاجماع ظاهر في كون المانع حرمة الانتفاع.

فان رواية تحف العقول المتقدمة قد علل فيها المنع عن بيع شيء من وجوه النجس بكونه منها عن اكله و شربه، الى آخر ما ذكر فيها.

و يظهر من هذه المكاتبه ان الصيقل لم يفهم من جواب الامامين الكاظم و الرضا عليهما السلام جواب مسالته من جواز بيع ما كان يعمل و لذا ترك استعماله حتى سال عن الامام الجواد عليه السلام فبين الحق من غير اجمال و تقيه. و جوابه عليه السلام ظاهر في عدم جواز البيع.

و لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا دلالتها على الجواز و حيث انها معارضة مع نصوص المنع و لا يمكن الجمع بينهما، فيتعين الرجوع الى المرجحات، و هي تقتضى تقديم نصوص المنع للاشهرية و غيرها من المرجحات.

فتحصل: ان الاقوى عدم جواز بيع الميتة.

(١) مع فرض وجود المنفعة المحللة لا محالة بعد مالا عرفا فلا وجه للترديد.

(٢) وفيه ان الاجماع، مضافا الى عدم ثبوته، لا يكون تعديا بل يحتمل كونه مدركيا، اضافة الى ذلك انه لا إطلاق له، و المتيقن من مورده ما لو بيع على نحو ما يباع المذكي للاكل و نحوه.

(٣) و قد مر الكلام فيه و عرفت ان النجاسة من حيث هي لا تكون مانعة عن صحة المعاملة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٦٧

و مقتضى رواية دعائم الاسلام المتقدمة أيضا إناطة جواز البيع و عدمه بجواز الانتفاع و عدمه. (١) و أدخل ابن زهرة في الغنية النجاسات فيما لا يجوز بيعه من جهة عدم حل الانتفاع بها.

و استدل أيضا على جواز بيع الزيت النجس بأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أذن في الاستصباح به تحت السماء قال: و هذا يدل على جواز بيعه لذلك (انتهى).

فقد ظهر من أول كلامه و آخره ان المانع من البيع منحصر في حرمة الانتفاع و انه يجوز مع عدمها، و مثل ما ذكرناه عن الغنية من الاستدلال كلام الشيخ في الخلاف في باب البيع حيث ذكر النبوي الدال على إذن النبي صلى الله عليه و آله و سلم في الاستصباح ثم قال و هذا يدل على جواز بيعه (انتهى)، و عن فخر الدين في شرح الارشاد و الفاضل المقداد في التنقيح الاستدلال على المنع عن بيع النجس بأنه محرم الانتفاع و كل ما كان كذلك لا يجوز بيعه.

نعم، ذكر في التذكرة شرط الانتفاع و حليته بعد اشتراط الطهارة و استدلال للطهارة بما دل على وجوب الاجتناب عن النجاسات و حرمة الميتة. و الانصاف إمكان إرجاعه إلى ما ذكرنا فتأمل. (٢) و يؤيده أنهم أطبقوا على بيع العبد الكافر و كلب الصيد، و علله في التذكرة بحل الانتفاع به. ورد من منع عن بيعه لنجاسته بأن النجاسة غير مانعة، و تعدى إلى كلب الحائط و الماشية و الزرع، لان المقتضى و هو النفع موجود فيها.

(١) رواها عن الامام الصادق عليه السلام قال: الحلال من البيوع كل ما هو حلال من المأكول و المشروب و غير ذلك مما هو قوام للناس و صلاح و مباح لهم الانتفاع به و ما كان محرما أصله و منهي عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه «١».

(٢) ففي الغنية في ذكر شرائط البيع قال و قيدنا بكونها مباحة تحفظا من المنافع المحرمة و يدخل في ذلك كل نجس لا يمكن تطهيره إلا ما أخرجه الدليل.

(١) دعائم الاسلام، ج ٢، ص ١٨، كتاب البيوع، فصل ٢، حديث ٢٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٦٨

و مما ذكرنا من قوة جواز بيع جلد الميتة لو لا الاجماع إذا جوزنا الانتفاع به في الاستقاء يظهر حكم جواز المعاوضة على لبن اليهودية المرضعة بأن يجعل تمام الاجرة او بعضها في مقابل اللبن فإن نجاسته لا تمنع عن جواز المعاوضة عليه. (١)

فرعان:

الأول: انه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمة إلى مذكي.

(٢) و لو باعها فإن كان المذكي ممتازا صح البيع فيه و بطل في الميتة كما سيجيء في محله.

و إن كان مشتبه بالميتة لم يجز بيعه أيضا لانه لا ينتفع به منفعة محللة بناء على وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين، فهو في حكم

الميتة من حيث الانتفاع، فأكل المال بإزادة أكل المال بالباطل (٣) كما أن أكل من المشتبهين في حكم أكل الميتة.

(١) ما ذكره مبنى على نجاسة أهل الكتاب نجاسة ذاتية و لكن الاقوى طهارتهم.

حكم بيع الميتة منضمه الى المذكى

(٢) فى المسألة أقوال، عدم جواز بيع الميتة منضمه إلى المذكى مطلقاً، جوازه كذلك، التفصيل بين البيع على مستحلى الميتة فالجواز وغيره فعدمه، جوازه بقصد بيع المذكى.

لا كلام فيما إذا امتازت الميتة من المذكى، و انه يصح البيع فى المذكى خاصة، إذ انضمام كل منهما إلى الآخر لا يغير حكمه. إنما الكلام فى صورة الاشتباه و عدم الامتياز، و الكلام فى هذه الصورة يقع تارة على القول بوجود الاجتناب فى الشبهة المحصورة، و أخرى على القول بعدم الوجوب و جواز ارتكاب احدهما.

(٣) أما على القول بالوجوب فقد يقال كما فى المتن بأن مقتضى القواعد العامة هو عدم جواز البيع، و ذلك لانه لا ينتفع بشيء منهما منفعة محللة، لوجوب الاجتناب عن كل منهما فكل منهما فى حكم الميتة فلا يجوز بيعهما.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٦٩

و من هنا يعلم أنه لا فرق فى المشتري بين الكافر المستحل للميتة و غيره لكن فى صححة الحل و حسنته (إذا اختلط المذكى بالميتة بيع ممن يستحل الميتة) و حكى نحوهما عن كتاب على بن جعفر و استوجه العمل بهذه الاخبار فى الكفاية و هو مشكل (١).

وفيه: ان الاظهر جواز الانتفاع بالميتة كما حقق فى محله، فالعلم الاجمالي بكون احدهما ميتة لا يوجب لزوم الاجتناب عنهما كى يمنع من صححة البيع، مع انه لو تم ذلك فلا يقتضى فساد البيع لو اشترى برءاء زوال الاشتباه و لم يكن مأیوساً منه، أو اشترى ثم اتفق زواله، مضافاً إلى أنه لو بيع من شخصين لما وجب الاجتناب كما لا يخفى، فالصحيح أن يستدل للفساد، بأن المبيع مجهول مردد بين شيئين، و هو يضر بصحة البيع هذا بحسب القواعد.

و أما النصوص الخاصة، فيشهد للجواز إذا بيع من المستحل للميتة موثق الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام إذا اختلط الذكى و الميتة باعه ممن يستحل الميتة و يأكل ثمنه (١).

و حسنه عنه عليه السلام: انه سأل عن رجل كان له غنم و بقر و كان يدرك الذكى منها فيعزله و يعزل الميتة، ثم ان الميتة و الذكى اختلطا كيف يصنع؟ قال: يبيعه ممن يستحل الميتة و يأكل ثمنه فإنه لا بأس به (٢).

و أجاب المصنف قدس سره عنهما بوجهين:

(١) الاول: ما ذكره بقوله و هو مشكل، و الظاهر ان جهة توهم إعراض

الاصحاب عنهما الموجب لوهنهما و سقوطهما عن الحجية، فلا يقاومان العمومات المانعة.

و ما ذكره بعض مشايخنا قدس سرهم من أن العموم المانع عن بيع الميتة لا يشمل بيعه من المستحل للانصراف، و إمكان المنع عن صدق الاكل بالباطل عرفاً مع امضاء ملكيتهم للميتة فى الجملة.

(١) الوسائل، باب ٧، من أبواب م يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٧٠

غير سديد، إذا الانصراف ممنوع، وإمضاء ملكيتهم لها أعم من جواز البيع.

و لكن الاظهر حجية الروايتين و عدم الاعراض عنهما، إذ مضافا إلى أن جماعة منهم الشيخ في محكى النهاية و ابن حمزة أفتوا بمضمونهما، و جماعة آخرين من المحققين كالمحقق و العلامة و الشهيد ذكروا لهما محامل، الكاشف ذلك عن عدم طرحهم الخبرين، و إنما لم يفتوا بمضمونهما لما توهموا من مخالفتها للقواعد، و قد ادعى في محكى مجمع البرهان: ان المشهور بين الاصحاب هو العمل بما تضمنناه و الافتاء به.

و مع ذلك كله، دعوى إعراض الاصحاب عنهما و طرح الخبرين الواجدين لشرائط الحجية كما ترى. هذا من حيث السند. و أما من حيث الدلالة فقد حملهما المحقق في الشرائع على البيع بقصد المذكى تخلصا عما المستحل أيضا، مع أن هذا مستلزم للتخالف في القصد الموجب للفساد الا مع قصد المشتري أيضا ذلك، مع ان قصد المذكى يجب كون المبيع مجهولا. و لعله لذلك قال العلامة قدس سره في محكى المختلف: انهما يحملان على كون ذلك استنقاذ المال المستحل، لا يباع. و لكن يرد عليه: ان المستحل ربما يكون محترم المال كالذمي مع انه مناف للظهور.

و منه يظهر ضعف ما قيل من ان المراد بالبيع في الخبرين مطلق النقل الذى يكون بالصلح و الهبة المعوضة و نحوهما مما لا يشترط فيه المعلومية.

و أما ما ذكره المصنف قدس سره من حملهما على صورة قصد البائع المسلم أجزاءها التى لا تحلها الحياة، و تخصيص المشتري بالمستحل، لان الداعى له الانتفاع باللحم أيضا، و لا يوجب ذلك فساد البيع لعدم وقوع العقد عليه. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٧١ مع أن المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنه يرمى بهما (١).

فيرد عليه: أولا: ان مجرد قصد البائع لا يفيد بل يوجب الفساد لتخالف القصد، فلا بد من التقييد بقصد هما معا.

و ثانيا: انه لو كان الداعى للانتفاع باللحم بالاكل المحرم على المستحل أيضا بناء على ما هو الحق من ان الكفار مكلفون بالفروع لزم فساد البيع بناء على مختاره قدس سره من أن الاشتراء بداعى الحرام فاسد، هذا كله مضافا إلى ان جميع هذه المحامل تبرعية لا يصار إلى شىء منها بلا دليل و حجة.

فالصحيح فى الجواب عن الحلّى: ان الانتفاع بالميته جائزة على الاقوى، مع انه لو سلم عدم الجواز لا- بد من تخصيص ما دل عليه الموجب لفساد البيع بهذين الخبرين لأخصيتهما منه، فلا وجه لرفع اليد عن ظهورهما.

الجواب الثانى الذى ذكره المصنف قدس سره ما ذكره بقوله

(١) مع ان المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام...

هذه الرواية مروية فى الجعفریات عن جعفر بن محمد عن أبيه عن سيدنا على عليه السلام انه سال عن شاء مسلوخة و اخرى مذبوحة عن عمى على الراعى او على صاحبها فلا يدرى الذكيه من الميته قال عليه السلام يرمى بهما جميعا إلى الكلاب «١».

و لكنها لا تعارض الخبرين، إما لكون الرمي كناية عن عدم الانتفاع بهما بما يتوقف على الطهارة، أو لانهما على فرض عمومه لجميع أنحاء التقلبات حتى البيع أخصان منها فتخصص بهما، كما انهما لا يعارضان مع ما دل على ان اللحم المشتبه غير المعلوم انه مذكى أم ميته يعرف بالعرض على النار فان انقبض فهو ذكى و كلما انبسط فهو ميت «٢». بل يعمل بالجميع، فما عن الدروس من الميل إلى

تعرفه بالنار و عدم جواز بيعهما من المستحل، ضعيف.

(١) المستدرک، باب ٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٣٧، من أبواب الاطعمة المحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٧٢

و جوز بعضهم البيع بقصد بيع المذكى، و فيه أن القصد لا ينفع بعد فرض عدم جواز الانتفاع بالمذكى لاجل الاشتباه. نعم لو قلنا بعدم وجوب الاجتناب فى الشبهة المحصورة و جواز ارتكاب أحدهما جاز البيع بالقصد المذكور. (١) لكن لا ينبغي القول به فى المقام، لان الاصل فى كل واحد من المشتبهين عدم التذكية. غاية الامر العلم الاجمالي بتذكية أحدهما و هو غير قاذح فى العمل بالاصلين. و إنما يصح القول بجواز ارتكاب أحدهما فى المشتبهين إذا كان الاصل فى كل منهما الحل و علم إجمالاً بوجود الحرام، فقد يقال هنا بجواز ارتكاب أحدهما اتكالاً على أصالة الحل و عدم جواز ارتكاب الآخر بعد ذلك حذراً عن ارتكاب الحرام الواقعى و إن كان هذا الكلام مخدوشاً فى هذا المقام أيضاً لكن القول به ممكن هنا بخلاف ما نحن فيه لما ذكرنا، فافهم.

فتحصل: ان الاظهر جواز بيعهما من المستحل. هذا بناء على القول بوجوب الاجتناب فى الشبهة المحصورة، و أما على القول بعدمه فمن حيث النصوص الخاصة بالحكم هو ما تقدم من جواز البيع من المستحل: لاحظ موق الحلبى و حسنه المتقدمين. و أما من حيث القواعد العامة: فقد قال المصنف قدس سره بعد بنائه على أنها تقتضى عدم الجواز فى الفرض الاول:

(١) جاز البيع بالقصد المذكور ... الخ.

و لكن: البيع بقصد المذكى لا يصح و ذلك لان البيع مجهول و مردد بين شيئين، مع أنه بناء على عدم جواز الانتفاع بالميته لا يصح هذا البيع من جهة اخرى و هى عدم الانتفاع بالمبيع، لا لما أشار إليه قدس سره من جريان أصالة عدم التذكية فى كل من الطرفين، لان حرمة الانتفاع من آثار الميته و هى لا تثبت بأصالة عدم التذكية الا على القول بالاصل المثبت بناء على ما هو الصحيح من أن الموت أمر وجودى لا عدم التذكية كما حققناه فى محله.

بل لان جواز ارتكاب بعض أطراف العلم الاجمالي لا يوجب إلا جواز الانتفاع بأحدهما، و لا يعلم ان الذى يختاره للانتفاع هل هو المبيع المذكى أم غيره، فلا يصير البيع مما ينتفع به بجريان أصالة الحل فى أحدهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٧٣

...

اللهم الا ان يقال: ان اعتبار جواز الانتفاع بالمبيع انما يكون من جهة اعتبار

المالية المتوقفة عرفاً على وجود منفعة محللة فى المبيع، و عليه فيما ان من فوائد البيع و

ملك المذكى هو جواز ارتكاب احدهما يعتبرون العقلاء له المالية و هذا يكفى فى صحة البيع، و هذا هو الوجه فى صحة هذا البيع من هذه الجهة.

لا ما ذكره بعض اعظم المحشين من ان جواز الانتفاع ببعض الاطراف يكون داعياً عقلاً لثبات لشرء المذكى.

كى يرد عليه ما ذكره من انه لو صح البيع جاز كل بيع محرم اى فاسد لعدم المالية اذا حصل هناك غرض صحيح.

و قد يقال: انه بناء على عدم وجوب الاجتناب عن جميع الاطراف فى الشبهة المحصورة يجوز بيع احدهما معينا، اذ باصالة الحل يرتفع

المانع عن الجواز.

و فيه: انه لو كان المانع هو عدم جواز الانتفاع بالميتة صح ما ذكر، و لا يصغى الى ما قيل من ان المانع هو عدم جواز الانتفاع واقعا، و هو لا يرتفع بجريان اصاله الحل، اذ قد عرفت ان اعتبار جواز الانتفاع بالمبيع انما هو ليصير مالا، لا لخبر الدعائم و نحوه كما تقدم، و لا يفرق في ذلك بين الجواز الواقعي، و الظاهري، الا ان المانع عن الصحة هو الموت، و عليه فيما انه لا يثبت باصاله الحل ان موردها ليس بميتة، فيتعين الرجوع الى اصاله الفساد.

و بما ذكرناه انقذح انه في مقام التسليم يكفي تسليم احدهما لو باع بقصد المذكي بناء على عدم وجوب الاجتناب في الشبهة المحصورة عن الطرفين، اذ وجوبه انما يكون مقدمة للانتفاع و المفروض عدم جواز انتفاعه الا باحدهما، و ليس وجوبه تعبديا كي يقال انه لا بد من تسليمهما كي يحرز تسليم المبيع المذكي.

و قد نقل المصنف خبر البنزطي المتقدم الصريح في المنع عن بيع اليات الغنم المقطوعة منها و هي احياء.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٧٤

و عن العلامة حمل الخبرين على جواز استنقاذ مال المستحل للميتة بذلك برضاه و فيه ان المستحل قد يكون ممن لا يجوز الاستنقاذ منه الا بالاسباب الشرعية كالذمي و يمكن حملهما على صورة قصد البائع المسلم اجزائها التي لا تحلها الحياة من الصوف و العظم و الشعر و نحوها و تخصيص المشتري بالمستحل لان الداعي له على الاثراء اللحم ايضا، و لا يوجب ذلك فساد البيع ما لم يقع العقد عليه و في مستطرفات السرائر عن جامع البنزطي سألته عن الرجل يكون له الغنم يقطع من الياتها و هي احياء، أ يصلح ان ينتفع بها؟ قال: نعم يذبيها و يسرح بها و لا يأكلها و لا يبيعها (١)، و استوجه في الكفاية العمل بها تبعا لما حكاه الشهيد عن العلامة في بعض اقواله. و الرواية شاذة، ذكر الحل بعد ايرادها: (انها من نوادر الاخبار، و الاجماع منعقد على تحريم الميتة و التصرف فيها على كل حال الا اكلها للمضطر معللا بقوله عليه السلام اما علمت انه يصيب الثوب و اليد و هو حرام (٢) و مع الاغماض عن المرجحات.

و اشكل عليه بعض مشايخنا المحققين: بان ذلك غير مرتبط بما سبق، فانه قدس سره انتقل عن حكم بيع المختلط الى جواز الانتفاع بالميتة، ثم قال: و على اي حال فلم يعلم وجه للاضافة التي ذكرها بقوله، مع ان الصحيحة صريحة في المنع.

و يمكن دفع هذا الاشكال، بانه قدس سره لما بنى جواز بيع الميتة و عدمه على جواز الانتفاع بها و عدمه، ثم قال: لا يجوز بيع الميتة منضمة الى المذكي، و علله بانه لا ينتفع بالمذكي ايضا للعلم الاجمالي كان ذلك كاشفا عن بنائه على عدم جواز الانتفاع بالميتة،

ثم ذكر صحيح البنزطي ايرادا على نفسه، حيث انه يدل على جواز بعض الانتفاعات،

فلازمه جواز البيع، فاجاب عنه: اولاً: باعراض الاصحاب، ثم بمعارضته بما دل على المنع في مورده، ثم بانه صريح في المنع عن البيع.

و لكن الظاهر ان الايراد المذكور لا يندفع بشيء مما افيد.

(١) السرائر، ج ٣، ص ٥٧٣.

(٢) الوسائل، باب ٣٢، من ابواب الاطعمة المحرمة، حديث ١، و فيه (اما تعلم).

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٧٥

اقول: مع انها معارضة بما دل على المنع من موردها معللا بقوله عليه السلام اما علمت انه يصيب الثوب و اليد و هو حرام (١) و مع الاغماض عن المرجحات يرجح الى عموم ما دل على المنع عن الانتفاع بالميتة مطلقا (٢)، مع ان الصحيحة صريحة في المنع عن البيع الا ان يحمل على ارادة البيع من غير الاعلام بالنجاسة.

الثاني: ان الميتة من غير ذى النفس السائلة يجوز المعاوضة عليها

إذا كانت مما ينتفع بها أو ببعض اجزائها كدهن السمك الميتة للأسراج والتدهين، لوجود المقتضى و عدم المانع، لأن أدلة عدم الانتفاع بالميتة المختصة بالنجسة. (١) و صرح بما ذكرنا جماعة، و الظاهر انه مما لا خلاف فيه.

أما كون الرواية شاذة فلانه يرده ان حكم المشهور بعدم جواز الانتفاع لا يكون كاشفا عن اعراضهم عن الخبر، اذ لعله مستند الى ما استدل به لذلك الذى ذكرناه مع جوابه فى الجزء الثالث من هذا الشرح مفصلا، فالاعراض غير ثابت، فلا وجه لرفع اليد عن الخبر الجامع لشرائط الحجية.

أما معارضته بما دل على المنع فى مورد فلان الخبر المذكور ظاهر فى عدم حرمة الاسراج فى نفسه، بل حرمة ما يلازمه فى الاستعمال المتعارف من تلويث اليد و اللباس. و مقتضى ذلك عدم حرمة الاسراج مع عدم تلويثهما. و أما صراحتة فى المنع عن البيع من شواهد ما اخترناه من ان الموت مانع تعبدى عن الصحة لا بلحاظ عدم جواز الانتفاع. ميتة ما ليس له دم سائل

(١) و استدل له: بوجود المقتضى، و هو الانتفاع بها بالمنافع المحللة، و عدم

(١) الوسائل، باب ٣٢، من ابواب الاطعمة المحرمة، حديث ١، و فيه (اما تعلم).

(٢) الوسائل، باب ٣٤، من ابواب الاطعمة المحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٧٦

السادسة: يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البرين (١) اجماعا

إشارة

على الظاهر المصرح به فى المحكى عن جماعة، و كذلك اجزاؤهما.

المانع عنها لعدم ما يصلح للمانعية عن المعاوضة على الميتة الطاهرة، اذ الروايات العامة ضعيفة السند، و الروايات الخاصة ظاهرة فى الميتة النجسة.

وفيه: ان بعض النصوص و ان اختص بالنجسة الا انه لا مفهوم له كى يقيد اطلاق سائر النصوص المتضمنة ان ثمن الميتة من السحت الشاملة للطاهرة ايضا، و توهم اختصاص تلك النصوص بانفسها بالنجسة لا وجه له سوى الانصراف الممنوع اذ مضافا الى ان قلة افراد صنف بالنسبة الى غيره لا يكون منشأ للانصراف، لا نسلم قلة افراد الميتة الطاهرة لكثرة الميتات الطاهرة من السمك و غيرها.

حكم بيع الكلب

(١) تنقيح القول فى المسألة يستدعى البحث فى مقامات:

الاول فى بيع الكلب.

الثانى: فى بيع الخنزير.

الثالث: فى بيع اجزائهما.

اما المقام الاول فالمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة عدم جواز بيعه، و عن بعض الاساطين دعوى الاجماع عليه.

و ملخص القول فى المقام: ان الحرمة التكليفية لا دليل عليها، و ما عن التذكرة:

الكلب ان كان عقورا حرم بيعه عند علمائنا، ليس نقل اجماع تعبدى على الحرمة كى يكون دليلا عليها، مع انه من المحتمل ارادة

الحرمة الوضعية، و قوله عليه السلام فى بعض النصوص و نهى عن ثمن الكلب «١» لا يدل عليها كما لا يخفى.

و أما الحرمة الوضعية: فتشهد لها جملة من النصوص كخبر السكونى عن مولانا الصادق عليه السلام السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب

«٢».

(١) الوسائل، باب ١٤، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٢) الوسائل، باب ٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٧٧

...

و موثق الجعفرىات عن سيدنا على عليه السلام و قد عد فيه من السحت ثمن الكلب «١» و

نحوهما غيرهما، و قد تقدمت جملة من تلك النصوص.

و هذه النصوص و ان كانت مطلقة الا انها تقيد بالنصوص الدالة على جواز بيع كلب الصيد.

و هذه النصوص مختصة بالبيع لعدم اطلاق الثمن على العوض فى غير البيع من المعاوضات، فعموم الحكم لسائر انحاء المعاوضات

يبنى على ثبوت عدم الفصل او الاجماع التعبدى، او عدم وجود المنفعة المحللة له الموجب لعدم ماليته.

حكم بيع الخنزير

و أما المقام الثانى فالمشهور بين الاصحاب: عدم جواز بيع الخنزير، بل لعل المجمع عليه بين الخاصة و العامة عدم جواز بيعه.

و أما النصوص الواردة فى المقام فهى طوائف:

الاولى: ما تدل على عدم الجواز اذا كان البائع مسلما، و الجواز اذا كان ذميا:

كموثق على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجلين نصرانيين باع احدهما خمرا او خنزيرا الى اجل فاسلما قبل ان يقبضا الثمن هل

يحل له ثمنه بعد الاسلام؟ قال عليه السلام: انما له الثمن فلا باس ان يأخذه «٢» فانه كما يدل على جواز بيعه قبل الاسلام يدل بمفهومه

على عدم جوازه بعد الاسلام كما هو واضح.

الثانية: ما تدل على عدم جواز بيع المسلم الخنزير: كخبر معاوية بن سعيد عن الامام الرضا عليه السلام عن نصرانى اسلم و عنده خمر و

خنزير و عليه دين هل يبيع خمره

(١) المستدرک، باب ٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٦١، من ابواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٧٨

...

و خنازيره فيقضى دينه؟ فقال عليه السلام لا «١».

الثالثة: ما تدل على جواز بيع الذمي اياه: كموثق منصور قلت لابي عبد الله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر و الخنزير و انا حاضر فيحل لي اخذها؟ فقال عليه السلام: انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك «٢».

و موثق عمار عن الامام الصادق عليه السلام عن رجلين نصرانيين باع احدهما من صاحبه خمرا او خنازير ثم اسلما قبل ان يقبضا الدراهم قال عليه السلام: لا بأس «٣».

الرابعة: ما تدل على الجواز مطلقا كحسن زرارة عن مولانا الصادق عليه السلام في الرجل يكون لي عليه الدراهم فيبيع بها خمرا و خنزيرا ثم يقضى منها قال عليه السلام لا بأس. او قال: خذها «٤» و نحوه غيره. فان هذه الطائفة صريحة في جواز استيفاء الدين من ثمن الخنزير، و لازم ذلك. صحة بيعه، و الا لزم استيفاء الدين من مال الغير، و هو اكل المال بالباطل.

الخامسة: ما تدل على المنع مطلقا كخبر الجعفریات، حيث جعل الامام عليه السلام فيه من السحت ثمن الخنزير «٥». و نحوه خبر دعائم الاسلام «٦».

و الجمع بين النصوص يقتضى الالتزام بجواز بيع الذمي الخنزير و عدم جواز بيع المسلم، و ذلك لان الطائفة الاولى بمنطوقها تقيد اطلاق الطائفة الخامسة، و تعضدها في ذلك الطائفة الثالثة، و بمفهومها تقيد اطلاق الطائفة الرابعة المجبورة، و تعضدها في ذلك الطائفة الثانية.

هذا كله في الجواز الوضعي.

(١) الوسائل، باب ٥٧، من ابواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٦٠، من ابواب ما يكتسب به حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٣٤، من ابواب الاشربة المحرمة، حديث ٣.

(٤) الوسائل، باب ٦٠، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٥) المستدرک، باب ٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٦) المستدرک، باب ٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٥. (*)

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٧٩

...

و أما من حيث الحكم التكليفي، فالظاهر هو الحرمة حتى فيما جاز البيع وضعا

كما يشهد له حسن ابن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام في رجل كان له على رجل دراهم

فباع خمرا او خنزير و هو ينظر فقضاه فقال: لا بأس به اما للمقتضى فحلال و أما للبائع فحرام «١».

فانه صريح في الجواز الوضعي من جهة صراحته في جواز استيفاء الدين من ثمن الخنزير، و في الحرمة التكليفية.

البحث في اجزاء الكلب و الخنزير

و أما المقام الثالث، و هو البحث في حكم بيع اجزاء الكلب و الخنزير.

فملخص القول فيه ان موضوع النصوص هو الكلب و الخنزير، ففي كل مورد يحكم بعدم جواز البيع لا- بد و ان يحرز صدق احد هذين العنوانين و الا- فلا وجه للحكم به، و لا ريب في عدم صدق عنوان الكلب و الخنزير على اجزائهما، و عليه فلا مورد لاستفادة حرمة بيعها من النصوص المتقدمة.

و دعوى ان المستفاد منها فساد بيع كل جزء من اجزائهما، اذ لو كان بيع بعض اجزائهما جائزا لما كان وجه لكون تمام الثمن سحتا، كما عن بعض المحققين.

مندفعة بان المستفاد من النصوص فساد بيع كل جزء من اجزائهما حتى الاجزاء التي لا تحلها الحياة الا ما يكون تبعا في البيع و لا يقع جزء من الثمن في مقابله.

و لكن ذلك في صورة الانضمام و صدق عنوان الكلب و الخنزير لا في صورة الافتراق، اللهم الا ان يدعى العلم بعدم دخل خصوصية الانضمام في هذا الحكم، و بعبارة اخرى: بعد ما لا ريب في صدق عنوان الكلب و الخنزير على الميتة منهما و لو بالمسامحة و العرفية، و دلالة تلك النصوص على حرمة بيعها، دعوى العلم بعدم دخل خصوصية الاتصال في الحكم و كون تمام الموضوع بحسب المتفاهم العرفي في

(١) الوسائل، باب ٦٠، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٨٠

نعم لو قلنا بجواز استعمال شعر الخنزير و جلده جاء فيه ما تقدم في جلد الميتة.

السابعة: يحرم التكبس بالخمير و كل مسكر مائع و الفقاع

اجماعا نصا و فتوى (١).

جسد الكلب و الخنزير بلا- دخل للاتصال فيه، قريبة جدا، و عليه فلا- يجوز بيع اجزائهما التي لا تحلها الحياة بالتقريب المتقدم عن بعض المحققين. نعم في خصوص شعر الخنزير دلت النصوص على جواز بيعه كموثق زرارة عن الامام الباقر عليه السلام: قال: قلت له: ان رجلا من مواليك يعمل الحمامل بشعر الخنزير قال عليه السلام: اذا فرغ فليغسل يده «١». و نحوه غيره من النصوص المعتمدة.

و لو تنزلنا عما ذكرناه يدل على عدم جواز بيع اجزائهما التي تحلها الحياة ما دل على حرمة بيع الميتة الصادقة عليهما.

التكبس بالخمير و كل مسكر

(١) يحرم التكبس بما يزيل العقل كالخمير و كل مسكر مائع و الفقاع بلا خلاف

في شيء من هذه الثلاثة، بل غير واحد: دعوى اجماع العلماء على ذلك كله، بل عليها اجماع المسلمين.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في كل واحد منها.

اما الخمر: فيشهد لعدم جواز بيعها وضعا جملة من النصوص كحسن محمد بن مسلم عن امامنا الصادق عليه السلام- في حديث- ان

رجلا من ثقيف اهدى الى رسول الله صلى الله عليه و آله

روايتين من خمر فامر بهما رسول الله صلى الله عليه و آله فاهريقتا، و قال: ان الذي حرم شربها حرم ثمنها «٢».

و خبر المدائني عن ابي عبد الله عليه السلام: من اكل السحت ثمن الخمر.

(١) الوسائل، باب ٥٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٥٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٨١

...

و نحوهما غيرهما فلا اشكال في عدم صحة بيعها.

و يشهد لحرمة بيعها تكليفا للخير المشهور من ان رسول الله صلى الله عليه و آله لعن الخمر و

عاصرها و معتصرها و بائعها و مشتريها و ساقياها و آكل ثمنها و شاربها و حاملها و المحمولة اليه «١».

و في خبر ابى الجارود المروى عن تفسير القمى عن الامام الباقر عليه السلام: حرم الله الخمر قليلها و كثيرها و بيعها و شرائها و الانتفاع بها «٢».

و ما ادعاه المحقق النائنى قدس سره من انه لا يستفاد من الاخبار الواردة في المقام التعبدية الصرفة بل ظاهرها كون عدم جواز بيعها لاجل كونها مما لا ينتفع به، و عليه فبناء على جواز اقتناء الخمر للتخلييل فيبيعها لذلك جائز للمعلومات.

غير تام، اذ يرد عليه: ان هذا مخالف لظاهر النصوص، فان مقتضى ظاهر فساد بيعها بقول مطلق، اى و ان جاز اقتنائها.

و ظاهر بعض النصوص كحسنى زرارة و محمد بن مسلم المتقدمين في المسألة السابقة و ان كان جواز بيعها وضعا، الا ان الجمع بين النصوص يقتضى الالتزام بالجواز لو كان البائع ذميا، و عدم الجواز اذا كان مسلما، و ذلك لان في المقام طوائف من النصوص.

الاولى: ما تدل على عدم الجواز مطلقا، و قد تقدمت.

الثانية: ما تدل على الجواز كذلك كالحسينين.

الثالثة: ما تدل على الجواز اذا كان البائع ذميا كموثق منصور عن الامام الصادق عليه السلام المتقدم في المسألة المتقدمة، فانه اخص من الطائفة الاولى فيقيد اطلاقها،

فتخص بالمسلم، فتقلب النسبة بذلك و تصير الطائفة المانعة اخص من المجوزة فيقيد اطلاقها.

(١) الوسائل، باب ٥٥، من ابواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل، باب ١، من ابواب الاشربة المحرمة، حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٨٢

و في بعض الاخبار: يكون لى على الرجل دراهم فيعطينى خمرا قال: (خذها و افسدها) (١) قال ابن ابى عمير: يعنى اجعلها خلا و المراد به اما اخذ الخمر مجانا ثم تخليلها، او اخذها و تخليلها لصاحبها ثم اخذ الخل و فاء عن الدراهم.

(١) و كما يدل بعض النصوص على جواز تخليل الخمر و اقتنائها لذلك، كذلك يدل موثق ابن ابى عمير و على بن حديد عن جميل

قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام يكون لى على الرجل الدراهم فيعطينى بها خمرا فقال: خذها ثم افسدها، قال على عليه السلام:

و اجعلها خلا «١»، على انها تملك و يجوز اخذها و فاء عن الدين للتخلييل.

و قيل في بيان المراد من الخبر وجوه:

الاول: ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره و هو: انه ليس في الخبر اشارة الى اخذ الخمر بدلا عن الدراهم، و اجتهاد الراوى لا يفيد،

فيحكم ببقاء الدراهم فى الذمة، و أما الخمر فيفسدها حسما لمادة الفساد و فيه: ان السائل انما سال عن اخذ الخمر و فاء للدين و الامام

عليه السلام في مقام الجواب قال خذها و ظاهر ذلك اخذها بذلك العنوان الذي يعطيه صاحب الخمر. و على ذلك فظاهر الخبر ان الخمر مما يملك، و لازم ذلك جواز اقتنائها للتخليل كما دلت على ذلك بعض النصوص الاخر، فقوله عليه السلام و افسدها ظاهر في ارادة التخليل، فاجتهاد ابن حديد في محله.

(٢) الثاني: ما في المتن و هو: ان المراد اخذ الخمر مجاناً ثمّ تخليلها.

و فيه: ان لازم ذلك عدم سقوط الدين مع انه صريح في سقوطه، و بعبارة اخرى: ظاهره اخذ الخمر وفاء للدين.

(٣) الثالث: ما في المتن ايضا، و هو اخذها و تخليلها لصاحبها ثمّ اخذ الخل وفاء للدين.

(١) الوسائل، باب ٣١، من ابواب الاشربة المحرمة، حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٨٣

...

و فيه: ان ظاهره كون الخمر نفسها وفاء للدين مع انه على هذا يحتاج اخذ الخل وفاء الى اذن جديد من المالك لعدم اذنه في التملك، و لا ينافي ذلك عدم جواز بيعها كى يقال انه يدل على جواز البيع و الشراء بقصد التخليل فيقيد اطلاق ما دل على المنع. و أما غير الخمر من المسكرات المائعة، فان قلنا بصدق الخمر عليها حقيقة كما صرح بذلك جمع من اللغويين و نطقته به جملة من النصوص فلا كلام، و الا فيشكل الحكم بحرمة بيعها الا اذا قام اجماع تعبدى عليها او يدعى تنقيح المناط. و استدلل لها بوجوه: الاول: قوله عليه السلام في موقوف على بن يقطين عن الامام الكاظم عليه السلام: ان الله لم يحرم لاسمها و لكن حرّمها لعاقبتها فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر «١».

و نحوه قوله عليه السلام في خبره الآخر: فما فعل الخمر فهو خمر «٢».

بدعوى انها بعموم التنزيل يدلان على ترتب جميع احكام الخمر على كل مسكر، و منها حرمة البيع.

و فيه انها بقرينة صدرهما ظاهر ان في ارادة التنزيل من حيث حرمة الشرب خاصة.

و الغريب ان الاستاذ الاعظم تمسك بهما لذلك بدعوى دلالتهما على كون النبيذ المسكر خمر واقعاً اذ ينافي ذلك قوله عليه السلام

ان الله لم يحرم الخمر لاسمها الذي هو كالصريح في عدم صدق الخمر على كل مسكر.

و اغرب من ذلك دعواه اختصاص الخبرين بالنبيذ المسكر و عدم شمولهما

(١) الوسائل، باب ١٩، من ابواب الاشربة المحرمة، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٩، من ابواب الاشربة المحرمة، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٨٤

...

للمسكرات الجامدة، اذ لم يظهر وجه ذلك مع كونها مطلقين.

الثاني: حسن عمار بن مروان عن الامام الباقر عليه السلام: و السحت انواع كثيرة، وعد

منها ثمن النبيذ و المسكر «١».

و فيه: اولاً: انه لو ثبت هذا المتن لدلّ على عدم الجواز الوضعي في جميع المسكرات جامدها و مائعها، و لا- يدل على الحرمة التكليفية.

و ثانياً: ان الحديث مروى في غير نسخة التهذيب مع اسقاط لفظ (واو) فيكون المسكر وصفا للنبيذ، فغاية ما يستفاد من الحسن عدم صحة بيع النبيذ المسكر.

الثالث: قوله صلى الله عليه و آله «٢» في خبر عطاء: كل مسكر خمر. حيث ان الظاهر ترتيب جميع آثار الخمر على كل مسكر. و فيه: ان الخبر ضعيف السند لضعف عدة من رواه.

و بما ذكرناه ظهر حكم المسكر الجامد و ما يمكن ان يستدل به على عدم جواز بيعه و ما يرد عليه.

و على فرض التعدي الى كل مسكر مائع لا ينبغي التوقف في اختصاص الحكم بما كان المطلوب منه الشرب و الاسكار.

و أما المسكرات المستحدثة التي ليس الشرب منفعة مقصودة منها و لها منافع اخر، كتطهير القذارات العرفية، و قتل الجراثيم الهوائية، و غير ذلك من المصالح النوعية و الاغراض العقلية، فلا يحرم بيعها لا وضعا و لا تكليفا، و ذلك اما بناء على كون التعدي عن الخمر الاجماع و تنقيح المناط فواضح، و أما بناء على كون المدرك الروايات الخاصة، فلانصرافها عنها كما لا يخفى وجهه.

(١) الوسائل، باب ٥، من ابواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

(٢) الوسائل، باب ١٥، من ابواب الاشربة المحرمة، حديث ٥.)*

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ١، ص: ٨٥

الثامنة: يحرم المعاوضة على الاعيان المنتجسة الغير القابلة للطهارة

إذا توقف منافعها المحللة المعتد بها على الطهارة (١).

لما تقدم من النبوي: (إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه) «١» و نحوه المتقدم عن دعائم الاسلام «٢» و أما التمسك بعموم قوله عليه السلام في رواية تحف العقول (أو شيء من وجوه النجس) ففيه نظر، لان الظاهر من وجوه النجس العنوانات النجسة لان ظاهر الوجه هو العنوان (٢).

نعم يمكن الاستدلال على ذلك بالتعليل المذكور بعد ذلك و هو قوله عليه السلام: (لان ذلك كله محرم أكله و شربه و لبسه) إلى آخر ما ذكر «٣»

حكم بيع المنتجس

(١) هذا هو المشهور بين الاصحاب بل عن بعضهم: دعوى الاجماع عليه.

و استدل له بقوله عليه السلام: في خبر تحف العقول: أو شيء يكون فيه وجه من وجوه النجس.

(٢) و أورد عليه المصنف: بأن الظاهر من وجوه النجس العناوين النجسة، لان ظاهر الوجه هو العنوان.

و قد استدل هو قدس سره لهذا الحكم فيما إذا كانت منافع المعتد بها متوقفة على الطهارة: بالنبوي المشهور، و خير دعائم الاسلام المتقدمين، و بقوله عليه السلام في خبر تحف العقول: لان ذلك كله محرم أكله و شربه و لبسه ... الخ.

و فيه: ما تقدم من ضعف سند النصوص فلا يعتمد عليها.

و أورد عليه الاستاذ الاعظم: بأن المراد من الحرمة فيها ان كان هو الحرمة

(١) عوالى اللثالى، ج ٢، ص ١١٠، حديث ٣٠١.

(٢) دعائم الاسلام، ج ٢، ص ١٨، حديث ٢٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٨٦

ثم اعلم أنه قيل بعدم جواز بيع المسوخ من أجل نجاستها و لما كان الاقوى طهارتها لم يحتج الى التكلم فى جواز بيعها هنا. نعم لو قيل بحرمة البيع لا من حيث النجاسة كان محل التعرض له ما سيجىء من أن كل طاهر له منفعة محللة مقصودة يجوز بيعه. و سيجىء ذلك فى ذلك فى ذيل القسم الثالث مما لا يجوز الاكتساب به لاجل عدم المنفعة فيه.

و أما المستثنى من الاعيان المتقدمة فهي أربعة تذكّر فى مسائل أربع:

إشارة

الذاتية فلا تشمل المتنجس، و إن كان هو الاعم منها و من الحرمة العرضية فلا وجه للفرق بين ما يقبل التطهير و ما لا يقبل.

و فيه: ان المراد هو الثانى، و وجه الفرق بين القسمين عدم صدق حرمة الشيء بقول مطلق فى الاول و صدقها فى الثانى.

و أورد عليه المحقق الايروانى قدس سره بأن قبول الطهارة إن كان مسوغا للبيع يسوغ فى الاعيان النجسة لانها قابلة للتطهير بالاستحالة و الاستهلاك.

و فيه أنه فى هذين الموردين إنما يحكم بعدم بقاء النجاسة لارتفاع الموضوع و انعدام النجس و عليه فالفرق بين المتنجس القابل للطهارة و النجس انه فى الاول بما انه قابل للطهارة فهذا الموجود مما له منفعة محللة فيجوز بيعه، و هذا بخلاف الثانى فإنه و إن فرض جواز الانتفاع بما استحيل اليه الا ان بيع شيء و موجود خاص لاجل ما يترتب على موجود آخر من المنافع لا يصح.

نعم هذا على مسلك المصنف قدس سره و هو ان دليل فساد البيع فيما لا ينتفع به منفعة محللة مقصودة هو الاخبار العامة.

و أما بناء على المختار من عدم صحة الاستدلال بها، و ان المدرك عدم صدق عناوين المعاملات على ما لا نفع له، فالظاهر تمامية ما ذكره اذ لو فرضنا وجود منفعة محللة لما استحيل اليه العين النجسة يصدق عنوان البيع هو الاعطاء لا مجانا، و تجارة عن تراض، غيرهما من عناوين المعاوضات.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٨٧

الاولى يجوز بيع المملوك الكافر اصليا كان ام مرتدا مليا (١)

بلا خلاف ظاهر

بل ادعى عليه الاجماع و ليس ببعيد كما يظهر للمتتبع فى المواضع المناسبة لهذه المسألة كاسترقاق الكفار (٢) و شراء بعضهم من بعض، و بيع العبد الكافر اذا اسلم على مولاه الكافر، و عتق الكافر، و بيع المرتد، و ظهور كفر العبد المشتري على ظاهر الاسلام، و غير ذلك.

و كذا الفطرى على الاقوى (٣) بل الظاهر انه لا خلاف فيه من هذه الجهة، و ان كان فيه كلام من حيث كونه فى معرض التلف

لوجوب قتله.

و لم نجد من تأمل فيه من جهة نجاسته عدا ما يظهر من بعض الاساطين فى شرحه على القواعد، حيث احترز بقول العلامة: (ما لا يقبل التطهير من النجاسات) عما يقبله و لو بالاسلام كالمرتد و لو عن فطرة على اصح القولين. فبنى جواز بيع المرتد على قبول توبته. بل بنى جواز بيع مطلق الكافر على قبوله للتطهير بالاسلام.

(١) و يشهد له مضافا الى الاجماع، جملة من النصوص.

كموثق ابراهيم بن عبد الحميد عن ابي الحسن عليه السلام فى شراء الروميات، قال عليه السلام: اشترهن و بعهن «١».

و خبر اسماعيل بن الفضل عن الامام الصادق عليه السلام عن شراء مملوكى اهل الذمة قال اذا اقروا لهم بذلك فاشتر و انكح «٢» و نحوهما غيرهما.

و الاستدلال لعدم الجواز بالاخبار العامة.

فاسد، من وجوه، تقدمت مع ان هذه النصوص اخص منها فتقدم عليها.

(٢) جواز الاسترقاق لا يدل على جواز البيع و انما يدل على التملك، كما ان بيع العبد الكافر اذا اسلم على مولاه الكافر لا يدل على جواز بيعه و هو كافر.

(٣) و الذى يظهر من مجموع كلماتهم فى وجه عدم جواز بيع الفطرى، وجوه:

الاول: كونه فى معرض التلف لوجوب قتله.

وفيه: ان كونه فى معرض التلف اعم من وجوب قتله من وجه و اخص منه.

(١) الوسائل، باب ٢، من ابواب بيع الحيوان، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ١، من ابواب بيع الحيوان، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٨٨

و انت خير بان حكم الاصحاب بجواز بيع الكافر نظير حكمهم بجواز بيع

الكلب لا من حيث قابليته للتطهير نظير الماء المتنجس. و ان اشراطهم قبول التطهير انما هو فيما يتوقف الانتفاع به على طهارته ليتصف بالملكية لا- مثل الكلب و الكافر المملوكين مع النجاسة اجماعا و بالغ تلميذه فى مفتاح الكرامة فقال: (اما المرتد عن فطرة فالقول بجواز بيعه ضعيف جدا لعدم قبول توبته فلا- يقبل التطهير). ثم ذكر جماعه ممن جوز بيعه- الى ان قال:- (و لعل من جواز بيعه بناء على قبول توبته) انتهى. و تبعه على ذلك شيخنا المعاصر.

كذلك اذ مع وجود المتصدى للقتل يكون فى معرض التلف و لو كان القتل عدوانا، و مع عدمه لا يكون كذلك و ان وجب قتله، و على اى تقدير لا يوجب ذلك سلب المالىة ما دام لم يقتل كى لا يجوز بيعه.

الثانى: ما يظهر من بعض الاساطين فى شرحه على القواعد و هو نجاسته.

وفيه: انه قد مر ان النجاسة لا تكون مانعة عن صحة البيع مضافا الى ما تقدم من دلالة جملة من النصوص على جواز بيع الكافر و هى اخص مما دل على مانعية النجاسة لو كان بناء على ما هو المشهور من نجاسة اهل الكتاب.

و على فرض مانعية النجاسة تعبدا لا وجه للحكم بالصحة فيمن يقبل التطهير بالاسلام اذ الاسلام لا يوجب رفع مانعية ما قبل تحقيقه،

كما انه، على القول بالعدم يجوز بيعه مع عدم الاسلام و عدم قبول توبته.

فالتفصيل بين من تقبل توبته و من لا تقبل توبته، في غير محله.

الثالث: تضاد الحكمين، و المراد بهما وجوب الوفاء بالعقد الموجب لحفظه و تسليمه، و وجوب اتلافه بالقتل.

و لكن يمكن الجواب عنه بامور: الاول: ان وجوب الوفاء انما يوجب التسليم و هو لا ينافي وجوب القتل الممكن بعد الاقباض، الثاني:

ان دليل وجوب الوفاء في المقام بيان الحكم الوضعي و دليل وجوب القتل متضمن للحكم التكليفي، الثالث: انه لو سلم كونهما معا

في مقام بيان الحكم التكليفي و عدم امكان امتثالهما معا لا يكون

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٨٩

...

ذلك مانعا عن صحة البيع اذ لازمه سقوط احد الحكمين، فلو سقط وجوب القتل فلا

كلام، و لو سقط وجوب الوفاء يكفي للحكم بالصحة، احل الله البيع، و غيره.

اقول: لا- إشكال و لا خلاف في كون المملوك المرتد عن فطرة ملكا و مالا لملكه، و يجوز له الانتفاع به بالاستخدام ما لم يقتل، و

انما استشكل من استشكل في جواز بيعه من حيث كونه في معرض القتل بل واجب الاتلاف شرعا، فكان الاجماع منعقد على عدم

المنع من جهة عدم قابلية طهارته بالتوبة.

قال في الشرائع: و يصح رهن المرتد و ان كان عن فطرة، و استشكل في المسالك من جهة وجوب اتلافه و كونه في معرض التلف،

ثم اختار الجواز لبقاء ماليته الى زمان القتل.

و قال في القواعد و يصح رهن المرتد و ان كان عن فطرة على اشكال.

و ذكر في (جامع المقاصد) ان منشأ الاشكال انه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق اولي و ان مقصود البيع حاصل.

و أما مقصود الرهن فقد لا يحصل بقتل الفطري حتما، و الآخر قد لا يتوب، ثم اختار الجواز.

و قال في (التذكرة): المرتد ان كان عن فطرة ففي جواز بيعه نظر ينشأ من تضاد الحكمين و من بقاء الملك، فان كسبه لمولاه، اما عن

غير فطرة، فالوجه صحة بيعه لعدم تحتم قتله، ثم ذكر المحارب الذي لا يقبل توبته لوقوعها بعد القدرة عليه و استدل على جواز بيعه

بما يظهر منه جواز بيع المرتد عن فطرة و جعله نظير المريض المأبوس عن برئه.

نعم منع في التحرير و الدروس عن بيع المرتد عن فطرة، و المحارب اذا وجب قتله للوجه المتقدم عن التذكرة، بل في الدروس ان بيع

المرتد عن مله ايضا مراعى بالتوبة.

و كيف كان فالمتبع يقطع بان اشتراط قابلية الطهارة انما هو فيما يتوقف الانتفاع المعتمد به على طهارته.

ولذا قسم في المبسوط المبيع الى آدمي و غيره، ثم اشترط الطهارة في غير الآدمي، ثم استثنى الكلب الصيد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٩٠

الثانية: يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش في الجملة (١)

إشارة

بلا خلاف ظاهر

الا- ما عن ظاهر اطلاق العماني، و لعله كإطلاق كثير من الاخبار بان ثمن الكلب سحت، محمول على الهراش، لتواتر الاخبار و

استفاضه نقل الاجماع على جواز بيع ما عدا كلب الهراش (٢) في الجملة، ثم ان ما عدا كلب الهراش على اقسام:

احدها: كلب الصيد السلوقي و هو المتيقن من الاخبار و معاهد الاجماع الدالة على الجواز. (٣) الثاني: كلب الصيد غير السلوقي و بيعه جائز على المعروف من غير ظاهر اطلاق المقنعة و النهاية، و يدل عليه قبل الاجماع المحكى عن الخلاف و المنتهى و الايضاح و غيرها الاخبار المستفيضة.

(١) هذا فى الجملة مما قام عليه الاجماع و النصوص الكثيرة بل المتواترة المروية من الفريقين تشهد به، و ما نقله السيد العاملى فى مفتاح الكرامة (٤: ٢٨) قال و لا مخالف سوى الحسن العماني على ما حكى يتعين حمله على ما افاده المصنف لو صح النقل.
(٢) و الغرض هنا البحث فيما استثنى من الكلاب و المتيقن من موارد المنع الكلب الذى لا خاصية له و لا منفعة عقلانية توجب ماليته او تمحض منافعه فى المحرمة، كما ان المتيقن من موارد كلب الصيد اذا كان سلوقيا، و الاقسام الاخر وقع الخلاف فيها و ستعرف ما هو الحق فى المباحث الآتية.

(٣) و تشهد له جملة من النصوص: كموثق محمد بن مسلم عن الامام الصادق عليه السلام: ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت «١». و خبر ابى بصير عنه عليه السلام: عن ثمن كلب الصيد قال عليه السلام: لا بأس بثمانه، و الآخر لا يحل ثمنه «٢». و خبر الوليد عنه عليه السلام: عن ثمن الكلب الذى لا يصيد فقال عليه السلام: سحت، و أما الصيود فلا بأس «٣». و نحوها غيرها.

(١) الوسائل، باب ١٤، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٢) الوسائل: باب ١٤، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٣) الوسائل، باب ١٤، من ابواب ما يكتسب به، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٩١

منها قوله عليه السلام فى رواية القسم بن الوليد، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذى لا يصيد، قال: سحت، و أما الصيود فلا بأس به، و منها الصحيح عن ابن فضال عن ابى جميلة عن ليث قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الكلب الصيود يباع؟ قال: نعم، و يؤكل ثمنه.

و منها رواية ابى بصير قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن كلب الصيد، قال: لا بأس به، و أما الآخر فلا يحل ثمنه. و منها ما عن دعائم الاسلام للقاضى نعمان المصرى عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال: لا بأس بثمان كلب الصيد و منه مفهوم رواية ابى بصير عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه و آله ثمن الخمر و مهر البغى و ثمن الكلب الذى لا يصطاد من السحت،

و منها مفهوم رواية عبد الرحمن بن ابى عبد الله عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت، و لا بأس بثمان الهرة، و مرسله الصدوق و فيها ثمن الكلب الذى ليس بكلب الصيد سحت، ثم ان دعوى انصراف هذه الاخبار كمعاهد الاجماع المتقدمة الى السلوقى (١) ضعيفة، لمنع الانصراف لعدم الغلبة المعتد بها على فرض تسليم كون مجرد غلبة الوجود من دون غلبة الاستعمال منشأ للانصراف، مع انه لا يصح فى مثل قوله ثمن الكلب الذى لا يصيد او ليس بكلب (٢)

(١) و قد يتوهم اختصاص هذه النصوص بالسلوقى، بدعوى انصراف كلب الصيد اليه لكثرة وقوع الاصطياد به.

وفيه: اولاً: ان الاصطياد، بغيره ايضا كثير، و ان كان بالنسبة اليه اقل.

و ثانياً: ان غلبة الوجود كغلبة الاستعمال لا تكون منشأ للانصراف الموجب

للتقييد.

(٢) و اجاب المصنف (ره) عنه بجواب آخر و قال قدس سره مع انه لا يصح فى مثل قوله:

ثمن الكلب الذى لا يصيد او ليس بكلب الصيد ... الخ.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٩٢

الصيد لان مرجع التقييد الى ارادة ما يصح عنه سلب صفة الاصطياد، و كيف كان

فلا مجال لدعوى الانصراف بل يمكن ان يكون مراد المقنعة و النهاية من السلوقى مطلق الصيود، على ما شهد به بعض الفحول من اطلاقه عليه احيانا، و يؤيد بما عن المنتهى حيث انه بعد ما حكى التخصيص بالسلوقى عن الشيخين، قال: و عنى بالسلوقى كلب الصيد، لان سلوق قريه باليمن اكثر كلابها معلمة، فنسب الكلب اليها و ان كان هذا الكلام من المنتهى يحتمل لان يكون مسوقا لاجراء غير كلب الصيد من الكلاب السلوقية، و ان المراد بالسلوقى خصوص الصيود لا كل سلوقى، لكن الوجه الاول اظهر.

ما ذكر من منع الانصراف على فرض التنزل و تسليم انصراف كلب الصيد الى السلوقى فى المثال الاول تام، اذ الظاهر منه الكلب الذى لا يكون متصفا بصفة الاصطياد، و معلوم انه ليس فى صفة الاصطياد انصراف الى اصطياد السلوقى، و لا يتم فى المثال الثانى، اذ المستثنى هو الكلب الذى لا يكون كلب الصيد، و هو منصرف على الفرض الى السلوقى، فالمستثنى منه هو الكلب غير الصيود و غير السلوقى.

مع ان منع الانصراف فى المثاليين لا يضر بالاستدلال بانصراف سائر النصوص، اذ غاية ما يثبت بهما- بعد منع الانصراف- اختصاص المنع الثابت بدليلهما بالكلب الذى لا يصيد، و ليس لهما مفهوم كى يدلان على جواز بيع كلب الصيد مطلقا. و ربما يستدل على الاختصاص بالسلوقى بوجه آخر و هو: ان الروايات المجوزة على قسمين: الاول: ما دل على جواز بيع الكلب المتصف بوصف الاصطياد سلوقيا كان ام لم يكن، و عدم جواز بيع غيره كالنصوص المتقدمة. الثانى: ما دل على جواز بيع كلب الصيد، و عدم جواز بيع غيره كخبر ابى بصير المتقدم، و الظاهر من كلب الصيد هو نوع كلب الصيد و ان لم يتصف بعض افراده بهذا الوصف لاما كان صيودا بالفعل، اذ فى اضافة الموصوف الى وصفه لا يعتبر الاتصاف الفعلى، بل اضافة الموصوف الى وصف نوعه فى غاية الكثرة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٩٣

الثالث: كلب الماشية و الحائط، و هو البستان و الزرع و الاشهر بين القدماء

على ما قيل المنع، و لعله استظهر ذلك من الاخبار الحاضرة لما يجوز بيعه فى الصيود المشتهرة بين المحدثين كالكلىنى و الصدوقين، و من تقدمهم بل و أهل الفتوى، كالمفيد و القاضى و ابن زهرة و ابن سعيد و المحقق، بل ظاهر الخلاف و الغنية الاجماع عليه، نعم المشهور بين الشيخ و من تأخر عنه الجواز وفاقا للمحكى عن ابن الجنيد قدس سره حيث قال: لا بأس بشراء الكلب الصائد و الحارس للماشية و الزرع، ثم قال لا خير فى الكلب فيما عد الصيود و الحارس و ظاهر الفقرة الاخيرة لو لم يحمل على الاولى جواز بيع الكلاب الثلاثة و غيرها، كحارس الدور و الخيام و حكى الجواز أيضا عن الشيخ و القاضى فى كتاب الاجارة:

فالمتحصل من هذا القسم من الاخبار: ان الكلب السلوقى الذى هو فى نوعه صيود يجوز بيعه و غيره لا يجوز بيعه، و النسبة بين هاتين الطائفتين عموم من وجه، و تتعارضان فى السلوقى غير الصيود و الصيود غير السلوقى، و حيث ان دلالة كل منهما على موردى التعارض بالاطلاق فيتساقط الاطلاقان و يرجع الى الطائفة الثالثة من النصوص و هى ما دل على المنع عن بيع الكلب مطلقا. و فيه أولا: ان ما تضمن من النصوص تجوز بيع كلب الصيد ضعيف السند.

و ثانيا: انه من المحتمل ان يكون المراد بكلب الصيد هو المعنى الاعم من نوع كلب الصيد، و ما هو صيود بشخصه، لكفاية أدنى

الملاسة في صحة الاضافة، و على هذا فالنسبة بينهما عموم مطلق و تكون النتيجة جواز بيع كلب الصيد سلوكيا كان أم لم يكن، و عدم جواز بيع غيره و لو كان سلوكيا، فتدبر فإنه دقيق.

بيع كلب الماشية و الحائط

و قد استدل لجواز بيع كلب الماشية و كلب الزرع و كلب الحائط بوجوه:

الاول: ان ذلك مما يقتضيه الجمع بين الاخبار المانعة عن بيع الكلب، و بين قوله عليه السلام في خبر تحف العقول: و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شرائه ... الخ. الدال على جواز بيع كل ما فيه جهة من جهات-

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٩٤

و عن سلا و أبي الصلاح و ابن حمزة و ابن إدريس و أكثر المتأخرين

كالعلامة ولده السعيد و الشهيدين و المحقق الثاني و ابن القطان في المعالم، و الصيمري و ابن فهد و غيرهم من متأخري المتأخرين عدا قليل وافق المحقق كالسبزواري، و التقى المجلسي، و صاحب الحقائق، و العلامة الطباطبائي في مصابحه و فقيه عصره، في شرح القواعد و هو الاوفق بالعمومات المتقدمة المانعة،

إذ لم نجد مخصصا لها سوى ما أرسله في المبسوط (١) من انه روى ذلك، يعني جواز البيع في كلب الماشية و الحائط المنجبر قصور سنده و دلالة لكون المنقول مضمون

الصلاح فان النسبة بينهما عموم من وجه، و الكلاب المزبورة من موارد الاجتماع لجواز الانتفاع بها في الحراسة و غيرها، و حيث ان دلالة خبر تحف العقول على الجواز بالعموم دلالة تلك الاخبار على المنع بالاطلاق، فيقدم عليها.

و أجب عنه بجوابين:

الاول: ان الاخبار المقسمة للكلب الى كلب الصيد و غيره تكون أخص من خبر تحف العقول فيخصص بها.

و فيه: ان النسبة عموم من وجه، إذ الكلب الهراش و العقور ليس لهما جهة من جهات الصلاح، اللهم إلا ان يقال: ان حمل النصوص المانعة على خصوص الكلب الهراش و العقور الذين يكفي في عدم جواز بيعهما عدم المنفعة المحللة لهما عبارة أخرى عن القائها رأسا، و هذا بخلاف حمل خبر تحف العقول على غير الكلب، فيتعين ذلك كما لا يخفى.

الثاني: ان هذه الجملة من خبر تحف العقول لا يصح الاستدلال بها في نفسها لمعارضتها مع الجملة الاخرى المتضمنة للمنع عن بيع النجس، و حيث ان دلالة كل منهما تكون بالعموم فتساقطان في المقام.

و فيه: ما عرفت من ان الجملة المتضمنة للمنع عن بيع النجس مختصة بالنجس الذي لا يكون له منفعة محللة مقصودة فلا تشمل المقام، و لكن الذي يسهل الخطب ضعف سند خبر تحف العقول و عدم صحة الاستدلال به.

(١) الثاني: مرسل المبسوط، فإنه قال بعد الافتاء بجواز بيع كلب الصيد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٩٥

الرواية لا معناها، و لا ترجمتها باشتهاره بين المتأخرين، بل ظهور الاتفاق المستفاد

من قول الشيخ في كتاب الاجارة (١) ان أحدا لم يفرق بين بيع هذه الكلاب و إجارتها، بعد ملاحظة الاتفاق على صحة إجارتها، و من قوله قدس سره في التذكرة يجوز بيع هذه الكلاب عندنا و من المحكى عن الشهيد في الحواشي ان أحدا لم يفرق بين الكلاب الاربعة فيكون هذه الدعاوى قرينة على حمل كلام من اقتصر على كلب الصيد على المثال لمطلق ما ينتفع به منفعة محللة مقصودة.

كما يظهر ذلك من عبارة ابن زهرة في الغنية حيث اعتبر أولا في المبيع ان يكون مما ينتفع به منفعة محللة مقصودة ثم قال: و احترزنا

بقولنا ينتفع به منفعة محللة عما يحرم الانتفاع به، و يدخل في ذلك كل نجس إلا ما خرج بالدليل من بيع

المعلم و روى: ان كلب الماشية و الحائط مثل ذلك «١».

و لكن: الاستدلال بهذا المرسل على الجواز يتوقف على ثبوت أمرين: أحدهما:

جبر ضعف سنده، و ثانيهما: جبر قصور دلالتة.

أما الاول: فلا رسالة، و أما الثاني: فلان من المعلوم أنه لم يكن في كلام الامام عليه السلام اسم الاشارة فهو نقل مضمون كلامه عليه السلام لا ألفاظه و لا ترجمتها، و حيث ان نقل المضمون مشتمل على اجتهاد الراوى و ليس هو حجة علينا، فالاستدلال به يتوقف على إثبات حجية نقل هذا المضمون.

أما ضعف سنده فقد يقال بانجبار ضعف السند باشتهار القول بالجواز بين المتأخرين.

و أوجب عنه: بأنه لا اعراض قداماء الاصحاب عنه و إفتائهم بالمنع لا يوجب ذلك الجبر.

و فيه: انه يمكن ان يكون إفتائهم بالمنع لاجل عدم الظفر به لا للإعراض عنه،

فالصحيح ان يقال في مقام الجواب: ان الشهرة بين المتأخرين لا تكون جابرة، مع ان إفتائهم بالجواز يمكن ان يكون لما تقدم، او لبعض ما سيجيء كما صرح به بعضهم، لا للمرسل، فالاعتماد غير ثابت.

(١) و قد يقال بانجباره بما عن الشيخ في كتاب الاجارة من أن أحدا لم يفرق بين

(١) الوسائل، باب ١٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ١، ص: ٩٦

الكلب المعلم و الزيت النجس للاستصباح تحت السماء، و من المعلوم بالإجماع و السيرة جواز الانتفاع بهذه الكتاب منفعة محللة مقصودة أهم من منفعة الصيد فيجوز بيعها لوجود القيد الذي اعتبره فيها و ان المنع من بيع النجس منوط بحرمه الانتفاع، فينتفى بانتفائها و يؤيد ذلك كله ما في التذكرة من ان المقتضى لجواز بيع كلب الصيد أعنى المنفعة موجودة في هذه الكلاب (١).

بيع هذه الكلاب و إجاتها، فإن المستفاد منه بعد ملاحظة الاتفاق على صحة إجاتها الاتفاق على جواز بيعها، و قد ادعاه العلامة و الشهيد.

و فيه: انه لا يعبأ بهذه الدعاوى بعد ملاحظة ذهاب أكثر المتقدمين إلى المنع، و دعوى الشيخ في محكي الخلاف و ابن زهرة الاجماع على المنع.

ثم انه ادعى الشيخ الأعظم (ره) في المقام جبر قصور الدلالة باشتهار الجواز بين المتأخرين.

و فيه: ان المعروف بين الأصحاب عدم جبر قصور الدلالة بالشهرة، و الظاهر ان وجهه عدم حجية اجتهاد القوم للمجتهد.

و دعوى انه فرق بين ما لو نقل الفاظ الإمام عليه السلام او ترجمتها، و عمل القوم بها، و لم

يكن لنا حجة على ان مدلول الخبر هو الذى استفادوه و بين ما لو نقلوا مضمون خبر لم يصل إلينا ألفاظه و لا ترجمتها، فإنه في الاولين يجب علينا تحصيل الدلالة بأنفسنا، و فى الأخير يمكن ان يقال: بأنه يحصل الوثوق بصدور هذا المضمون و هو المطلوب، و إن شئت قلت: ان جبر السند فى الأخير يرجع إلى الوثوق بصدور المضمون.

و الفتوى و هو كاف فى الحجية، كما عن بعض مشايخنا المحققين (ره) مندفعاً بأن نقل القوم مضمون خبر انما يوجب الوثوق بصدور ألفاظ من الإمام عليه السلام التى استفادوا منها هذا المضمون، لا صدور هذا المضمون منه عليه السلام، فجبر السند فيه، لا يرجع الى

الوثوق بصدور هذا المضمون.

فتحصل: انه لا يصح الاستدلال بالمرسل لقصور السند و الدلالة.

(١) هذا هو الوجه الثالث و حاصله انه إذا جاز بيع كلب الصيد، جاز بيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٩٧

و عنه قدس سره في مواضع آخر ان تقدير الدية لها يدل على مقابلتها بالمال (١) و ان

ضعف الأول برجوعه إلى قياس (٢) و الثاني بأن الدية لو لم تدل على عدم التملك و إلا لكان الواجب القيمة كائنه ما كانت لم تدل

على التملك (٣) لاحتمال كون الدية من باب تعيين غرامة معينة لتفويت شيء ينتفع به لا لإتلاف مال كما في إتلاف الحر،

و نحوهما في الضعف دعوى انجبار المرسله بدعوى الاتفاق المتقدم عن الشيخ و العلامة و الشهيد قدس سرهم لو لو هنها بعد

الإغماض عن معارضتها بظاهر عبارتي الخلاف و الغنية من الإجماع على عدم جواز غير المعلم من الكلاب بوجدان الخلاف العظيم

من أهل الرواية و الفتوى، نعم لو ادعى الإجماع أمكن منع و هنها بمجرد الخلاف و لو من الكثير بناء على ما سلكه بعض متأخر

المتأخرين في الإجماع من كونه منوطا بحصول الكشف من اتفاق جماعة و لو خالفهم أكثر منهم مع ان دعوى الإجماع ممن لم

يصلح الإجماع على مثل هذا الاتفاق لا يعابها عند وجدان الخلاف.

باقى الكلاب الأربعة، و الأول ثابت اجماعا، فكذا الثاني، بيان الشرطية ان المقتضى للجواز هناك كون المبيع مما ينتفع به و ثبوت

الحاجة الى المعاوضة، و هذان المعنيان ثابتان في صورة النزاع، فيثبت الحكم عملا بالمقتضى السالم عن المعارض.

(١) هذا هو الوجه الرابع أفاده العلامة قدس سره أيضا، و هو ان لها ديات منصوصة فيجوز المعاوضة عليها.

و فيه: ان العلامة قدس سره يدعى تنقيح المناط، فالصحيح في الجواب عنه: انه لم يحرز المقتضى للجواز في كلب الصيد و لعله غير

جواز الانتفاع به، مع انه يمكن ان يكون ذلك في غير كلب الصيد مقرونا بالمانع، و لا- وجه لدعوى تنقيح المناط إلا بعد إحراز

المقتضى و عدم المانع.

(٢) و أورد عليه المصنف قدس سره: بأنه يرجع الى القياس.

و عن الأستاذ الأعظم: انه قياس واضح.

(٣) و أورد عليه المصنف بقوله: ان الدية لو لم تدل على عدم التملك و إلا لكان الواجب القيمة كائنه ما كانت لم تدل على التملك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٩٨

و أما شهرة الفتوى بين المتأخرين فلا تجبر الرواية خصوصا مع مخالفة كثير من القدماء، و مع كثرة ظاهر عمومات الواردة في مقام

الحاجة و خلو كتب الرواية المشهورة عنها حتى ان الشيخ لم يذكرها في جامعیه، و أما حمل كلمات القدماء على المثال ففي غاية

البعد، و أما كلام ابن زهرة المتقدم فهو مختل على كل حال لأنه استثنى الكلب المعلم عما يحرم الانتفاع به، مع ان الاجماع على جواز

الانتفاع بالكافر، فحمل كلب الصيد على المثال لا يصح كلامه إلا ان يريد كونه مثلا و لو للكافر أيضا، كما ان استثناء الزيت من

باب المثال لسائر الادهان المتنجسة، هذا.

و لكن الحاصل من شهرة الجواز بين المتأخرين بضميمة أمارات الملك في هذه الكلاب يوجب الظن بالجواز حتى في غير هذه

الكلاب مثل كلاب الدور و الخيام،

فالمسألة لا يخلو عن إشكال، و إن كان الأقوى بحسب الأدلة و الأحوط في العمل هو المنع فانهم.

و فيه: أنه لا تدل الدية على عدم التملك، إذ هي ثابتة في كلب الصيد الذي لا كلام

في انه يملك و يجوز بيعه.

نعم ما ذكره قدس سره من أنها لا تدل على التملك في محله، لاحتمال أن يكون من قبيل ثبوت الدية في الحر من باب تعيين غرامة معينة لتفويت شيء ينتفع به لا- لإتلاف مال، مع ان التملك اعم من جواز البيع، فلو دل ثبوت الدية على التملك لما كان دالا على جواز البيع إلا من جهة شمول العمومات له و هي مخصصة بأخبار المنع عن بيع غير كلب الصيد.

فتحصل: ان شيئاً مما استدل به على الجواز لا يدل عليه و على ذلك.

فالحق هو عدم الجواز كما هو المشهور للأخبار «١» الخاصة الدالة على المنع عن بيع غير كلب الصيد المخصصة لعموم ما دل على جواز بيع كل ما فيه منفعة محللة.

(١) الوسائل، باب ١٤، من أبواب ما يكتسب به. (*)

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٩٩

...

و في الجواهر: ان تلك الأخبار على قسمين: الأول: ما تضمن عد ثمن الكلب من

السحت. الثاني: ما تضمن تقسيم الكلب الى كلب الصيد و غيره. و شيء منهما لا يتم الاستدلال به.

اما الأول: فلأنه لا يراد منه إلا قضية مهملة، بقرينه عدم استثناء كلب الصيد المتفق عليه منه، مع انه قد ذكر في بعض تلك النصوص ما علم ارادة الكراهة من السحت بالنسبة إليه معه كأجرة الحجامه و نحوها.

و أما الثاني: فلانه يحتمل ان يكون المراد به ما في الخلاف من التفصيل في كلب

الصيد بين المعلم منه و غيره، بل لعله الظاهر من لفظ الصيد و يصطاد و يصيد في تلك النصوص.

و في كلامه قدس سره مواقع للنظر:

الأول: ما ذكره من انه لم يرد بالنصوص المتضمنة عد ثمن الكلب من السحت الا قضية مهملة بقرينه عدم استثناء كلب الصيد.

فانه يرد عليه: ان تخصيص العام و تقييد المطلق بدليل منفصل غير عزيز و لا سبيل الى توهم انهما يوجبان إجمالهما و الالتزام بكونهما مهملين كما حقق في الأصول في مبحث العام و الخاص.

الثاني: ما ذكره من تعيين حمل السحت على إرادة الكراهة لضم ما اريد من السحت بالنسبة اليه الكراهة.

فانه يرد عليه: ما حققناه في محله من ان الكراهة و الحرمة خارجتان عن الموضوع له و المستعمل فيه. و انهما تنتزعان من الترخيص في الفعل و عدمه، و عليه فحيث انه ورد الترخيص في أكل أجرة الحجامه فيقال انه مكروه، و لم يرد في ثمن الكلب، فلا بد من البناء على حرمة أكله الموجب لفساد البيع.

الثالث: ما ذكره في الأخبار المفصلة، فانه يرد عليه اولاً: انه خلاف الظاهر.

و ثانياً: ان ذلك لو تم فإنما يوجب دلالة تلك النصوص على جواز بيع كلب الصيد المعلم، و عدم جواز بيع غيره مطلقاً لا خصوص

كلب الصيد غير المعلم، إذ

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٠

الثالثة: الأقوى جواز المعاوضة على العصير العنبى إذا غلا و لم يذهب ثلثاه (١).

ما جعل موضوعا في تلك النصوص هو الكلب لا خصوص كلب الصيد، فتدبر فانه دقيق.

فتحصل: ان الأظهر عدم جواز بيع تلك الكلاب، و لكن بما انه لا شبهة في جواز الانتفاع بها للإجماع وللصحيح لا خير في الكلاب الا كلب صيد او ماشية «١».

و عن عوالي اللثالي: ان النبي صلى الله عليه وآله أمر بقتل الكلاب في المدينة فجاء الوحي باقتناء الكلاب التي ينتفع بها، فاستثنى كلاب الصيد و كلاب الماشية و كلاب الحرث و اذن في اتخاذها «٢» فمقتضى القاعدة جواز المعاملات الاخر.

بيع العصير العنبي

(١) و تنقيح القول في المقام: ان العصير تارة يغلى بنفسه، و أخرى بالنار، ففي الصورة الأولى ينجس و يحرم و لا يحل الا بصيرورته

خلا، و في الثانية لا ينجس و يحرم، و حد الحرمة حينئذ ذهاب الثلثين كما حققنا في الجزء الثالث من فقه الصادق مفصلا.

و عليه ففي الصورة الأولى لا يجوز بيعه لما ذكرناه في الخمر، و في الثانية يجوز لوجود المقتضى و هو وجود المنفعة و عدم المانع.

و دعوى انه قبل ذهاب الثلثين لا ينتفع به فلا يكون المقتضى موجودا.

مندفعة بأن عدم الانتفاع في الحالة المخصوصة التي تزول بنقصه لا يوجب سلب المايه عنه، ألا ترى ان اللحم ما لم يطبخ به مع انه مال بلا كلام فالعصير يكون مثله.

(١) الوسائل، باب ٤٣، من أبواب أحكام الدواب، حديث ٢، من كتاب الحج.

(٢) المستدرک، باب ١٢، من أبواب ما يكتسب به، حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠١

...

و استدلل لعدم الجواز بوجوه: الأول: ما ذكرت و قد عرفت ما فيه.

الثاني: انه نجس و لا يجوز بيع النجس.

و فيه: مضافا الى ما حققناه في محله من عدم النجس قد تقدم انها من حيث هي لا تكون مانعة عن صحة البيع، مع انك ستعرف ان ما ذكره الشيخ قدس سره في مقام الجواب تام فانتظر.

الثالث: خصوص بعض الأخبار كقوله عليه السلام في خبر أبي كهمس: و ان غلى فلا يحل بيعه «١».

٢ و قوله عليه السلام في مرسل ابن الهيثم: إذا تغير عن حاله و غلى فلا خير فيه «٢».

و قوله عليه السلام في خبر أبي بصير: إذا بعته قبل أن يكون خمرا و هو حلال فلا بأس «٣».

و فيه: أولا: أنها ضعيفة السند. أما الأول فلأن أبا كهمس مجهول، و أما الثاني:

فإرساله و أما الثالث: فلأن في طريقه قاسم بن محمد- و غير منجبره بعمل الأصحاب فلا يعتمد عليها.

و ثانيا ان خبر بن منها و هما الأول و الأخير مختصان بالقسم الأول و هو ما إذا غلا بنفسه، أما الأخير فواضح، و أما الأول فلأن استناد الغليان الى العصير من دون ذكر السبب ظاهر في حدوثه فيه بنفسه، و يؤكد ذلك سؤاله: قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن

العصير فقال: لى كرم و أنا اعصره كل سنة و اجعله في الدنان و أبيعته قبل ان يغلى.

قال عليه السلام: لا بأس و إن ... الخ، فان هذا الخبر و جوابا كالنص في ارادة ما إذا غلى بنفسه.

(١) الوسائل، باب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.

(٢) الوسائل، باب ٢، من أبواب الأشربة المحرمة، حديث ٧.

(٣) الوسائل، باب ٥٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٢

...

و أما الثاني: فالظاهر من نفي الخير فيه عدم ترتب الأثر المترقب منه و هو الشرب عليه، و يشهد له - مضافا الى كنه ظاهر السؤال: قال سألته عن العصير يطبخ بالنار حتى يغلى من ساعته أ يشربه صاحبه؟ فقال عليه السلام: إذا تغير ... الخ.

الرابع: إطلاق الخمر عليه في كلمات الخاصة و العامة، بل عن المذهب البارع: ان اسم الخمر حقيقة في عصير العنب إجماعا. و فيه: ان كلمات الفقهاء انما تكون للإشارة الى ان المختار عندهم فيما وقع الخلاف فيه ان الخمر، هل هي اسم لخصوص مسكر خاص، و هو العصير الذي صار مسكرا، او كل مسكر، هو الأول، كما ان الإجماع المدعى إشارة الى ان العصير الذي أسكر، خمر على كلا القولين، و لا تدل هذه الكلمات و الإجماع على ان العصير الذي لم يسكر خمر، مع بدهاه أخذ الإسكار في مفهوم الخمر. الخامس: صحيح معاوية بن عمار: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل من أهل المعرفة بالحق يأتيني بالبختج و يقول قد طبخ على الثلث و أنا أعرف انه يشرب على النصف فأشربه بقوله و هو يشرب على النصف؟ فقال عليه السلام: خمر لا تشربه. (الحديث) «١». هكذا روى عن التهذيب، و مقتضى إطلاق التنزيل ثبوت عدم جواز البيع الذي هو من أحكام الخمر للبختج الذي هو العصير المطبوخ. و فيه: أولا- ان الحديث مروى عن جميع نسخ الكافي و بعض نسخ التهذيب خاليا عن لفظة خمر و لأجل كون الكليني أضبط، و المروى عن الشيخ مختلف و كثرة اختلال التهذيب لا مجال للاعتماد على أصالة عدم الزيادة المقدمة على أصالة عدم النقيصة عند التعارض بينهما كما لا يخفى.

(١) الوسائل، باب ٧ من أبواب الأشربة الحرمه، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٣

...

و ثانيا: ان الظاهر من التنزيل بقريئة السؤالين و الجوابين المذكورين في الخبر إرادة التنزيل من حيث الحرمه خاصة.

و ثالثا: انه لما يكون في مقام جعل الحكم الظاهري حيث ان ظاهره ان حرمه العصير قبل ذهاب الثلثين و حليته بعده كانتا معلومتين عنده، و السؤال انما كان عن صورة الشك، فليس في مقام بيان الحكم الواقعي حتى يتمسك بإطلاقه، و وجه التشبيه بالخمر ان العصير المطبوخ قبل ذهاب ثلثيه لو ترك يغلى بنفسه سريعا و يسكر فيكون خمر، و هو الذي يسمى بالباذق، معرب (باده) من أسماء الخمر.

السادس: موثق عمر بن يزيد عن مولانا الصادق عليه السلام: عن الرجل يهدى إليه البختج من غير أصحابنا فقال عليه السلام: ان كان من يستحل العسكر فلا تشربه، و ان كان ممن لا يستحل فأشربه «١».

فان التعبير يذهب ثلثاه بكون من اهداه إليه للمسكر، يدل على انه في حكم المسكر الذي لا يجوز بيعه، و إلا لما صح هذا التعبير الكنائى.

وفيه: انه يمكن ان يكون سر التعبير عنه بذلك ان العصير إذا لم يذهب ثلثه يتسارع إليه الإسكار فيصير مسكرا لا انه يحكمه. السابع: النصوص المتضمنة لنزاع آدم و نوح مع ابليس و ان الثلث لهما و الثلثين لابليس لعنه الله الواردة في أصل تحريم الخمر الدالة على ان تلك الواقعة منشأ تحريم الخمر «٢» فانها تدل على ان العصير إذا غلى حكمه حكم الخمر. وفيه: ان دلالة تلك النصوص على ان العصير إذا غلى يشارك الخمر في الحرمة، و ان حرمة حرمة خمريه و ان كانت لا تنكر. إلا ان عدم جواز البيع التابع اسم الخمر لا لحرمتها، لا يثبت بها.

(١) الوسائل، باب ٧، من أبواب الأشربة المحرمة، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٢، من أبواب الأشربة المحرمة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٤

و إن كان نجسا لعمومات البيع و التجارة الصادقة عليها بناء على أنه مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بالنقص لأصالة بقاء ماليته (١) و عدم خروجه عنها بالنجاسة، غاية الأمر انه مال معيوب قابل لزوال عيبه.

الثامن: إطلاق الخمر عليه في بعض النصوص: كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن مولانا الصادق عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الخمر من خمسة: العصير من الكرم ... الخ (١). و نحوه غيره.

وفيه: ان هذه النصوص انما تدل على ان الخمر تؤخذ من العصير لا ان كل عصير خمر.

فتحصل من مجموع ما ذكرناه: ان العصير العنبي إذا غلى بنفسه لا يجوز بيعه، و إذا غلى بالنار يجوز ذلك.

(١) و قد استدلل المصنف لجواز بيع العصير و ان كان نجسا بعمومات البيع و التجارة الصادقة عليه، بناء على انه مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بالنقص لأصالة بقاء ماليته.

وفيه: اما العمومات فلا يرجع إليها في المقام لما مر من ان العصير المغلى النجس يدل على عدم جواز بيعه نصوص خاصة، و هي ما دل على عدم جواز بيع الخمر، و معها لا مجال للرجوع الى العمومات كما لا يخفى. نعم العمومات تكلي لجواز بيع المغلى الذي لا يكون نجسا كما تقدم.

و أما أصالة بقاء ماليته: فقد أورد على الاستدلال بها بعض مشايخنا المحققين قدس سرهم

بان المالية المشكوكة هي المالية الشرعية، إذا المالية العرفية و سلب مالية الشيء و تنزله منزلة غير المال، و عليه فالشك في بقاء مالية العصير إذا غلا يرجع الى الشك في

(١) الوسائل، باب ١، من أبواب الأشربة المحرمة، حدى

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٥

ولذا لو غصب عصيرا فأغلاه حتى حرم و نجس لم يكن في حكم التالف بل وجب عليه رده، و وجب عليه غرامه الثلثين (١) و أجره العمل فيه حتى يذهب الثلثان كما صرح في التذكرة معللا لغرامة الأجرة بأنه رده معيبا و يحتاج زوال العيب الى خسارة و العيب من فعله فكانت الخسارة عليه.

مجمعول الشرع، و منشؤه الجهل بما له الحكم أى الموضوع المسلوب عنه المالىة، فيكون من قبيل الشك فى الحكم المسبب عن الشك فى الموضوع الذى لا- يجرى فيه استصحاب الحكم و لا- الموضوع، اما الأول: فللشك فى بقاء موضوعه، و أما الثانى فلعدم الشك فى الموجود الخارجى و استصحاب بقاء الموضوع بما انه موضوع يرجع الى استصحاب بقاء الحكم.

و فيه: مضافا الى ما حققناه فى محله من جريان الاستصحاب فى هذه الموارد: ان المقام ليس من ذلك القبيل، إذ موضوع المالىة الشرعية ليس هو المالىة العرفية بل ذات ما ثبت له المالىة العرفية، إذ لا فرق بين الأحكام التأسيسية و الإيضائية من هذه الجهة، و عليه فالموضوع يكون باقيا، فلا مانع من استصحاب بقاء الحكم.

فالأولى ان يورد عليها: بان المالىة الشرعية ليست بنفسها أمرا مجعولا شرعيا بل هى تنتزع من كون الشىء ذا منفعة محللة بالفعل او بالقوة و هى بهذا المعنى معلوم الثبوت فى المقام، و ان شئت قلت: انه لم يرد دليل متضمن لجعل المالىة لشىء او سلبها عن شىء، بل هما ينتزعا من تجويز الشارع الانتفاع بشىء و بيعه و عدمه، و على ذلك فيكفى فى المقام العمومات المتضمنة لحيية البيع لثبوت المالىة الشرعية فلا تصل النوبة الى الاستصحاب.

(١) و قد أريد المصنف الأصل المزبور، بانه لو غصب عصيرا فأغلاه و جب عليه رده ... الخ.

و فيه: ان العصير مثلى فيضمن الغاصب بمقدار التالف أو ما بحكمه، و ازدياد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٦

نعم ناقشه (١) فى جامع المقاصد فى الفرق بين هذا و بين ما لو غصبه عصيرا فصار خمرا حيث حكم فيه بوجوب غرامه مثل العصير لأن المالىة قد فاتت تحت يده فكان عليه ضمانها كما لو تلفت، لكن لا يخفى الفرق الواضح بين العصير إذا غلا و بينه إذا صار خمرا (٢) فإن العصير بعد الغليان مال عرفا و شرعا، و النجاسة انما تمنع من المالىة إذا يقبل التطهير كالخمر فإنها لا يزول نجاستها إلا بزوال موضوعها بخلاف العصير فإنه يزول نجاسته بنقصه نظير طهارة ماء البئر بالترح.

القيمة بعمله غير المحترم لا يقوم مقام ذلك.

و ما عن المبسوط من أنه لا يلزم ضمان لأنها نقيصة الرطوبة التى لا قيمة لها، إذ النار تعقد أجزاء العصير و لهذا تزيد حلاوته.

غير سديد، إذ لا تسلم كون الذاهب خصوص الأجزاء المائية، مع ان الواقع نقص محسوس فى العين فيجب بدله، فالأظهر وفاقا لأكثر المتأخرين او جميعهم كما فى الجواهر و جوب غرامه الثلثين.

(١) و قد ناقش المحقق الثانى فيه: بأنه ما الفرق بين هذا و بين ما لو غصب عصيرا فصار خمرا، حيث حكم فيه بوجوب غرامه مثل العصير، لأن المالىة قد فاتت تحت يده فكان عليه ضمانها كما لو تلفت.

(٢) و أجاب عنه المصنف بقوله: لكن لا يخفى الفرق الواضح بين العصير إذا غلا،

.. الخ.

و يرد عليه: انه قد عرفت ان العصير النجس لا يظهر إلا بزوال موضوعه و لا يزول نجاسته بنقصه.

و أما ما أورده بعض أعظم المحشين قدس سرهم بأن النجاسة ان ذهبت بالمالىة ذهبت بها فى المقامين و إلا لم يذهب بها فيهما.

فغير سديد، إذ لو سلم ان العصير العنبى إذا غلى بالنار ينجس و يظهر بذهاب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٧

و بالجملة فالنجاسة فيه و حرمة الشرب عرضية تعرضانه فى حال متوسط بين حالتى طهارته، فحكمه حكم النجس بالعرض القابل للتطهير فلا يشمل قوله عليه السلام فى رواية تحف العقول او شىء من وجوه النجس، و لا يدخل تحت قوله عليه السلام: اذا حرم الله شيئا حرم ثمنه (١) لأن الظاهر منهما العنونات النجسة و المحرمة بقول مطلق لاما تعرضانه فى حال دون حال فيقال يحرم فى حال كذا

و ينجس في حال كذا، و بما ذكرنا يظهر عدم شمول معقد إجماع التذكرة على فساد بيع نجس العين للعصير لأن المراد بالعين هي الحقيقة و العصير ليس كذلك، و يكمن ان ينسب جواز بيع العصير الى كل من قيد الأعيان النجسة المحرم بيعها بعدم قابليتها للتطهير، و لم أجد مصرحا بالخلاف عدا ما في مفتاح الكرامة من ان الظاهر المنع للعمومات المتقدمة و خصوص بعض الأخبار مثل قوله عليه السلام و ان غلا فلا يحل بيعه.

ثليته كما هو المفروض في هذا الجواب، تم ما ذكره الشيخ قدس سره فارقا لما تقدم منا و منه قدس سره من ان النجاسة من حيث هي لا تكون مانعة عن صحة البيع، و انما توجب الفساد في الموارد التي يتوقف الانتفاع بالعين على الطهارة، و عليه فإذا كان ارتفاع النجاسة بارتفاع الصورة النوعية يصح ان يقال ان هذا العين ليست لها منفعة محللة فلا يجوز بيعها، و وجود منفعة محللة للموجود الآخر و هو الذي استحيل إليه هذا الموجود لا يسوغ البيع، و أما إذا كان ارتفاعها بارتفاع بعض الخصوصيات أو نقص العين لا يصح أن يقال إن هذا الموجود ليس له منفعة محللة مقصودة فلا يشمل ما دل على عدم جواز بيع النجس و المحرم.

(١) و الظاهر ان هذا هو مراد المصنف حيث قال: لأن الظاهر منهما العوانات النجسة و المحرمة بقول مطلق لاما تعرضانه في حال دون حال.

و الإيراد عليه كما عن هذا المحشى قدس سره بأنه لو جاز بيع العصير لذلك لجاز بيع سائر المسكرات المائعة غير الخمر لدوران نجاستها مدار الإسكار الزائلة بزواله و إن بقيت الصورة النوعية.

غريب، إذ النجاسة لا تزول بزوال الإسكار فان المانع إذا تنجس لا يظهر بلا ورود مطهر عليه او استحالته و انقلابه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٨

و رواية أبي بصير إذا بعته قبل أن يكون خمرا و هو حلال فلا بأس، و مرسل ابن هيثم إذا تغير عن حاله و غلا خير فيه بناء على ان الخير المنفى يشمل البيع،

و في الجميع نظر، أما في العمومات فلما تقدم، و أما الأدلة الخاصة (١) فهي مسوقة للنهي عن بيعه بعد الغليان نظير بيع الدبس و الخل من غير اعتبار إعلام المكلف، و في الحقيقة هذا النهي كناية عن عدم جواز الانتفاع ما لم يذهب ثلثاه فلا يشمل بيعه بقصد التطهير مع إعلام المشتري نظير بيع الماء النجس.

و بالجملة فلو لم يكن إلا استصحاب ماليتها و جواز بيعه كفي، و لم أعثر على من تعرض للمسألة صريحا عدا جماعة من المعاصرين، نعم قال المحقق الثاني في حاشية الإرشاد في ذيل قول المصنف: و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبوله التطهير بعد الاستشكال بلزوم عدم جواز بيع الاصباغ المتنجسة بعدم قبولها التطهير و دفع ذلك بقبولها له بعد الجفاف، و لو تنجس العصير و نحوه فهل يجوز بيعه على من يستحلها؟ فيه اشكال ثم ذكر ان الأقوى لعدم لعموم (و لا تعاونوا على الإثم و العدوان) (انتهى).

و الظاهر انه أراد بيع العصير للشرب من غير التثليث كما يظهر من ذكر المشتري و الدليل فلا يظهر منه حكم بيعه على من يظهره.

نعم في الخمر كلام، و هو انه لو زال سكرها و لم تنقلب خلا- هل تطهر أم لا-؟ و أما في غيرها فلا وجه له، مع انه لو تم ذلك نلتزم بجوازه لو لا ما دل على عدم جواز بيع المسكر، و معه يكون هو الفارق بين المقامين.

(١) ما ذكره قدس سره من التقييد او الحمل خلاف الظاهر. إذ لا منشأ له سوى دعوى الانصراف الممنوع كما تقدم.

فالصحيح في الجواب عنها ما ذكرناه عند بيان ما هو الحق عندنا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٠٩

الرابعة: يجوز المعاوضة على الدهن المتنجس

إشارة

على المعروف من مذهب الأصحاب (١) وجعل هذا من المستثنى عن بيع الأعيان النجسة مبنى على المنع من الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل أو على المنع من بيع المتنجس و ان جاز الانتفاع به نفعاً مقصوداً محللاً، وإلا كان الاستثناء منقطعاً من حيث ان المستثنى منه ما ليس فيه منفعة محللة مقصودة من النجاسات و المتنجسات (٢) و قد تقدم ان المنع عن بيع النجس فضلاً عن المتنجس ليس إلا من حيث حرمة المنفعة المقصودة فإذا فرض حلها فلا مانع من البيع.

المعاوضة على الدهن المتنجس

(١) و النصوص به مستفيضة: كصحيح ابن وهب عن مولانا الصادق عليه السلام في جرد مات في زيت ما تقول في بيع ذلك؟ فقال: بعه و بينه لمن اشتراه ليستصبح به (١).
و نحوه غيره.

و قد ذكر الشيخ قدس سره جملة منها، و ان كان بعضها لا يدل عليه كما لا يخفى على الناظر، و ما دل على المنع عن بيعه كقول الإمام على عليه السلام في خبر الجعفریات: إن كان ذائباً فلا يؤكل، يسرج به و لا يباع (٢).
و قول الإمام الكاظم عليه السلام في خبر اخيه: لا تدهن به و لا تبعه من مسلم (٣). محمول على البيع مع عدم الإعلام لا خصية جملة من نصوص الجواز المختصة بالبيع من الإعلام بالنجاسة عن ذلك.

(٢) و أورد عليه: تارة بأن المستثنى منه ان كان خصوص الأعيان النجسة، فالاستثناء منقطع على كل تقدير، و إن كان عاماً شاملاً للأعيان النجسة و المتنجسة فالاستثناء متصل كذلك، إذ النظر في اتصال الاستثناء و انقطاعه الى ظاهر عنوان الدليل في مقام الإثبات لا واقع ما يعرضه الحكم، فيما ان عنوان المستثنى منه هو نفس النجس و المتنجس بلا دخالة قيد حرمة الانتفاع به في ذلك و ان كان هو دخيلاً واقعاً، فالاستثناء متصل.

(١) الوسائل، باب ٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) المستدرک، باب ٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١١٠

و يظهر من الشهيد الثاني في المسالك خلاف ذلك، و ان جواز بيع الدهن للنص لا- لجواز الانتفاع به و إلا لا طرد الجواز في غير الدهن أيضاً، و أما حرمة الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل فسيجيء الكلام فيه إن شاء الله و كيف كان فلا اشكال في جواز بيع الدهن المذكور و عن الاجماع عليه في الجملة و الأخبار به مستفيضة منها الصحيح عن معاوية بن وهب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

قلت له: جرد مات في سمن او زيت او غسل، قال: أما السمن و العسل فيؤخذ العرذ و ما حوله و الزيت يستصبح به (١) و زاد في المحكى عن التهذيب انه يبيع ذلك الزيت و بينه لمن اشتراه ليستصبح به (٢) و لعل الفرق بين الزيت و اخويه من جهة كونه مائعا غالباً بخلاف السمن و العسل. و في رواية إسماعيل الآتية إشعار بذلك.

و أخرى: بأن الوجه الأول المذكور لتصحيح الاتصال لا يصححه لأن أصالة حرمة الانتفاع بالمتنجس ان سلمناها لا أثر لها في المقام

الذي لا تقول بمقتضاها لما دل من النصوص على جواز الانتفاع به.

و فيهما نظر: لأن المستثنى منه ليس هو خصوص الأعيان النجسة كما يشهد له عد المعاوضة على الأعيان المتنجسة من جملة المسائل الثمان. بل الأعم منها و من الدليل على عدم جواز الانتفاع بالمتنجس، يكون الدهن المتنجس داخلا في المستثنى منه، فبعد ورود الدليل على جواز الانتفاع به و بيعه لا محالة يكون الاستثناء متصلا.

فتحصل: ان ما ذكره قدس سره ملاكا لكون الاستثناء متصلا او منقطعا متين جدا.

و قد أشار إلى فساد كلا المبنيين، أما المبني الثاني فبقوله و قد تقدم الخ.

و أما المبني الأول فبقوله، و أما حرمة الانتفاع بالمتنجس الخ.

(١) هذا الصحيح لا يدل إلا على جواز الإسراج و لا ربط له بالبيع.

(٢) و ما في التهذيب انما هو إشارة الى صحيحة «١» الأخر.

(١) الوسائل، باب ٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١-٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١١١

و منها الصحيح (١) عن سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام في الفأرة و الدابة تقع في الطعام و الشراب فتموت فيه، قال: إن كان سمنا او عسلا او زيتا فإنه ربما يكون بعض هذا، فإن كان الشتاء فأنزع ما حوله و كله و ان كان الصيف فادفعه حتى يسرج به، و منها ما عن أبي بصير في الموثق عن الفأرة تقع في السمن او الزيت فتموت فيه، قال: ان كان جامدا فاطرحها فطرحتها و ما حولها و يؤكل ما بقي و ان كان ذائبا فأسرج به و أعلمهم إذا بعته «١».

و منها رواية إسماعيل بن عبد الخالق «٢»، قال: سأله سعيد الأعرج السمان و انا حاضر، عن السمن و الزيت و العسل يقع فيه الفأرة فتموت كيف يصنع به، قال: اما الزيت فلا تبعه إلا لمن تبين له فيبتاع للسراج و أما الأكل فلا. (٢) و أما السمن فإن كان ذائبا فكذلك و إن جامدا و الفأرة في أعلاه فيؤخذ ما تحتها و ما حولها ثم لا بأس به، و العسل كذلك ان كان جامدا إذا عرفت هذا فالإشكال يقع في مواضع:

(الأول) ان صحة بيع هذا الدهن هل هي مشروطة باشتراط الاستصباح به صريحا و يكفي قصد هما لذلك او لا يشترط أحدهما، ظاهر الحلبي في السرائر الأول،

فإنه بعد ذكر جواز الاستصباح بالأدهان المتنجسة جمع، قال: و يجوز بيعه بهذا الشرط عندنا، و ظاهر المحكى عن الخلاف الثاني حيث قال: جاز بيعه لمن يستصبح به تحت السماء دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم، و قال أبو حنيفة: يجوز مطلقا (انتهى).

و نحوه مجردا عن دعوى الإجماع عبارة المبسوط، و زاد انه لا يجوز بيعه الا لذلك و ظاهرة كفاية القصد و هو ظاهر غيره ممن عبر بقوله: جاز بيعه للاستصباح كما في الشرائع و القواعد و غيرها، نعم ذكر المحقق الثاني ما حاصله: ان التعليل راجع

(١) و يرد عليه مضافا الى ما أورد على سابقه من انه لا يدل إلا على جواز الإسراج و لا ربط له بالبيع انه مروى عن الحلبي لا السعيد.

(٢) لأنه عليه السلام فصل فيه بين السمن الذائب فجعله كالزيت و الجامد.

(١) الوسائل، باب ٤٣، من أبواب الأطعمة، حديث ٤

(٢) الوسائل، باب ٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١١٢

الى الجواز يعنى يجوز لأجل تحقق فائدة الاستصباح بيعة، و كيف كان فقد صرح جماعة بعدم اعتبار قصد الاستصباح (١) و يمكن ان يقال باعتبار قصد الاستصباح إذا كانت المنفعة المحللة منحصرة فيه، و كان من منافع النادرة التي لا تلاحظ في ماليته كما في دهن اللوز و البنفسج و شبههما، و وجهه ان مالية الشيء انما هي باعتبار منافعها المقصودة منه لا باعتبار مطلق.

اشترط الاستصباح في البيع.

(١) قد صرح جماعة بأن صحة بيع هذا الدهن مشروطة بكونه (للاستصباح به) و هم ما بين من اشترط كونه صريحا، و من اكتفى بالقصد، و صرح آخرون بعدم الاعتبار و مجموع اقوال المسألة او وجوهها ستة:

الأول: اعتبار اشترط الاستصباح في صحة البيع.

الثاني: اعتبار قصد الاستصباح فيها.

الثالث: اعتبار عدم قصد المنفعة المحرمة.

الرابع: اعتبار قصد المنفعة المحللة إذا لم تكن المنفعة المحللة شائعة.

الخامس: اعتبار الاستصباح الخارجى.

السادس: عدم اعتبار شيء من هذه القيود فيها.

و الذى يختاره المصنف قدس سره فى آخر كلامه هو الوجه الثالث.

و الأظهر منها هو الأخير.

و تحقيق القول فى المقام يقتضى أن يقال: ان الدهن المنتجس على أقسام أربعة:

من منفعه المقصودة باعتبار مزاحمة هذه المنفعة فى الاستيفاء مع المنفعة الأخرى و هى الأكل و هو أنفع منها بمراتب فى العرف، بحيث لا تلاحظ منفعة الاستصباح فى ماليته و لعل من هذه القسم دهن اللوز إذ ماليته بعد كون فائدتى الأكل و الاستصباح لا يمكن استيفائهما معا، انما تكون فى نظر العرف باعتبار الأكل لما فيه من فوائد و خواص مهمة لا- يقوم غيره مقامه و لو بأضعاف قيمته بخلاف الاستصباح

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١١٣

...

الثانى: ما تكون منفعته المقصودة التى هى مناط ماليته بنظر العرف هو الأكل، و لا يكون الاستصباح مناط ماليته لأجل كونه منفعة غير معتد بها عند العقلاء كما لو كان دهن لو استصبح بكثير منه يحترق فى دقيقة واحدة مثلا.

الثالث: ما تشترك منافع المقصودة بين الأكل و الاستصباح كالزيت.

الرابع: ما تختص منفعته المقصودة بالإسراج، كالنفت.

اما القسم الأول: فلو فرضنا ان الدهن تنجس و انتفت الفائدة المقصودة صح بيعة لأن المنفعة المرجوعة التى لم تكن مناط المالية لأكمليّة المنفعة الأخرى و اتميتها تكون مناطا لماليته حينئذ، فهو مال فيصح بيعة و ان لم يقصد المنفعة المحللة بل و إن قصد المحرمة فإن المبادلة انما تكون بين المالىين، و ليس طرف المبادلة المنفعة كى يقال إن دفع الثمن بإزاء المحرمة منها أكل المال بالباطل، بل نفس ما فيه المنفعة، و قصد المنفعة المحرمة لا يوجب سلب المالية عنه حتى لا يصح لذلك.

و بعبارة أخرى: وجود المنفعة الواقعية موجب لكون هذا الشيء مالا و إن قصد البائع المنفعة المحرمة فيصح بيعه لذلك، نعم لو شرط استيفاء المنفعة المحرمة خارجا و إن لم يقصد تلك المنفعة بالقصد المعاوضي بطل البيع بناء على ان الشرط الفاسد مفسد، لكن هذا كلام آخر لا ربط له بالقمام، و ستعرف في محله فساده في نفسه، بل لو قصد المنفعة المحللة بالقصد المعاوضي بان دفع الثمن بإزائها بطل البيع لعدم كون المبيع عينا.

و ما ذكره المحقق النائيني قدس سره في وجه اعتبار قصد المنفعة المحللة من أن عناوين الأشياء تكون مناط ماليتها لا الجسم المطلق الذي هو المادة المشتركة بين ماله قيمة و ما لا قيمة له، فإذا فرضنا ان الشيء لا ماله له إلا باعتبار منفعة خاصة، فكما يجب تعيين العنوان في المبيع و لا يصح بيع القدر المشترك بين الدهن و اللحم مثلا، فكذلك يجب تعيين العنوان الذي يكون الدهن مالا باعتباره بقصد المنفعة المحللة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١١٤

...

غير تام، إذ لا ريب في اعتبار كون المبيع أى ما يقابله الثمن مقصودا و معلوما و مالا، و لذا لا يصح بيع القدر المشترك بين ما لا قيمة و ما له قيمة، فإن القدر المشترك لا ماله له، فان الماله منتزعة من وجود المنفعة المحللة و هى انما تترتب على الصور النوعية لا القدر المشترك بين الأنواع، و يكفى في انتزاع الماله وجود المنفعة الواقعية، و عليه فيما ان المبيع هو العين، و المنفعة ليست مما يقابله الثمن فلا يعتبر زائدا على قصد عنوان المبيع، و كونه ما لا قصد المنفعة، فإن ماليته لا تقوم بقصدها بل هى تابعة لوجودها الواقعي. فتدبر فإنه دقيق.

و بما ذكرناه ظهر حكم القسمين الآخرين.

و أما القسم الثانى: فإن كانت المنفعة النادرة موجبة لانتزاع الماله عند العرف فحكمه حكم سائر الأقسام، و إلا فلا يصح بيعه لعدم الماله، و لو فرض ورود دليل خاص على جواز البيع فى هذا الفرض لا بد من الالتزام بأحد أمرين: اما كونه يباعا حكيما لا حقيقيا، او ان الشارع تصرف فى المبيع و جعله مالا.

هذا ما تقتضيه القواعد، و أما النصوص الواردة فى المقام، فقد يتوهم دلالة قوله عليه السلام فى خبر الأعرج فلا تبعه إلا ان تبين له فينتاع للسراج، على اعتبار قصد المنفعة المحللة، بدعوى انه يدل على حصر جواز البيع بما اذا بيع للسراج و قد اعتبر البيان مقدمة لذلك، فلو قصدا بلا بيان لم يحتج اليه، فاعتبار البيان انما يكون مقديما، و المعتبر حقيقة هو قصد الإسراج.

و فيه: مضافا الى ضعف سنده لأن فى طريقه محمد بن خالد الطيالسى الذى لم ينقل فيه توثيق: ان ظهوره فى نفسه فى ذلك لا ينكر، إلا انه لا بد من التصرف فيه بقريئة ان الإعلام واجب نفسى - كما ستعرف - و هو يمنع عن ظهور النهى عن البيع فى الفساد.

و إن شئت قلت: انه لهذه القرينة يكون ظاهرا فى ان اعتبار القصد المذكور انما

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١١٥

الفوائد الغير الملحوظة فى ماليته (١) و لا باعتبار الفوائد الملحوظة المحرمة،

فإذا فرض أن لا فائده فى الشيء محللة ملحوظة فى ماليته فلا يجوز بيعه لا على الإطلاق، لأن الإطلاق ينصرف الى كون الثمن بإزاء المنافع المقصودة

يكون فى الإقباض لا فى البيع، و ماله الى حرمة التسيب لوقوع الغير فى الحرام، و يؤيد ذلك ان ظاهره اعتبار قصد المشتري خاصة. مع انه لو سلم دلالة على اعتباره فى البيع، يقع التعارض بينه و بين قوله عليه السلام فى صحيح معاوية بن وهب المروى عن التهذيب:

بعه و بينه لمن اشتراه ليستصبح به (١).
 و قوله عليه السلام فى موثق أبى بصير: و أعلمهم إذا بعته (٢).
 و لعل الجمع العرفى يقتضى حمل خبر الأعرج على ما ذكره ناه.
 و أما ما ورد (٣) فى تحريم شراء الجارية المغنية، فالظاهر كونه اجنبيا عن هذه المسألة: فإنه يدل على فساد البيع فيما إذا كانت صفة محرمة فى المبيع و قصدها البائع و المشتري، و لعل مقتضى القاعدة حينئذ هو الفساد، فان الصفات المتمولة الموجودة فى المبيع اذا قصدها البائع و المشتري يقع مقدار من الثمن بإزائها.
 و بعبارة اخرى: تكون هى من عناوين المبيع، و هذا بخلاف هذه المسألة و هى ما لو قصد التصرف فى المبيع على الوجه المحرم الذى لا يوجب صفة فى المبيع ليقع مقدار من الثمن بإزائها.
 و الظاهر انه ليس فى الأدهان لا- سيما الأدهان الواقعة فى مورد النصوص ما يكون الإسراج من منافعه النادرة غير الموجبة لماليتها، فالنصوص الخاصة لا تنافى القاعدة.
 (١) قد عرفت ان الفوائد غير الملحوظة على قسمين أحدهما ما يكون عدم ملاحظة المنفعة المفروضة لأجل مزاحمتها مع ما هو أهم منها، الثانى ما يكون لأجل عدم اعتداد العقلاء بها و ما ذكره يتم فى الثانى دون الأول كما عرفت.

(١) الوسائل، باب ٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٢) الوسائل، باب ٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٣) الوسائل، باب ١٦، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ١١٦

منه (١) و المفروض حرمتها فيكون أكلا للمال بالباطل، و لا على قصد الفائدة النادرة المحللة لأن قصد الفائدة النادرة لا يوجب كون الشئ مالا، ثم إذا فرض ورود النص الخاص على جواز بيعه كما فيما نحن فيه (٢) فلا بد من حمله على صورة قصد الفائدة النادرة (٣) لأن أكل المال حينئذ ليس بالباطل بحكم الشارع، بخلاف صورة عدم القصد لأن المال فى هذه الصورة مبذول فى مقابل المطلق المنصرف الى الفوائد المحرمة، فافهم. (٤) و حينئذ فلو لم يعلم المتبايعان جواز الاستصباح بهذا الدهن و تعاملوا من غير قصد الى هذه الفائدة كانت المعاملة باطلة لأن المال مبذول مع الإطلاق فى مقابل الشئ باعتبار الفوائد المحرمة.
 نعم لو علمنا عدم التفات المتعاملين الى المنافع أصلا أمكن صحتها لأنه مال

(١) قد مر أن الثمن لا- يقع بإزاء المنافع و إنما يقع بإزاء نفس العين مع انه لو سلم ذلك فانما هو اجنبى عما هو محل البحث، فان مرجع هذا الوجه الى جعل الثمن بإزاء حيثيات المنافع و ان لم يقصد الانتفاع بها بل و ان قصد الانتفاع المحرم، و محل البحث هو قصد الفعل الخارجى اى الانتفاع المحلل.

(٢) فيه: ان الاسراج منفعة شائعة لكن دهن لا سيما ما هو مورد النصوص فدعوى ورود النص الخاص فى الدهن الذى يكون الاسراج منفعة النادرة فى غير محلها، هذا إذا اريد المنفعة غير الملحوظة لعدم الاعتداد بها عند العقلاء و ان اريد بها منفعة لم تلاحظ من جهة المزاحمة لما هو أهم، فدعوى عدم كون الشئ مالا بلحاظها ممنوعة كما تقدم.

(٣) قد عرفت انه لو ورد نص خاص على جواز بيع ما لا- منفعة له محللة مقصودة يتعين حمله على كونه بيعا حكيميا، او ارادة جعل المالية للمبيع تعبدا، لا- على ما ذكره قدس سره لأنه إذا كان أكل المال فى مقابله أكلا للمال بالباطل بدون القصد المزبور يكون كذلك معه لأنه لا يوجب صيرورته مالا.

(٤) لعله اشارة الى ما ذكرناه من ان الثمن ليس يازاء المنافع كى يدعى ان المال مبذول بازاء المطلق المنصرف الى الفوائد المحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١١٧

واقعى شرعا قابل لبذل المال بازائه و لم يقصد به ما لم يصح بذل المال بازائه من المنافع المحرمة، و مرجع هذا فى الحقيقة الى انه لا يشترط الا عدم قصد المنافع المحرمة، فانهم. (١) و أما فيما كان الاستصباح منفعة غالبية بحيث كان مالىة الدهن باعتباره كأدهان المعدة للسراج فلا يعتبر فى صحته بيعه قصده أصلا، لأن الشارع قد قرر مالىته العرفية بتجوز الاستصباح به و ان فرض حرمة سائر منافعه بناء على أضعف الوجهين من وجوب الاقتصار فى الانتفاع بالنجس على مورد النص، و كذا إذا كان الاستصباح منفعة مقصودة مساوية لمنفعة الأكل المحرم كالألية و الزيت و عصارة السمسم، فلا يعتبر قصد المنفعة المحللة فضلا عن اشتراطه إذ يكفى فى مالىته وجود المنفعة المقصودة المحللة، غاية الأمر كون حرمة منفعة الأخرى المقصودة نقصا فيه يوجب الخيار للجاهل، نعم يشترط عدم اشتراط المنفعة المحرمة بأن يقول: بعثك بشرط أن تأكله و إلا فسد العقد بفساد الشرط، بل يمكن الفساد و ان لم نقل بإفساد فيكون أكل الثمن أكلا بالباطل لأن حقيقة النفع العائد الى المشتري بازاء ثمنه هو النفع المحرم، فافهم. (٢) بل يمكن القول بالبطلان بمجرد القصد و ان لم يشترط فى متن العقد.

و بالجملة فكل بيع قصد فيه منفعة محرمة بحيث قصد أكل او بعضه بازاء المنفعة المحرمة كان باطلا كما يومئ الى ذلك ما ورد فى تحريم شراء الجارية المغنية و بيعها (٣) و صرح فى التذكرة بأن الجارية المغنية إذا بيعت بأكثر مما يرغب فيها لو لا الغناء فالوجه التحريم. (انتهى).

(١) بل مرجعه الى ما ذكرناه من انه لا يعتبر قصد عدم المنفعة المحرمة أيضا كما

لا يخفى و لعله اشار الى ذلك بقوله فافهم.

(٢) قد مر ان الاشتراط اجنبى عن جعل الثمن بازاء المشروط و هى المنفعة المحرمة فلا يكون أكل الثمن الذى جعل فى مقابل ما هو مال واقعا أكلا للمال بالباطل.

(٣) و لكن قد مر ان مفاد تلك الأخبار الجنبى عن محل البحث و هو قصد المنفعة المحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١١٨

ثم ان الأخبار المتقدمة خالية عن اعتبار قصد الاستصباح لأن موردها مما يكون الاستصباح فيه منفعة مقصودة منها كافيية فى مالىتها العرفية و ربما يتوهم من قوله عليه السلام فى رواية الأعرج المتقدمة: فلا تبعه الا لمن تبين له، فيبتاع للسراج اعتبار القصد و يدفعه ان الابتاع للسراج انما جعل غاية للإعلام (١) بمعنى ان المسلم إذا الطلع على نجاسته فيشتريه للسراج قوله عليه السلام فى رواية معاوية بن وهب: بينه لمن اشتراه ليستصبح به.

(الثانى) ان ظاهر بعض الأخبار وجوب الإعلام (٢) فهل يجب مطلقا أم لا (٣) و هل وجوبه نفسى او شرطى بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحة البيع الذى.

و ما ذكره بعض أكابر المحققين قدس سرهم من ان ظاهرها حرمة الشراء مع ملاحظة صفة الغناء، و الظاهر ان ذلك لأجل كون تلك الصفة محرمة التحصيل، و حيث ان حرمة التحصيل الوصف انما تكون لأجل ترتب الحرام عليه، فقصد نفس الفعل اولى بالتحريم. فاسد لما عرفت من ان وجه التحريم فى الجارية المغنية هو اعتبار وصف محرمة فى أحد العوضين و جعله عنوان المبيع، و هذا غير مربوط بما إذا التزم بفعل محرمة الذى لا يقع شىء من الثمن بازائه.

(١) لو كان متن الخبر ما ذكره هو قدس سره كان هذا الجواب فى محله، و لكنه هكذا فلا تبعه الا لمن تبين له فيبتاع للسراج و عليه

فلا يتم ما ذكره كما لا يخفى.

فالصحيح في الجواب عنه ما ذكرناه عند بيان ما هو الحق عندنا.

وجوب الإعلام بالنجاسة حين البيع

(٢) مورد البحث في هذا الأمر هو وجوب الإعلام شرطياً أم نفسياً و عدمه سواء وقع البيع مع قصد الاستصباح او نفسه، أم لا، و موضوع البحث السابق اعتبار شرط الاستصباح او قصده سواء اعلم بالنجاسة أم لا. ثم ان المراد من بعض الأخبار هو ما تضمن من النصوص الأمر بالإعلام و البيان كخبري أبي بصير و إسماعيل و صحيح وهب المتقدمة.

(٣) المراد من الإطلاق هو إيجابه بعنوانه، بالوجوب الجامع بين النفسى

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١١٩

ينبغي أن يقال إنه لا- إشكال في وجوب الإعلام، إن قلنا باعتبار اشتراط الاستصباح في العقد او تواطؤهما عليه من الخارج لتوقف القصد، على العلم بالنجاسة و أما إذا لم نقل باعتبار اشتراط الاستصباح في العقد فالظاهر وجوب الإعلام وجوباً نفسياً قبل العقد، او بعده (١) لبعض الأخبار المتقدمة و في قوله عليه السلام

و الغيرى، و مراده بذلك ان الأمر دائر بين امور ثلاثة، عدم وجود الإعلام، و وجوبه بالوجوب الشرطى لصحة البيع، و وجوبه بالجواب النفسى.

و حيث ان ظاهر النصوص المتقدمة من جهة تضمنها الأمر هو الوجوب، فالقول بعدم الوجوب ضعيف، فالأمر يدور، بين أمرين: كون وجوبه نفسياً، او شرطياً.

(١) محصل مراده من الشرطية الأولى: انه لو بنينا على اعتبار الشرط السابق في صحة البيع، لا بد من القول باشتراط الصحة بالإعلام، لتوقف القصد على العلم بالنجاسة.

و فيه: انه يمكن قصد الاستصباح بتواطؤهما عليه خارج العقد من دون أن يعلمه البائع بالنجاسة، و اشتراطه في العقد، فاعتبار شرط الاستصباح او قصده لا يوجب ان يكون الإعلام واجبا شرطياً من باب توقف الشرط عليه.

و دعوى ان اشتراط الانتفاع ببعض المنافع خلاف مقتضى العقد و لا ينفذ، و عليه فليس للمشتري ان يشتري مع هذا الشرط الا مع علمه بالنجاسة.

مندفعة أولاً: بان ذلك خلاف مقتضى إطلاق العقد لا نفسه فتشمله ادلة الشروط،

و لا مانع من نفوذه.

و ثانياً: ان البيع صحيح واقعا و ان كان المشتري جاهلاً بصحته من جهة ان الاشتراط يكون اشتراطاً للانتفاع بالمنافع المحللة لا ببعضها. و أما ما أفاده في الشرطية الثانية، فليس مراده بالنفسى كون الإعلام أحد الواجبات و ان لم يقبض المبيع، بل مراده ما يقابل الشرطى لصحة العقد، غير المنافى لكونه شرطاً لجواز الإقباض، و على أى تقدير وجوبه لو ثبت فانما يكون في صورة الإقباض، و عليه فالنزاع في كونه في صورة الإقباض واجبا نفسياً، او كونه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٢٠

يبينه لمن اشتراه ليستصبح به اشارة الى وجوب الإعلام لئلا يأكله فإن الغاية للإعلام ليس هو تحقق الاستصباح إذ ترتب بينهما شرعا و لا عقلا و لا عادة (١) بل الفائدة حصر الانتفاع فيه، بمعنى عدم الانتفاع به في غيره، ففيه اشارة الى وجوب اعلام الجاهل بما يعطى اذا

كان الانتفاع الغالب به محرماً بحيث يعلم عادة وقوعه في الحرام لو لا- الإعلام فكانه قال: اعلمه لأن يقع في الحرام الواقعي بتركك الإعلام.

شرطاً لجواز الإقباض لا تترتب عليه ثمرة فالصفح عنه أولى.

إذا عرفت ذلك فاعلم: ان غاية ما قيل في وجه كون وجوب الإعلام شرطياً لصحة البيع ان قوله عليه السلام في خبر أبي بصير: و اعلمهم إذا بعته. يدل عليه.

و لكن يرد عليه: ان هذا الأمر يتعين حمله على ارادة الوجوب النفسي لوجهين.

الأول: ظهور التعبير بالماضي في كون الإعلام بعد وقوع البيع و تحققه، و كونه بوجوده المتأخر شرطاً مما لم يلتزم به أحد.

الثاني: ظهور سائر النصوص في الوجوب النفسي كقوله عليه السلام في خبر ابن وهب بعه و بينه لمن اشتراه ليستصبح به.

(١) و لكن يمكن ان يقال بثبوت الترتب العادي بعد ملاحظة الحكم الشرعي،

فانه لو اعلمه بالنجاسة بما ان العين لا تترك معطلة عادة و قد منع عن الانتفاع بها بالأكل،

فلا- محالة ينتفع بها في الاستصباح، و لكن بما انه لا- يحتمل كون الاستصباح واجباً فلا يصح جعله بنفسه غاية الواجب، إذ غاية

للاوجب، إذ غاية الواجب واجبة، بل من الواضح ان غرض الشارع عدم الانتفاع به بالمنافع المتوقف جوازها على الطاهرة، و عليه فلو

لم يكن عدم التسيب الى صدور الحرام من الغير جهلاً مطلوباً للشارع لما صح الأمر بالإعلام بالنجاسة.

حرمة التسيب الى وجود الحرام الواقعي من الغير جهلاً.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٢١

و يشير الى هذه القاعدة كثير من الأخبار المتفرقة الدالة على حرمة تغيير الجاهل بالحكم او الموضوع في المحرمات مثل ما دل ان من

أفتى بغير علم لحقه وزر من عمل بفتياه (١) فإن اثبات الوزر للمباشر من جهة فعل القبيح الواقعي و حمله على المفتي من حيث

التسيب و التغيير و مثل قوله عليه السلام: ما من إمام صلى بقوم فيكون

و إن شئت قلت: ان غاية الإعلام عدم وقوع المشتري في المحرم جهلاً بتسيب من البائع، فيستفاد من ذلك بعد الغاء الخصوصيات

قاعدة كلية، و هي:

التسيب إلى وجود الحرام من الجاهل

و قد يقال كما في المكاسب انه يمكن الاستشهاد لهذه القاعدة، مضافاً الى ما مر من الأخبار بطوائف من النصوص:

(١) الاولى: ما تدل على ان من افتى بغير علم لحقه وزر من عمل له، كصحيح أبي عبيدة الحذاء عن الإمام الباقر عليه السلام من أفتى

الناس بغير علم و لا هدى لعنه ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب و لحقه وزر من عمل بفتياه «١». و نحوه غيره، بدعوى ان ثبوت وزر

العامل للمفتي و حمله عليه، انما يكون لأجل التسيب و التغيير.

و فيه إن الإفتاء بغير علم حرام بنفسه أصاب الواقع أم أخطأ، عمله له الغير أم لم يعمل، و أما كون مقدار وزره وزر من عمل بفتياه في

صورة العمل، فإما ان يكون بمعنى انه في صورة الخطأ ثبت له مقدار اوزار العالمين لو كانوا معتمدين بالمعصية، او يكون بمعنى ان

عملهم إذا كان عن تقصير في الفحص عن أهلية المفتي يثبت للمفتي بمقدار اوزارهم من جهة الإعانة على الحرام من دون ان ينقص

من اوزارهم شيء.

و على كل تقدير يكون اجنبياً عن المقام أما على الثاني: فواضح، و أما على الأول فلأن ثبوت وزر محدود بذلك على فعل محرم في

نفسه أعم من صيرورته

(١) الوسائل، باب ٤، من أبواب صفات القاضي، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٢٢

في صلواتهم تقصير إلا كان عليه أوزارهم. (١) وفي رواية أخرى فيكون في صلاته و صلواتهم تقصير إلا كان إثم ذلك عليه و

حراما بعنوان آخر، و هو التسبب الى وقوع الفعل القبيح الواقعي، نعم لو لم يكن الإفتاء بغير علم حراما في نفسه كان يستكشف من ذلك جعل الحرمة له بالملازمة فتدبر.

مع ان هذا انما يكون في التغيرير بالحكم، و محل الكلام هو التغيرير بالموضوع.

مع انه فرق آخر بين المقام و مورد هذه النصوص و هو ان فعل الحرام في المقام لا- يكون مستندا الى البائع المسلط للمشتري على المبيع النجس، لان المشتري لو فعل الحرام فانما يفعله استنادا الى الطهارة لا إلى فعل البائع او قوله، اما عدم استناده الى فعله فلعدم اشتراط البيع بالطهارة، و أما عدم استناده الى قوله فلعدم إخباره بها، و هذا بخلاف مورد النصوص فان عمل المستفتي انما يكون مستندا الى قول المفتي و لو لم يعتقد حجية قوله كان مقتضى الأصل عدم العمل بفتواه.

(١) الثانية: ما تدل على ثبوت اوزار المأمومين على الإمام في تقصير نشأ من تقصير الإمام و هو قوله عليه السلام: ما من إمام صلى يقوم فيكون في صلواتهم تقصير إلا كان عليه أوزارهم «١».

و قوله عليه السلام في خبر آخر: فيكون في صلاته و صلواتهم تقصير إلا كان إثم ذلك عليه «٢».

وفيه: مضافا الى الفرق بين ما نحن فيه، و بين مورد هاتين الروايتين: لان في المقام لا يستند العمل الى البائع، بخلاف ذلك المورد فان المأموم انما يقتدى بالإمام اعتمادا على صحة صلاته، ان المراد من قوله عليه السلام فيكون في صلواتهم تقصير ان كان هو التقصير الناشئ من تقصير الإمام في صلاته، فهما منافيان لكثير من النصوص

(١) البحار، ج ١٨، ص ٦١٣، من طبعة الكمباني.

(٢) تحف العقول، باب ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام كتابه الى اهل مصر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٢٣

في رواية أخرى لا يضمن الإمام صلواتهم إلا ان يصلى بهم جنبا (١).

المعتبرة المعمول بها عند الأصحاب الدالة على ان فساد صلاة الإمام، و ان كان عن تقصير لا يوجب فساد صلاة المأموم، و إن كان المراد هو التقصير الذي استقلوا به، فهو لا يكون وزره على الإمام بلا كلام.

و على ذلك فيتعين حملهما اما على إرادة انه لو علم الإمام انه لو تصدى للإمامة يقتدى به الناس من غير فحص عن حاله فتصير صلواتهم باطلة، لا يجوز له ذلك، و لو فعل، يكون عليه مثل أوزارهم من دون ان ينقص من أوزارهم شيء و أما على إرادة ان الإمامة نحو رئاسة دينية و عليه فيكون وظيفه الإمام تصحيح صلاة من يقتدى به و لو كان في صلواتهم نقص تكون عليه أوزارهم.

و على أى تقدير يكونان اجنبيين عن المقام أما على الثانى: فواضح، و أما على الأول: فلأنهما انما يدلان حينئذ على حرمة الإعانة على الإثم، و لا ربط لهما بالمقام.

(١) الثالثة: ما تدل على ضمان الإمام صلاة المأمومين اذا صلى بهم جنبا و هى صحيحة معاوية بن وهب قال: قلت لأبي عبد الله عليه

السلام أ يضمن الإمام صلاة الفرضية فإن هؤلاء يزعمون انه يضمن؟ فقال عليه السلام: لا يضمن أى شىء يضمن الا ان يصلى بهم جنباً او على غير ظهور «١».

وهى لا سيما بضميمة ما دل من النصوص المعمول بها على ان الإمام لو كان جنباً او على غير وضوء يعيد هو صلاته و هم لا يعيدون، و ما فى صدره، اذ الظاهر ان المخالفين يعتقدون ان المؤمن يكلون صلاتهم الى الإمام و يتابعونه فى الأفعال من باب التبعية، ظاهرة فى ارادة التعريض عليهم و ان الإمام لا يكون متحملاً عنهم الصلاة، و لا يكون متعهداً لشيء سوى ان يصلى بهم صلاة صحيحة فلو صلى جنباً فقد أخل بذلك، فإن كان عالماً أثم، و إلا فعليه الإعادة و لا شىء عليه.

(١) الوسائل، باب ٣٦، من أبواب صلاة الجماعة، حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ١٢٤

و مثل رواية أبى بصير (١) المتضمنة لكرهه ان يسقى البهيمة او يطعم ما لا يحل للمسلم أكله او شربه فإن فى كراهه ذلك فى البهائم إشعاراً بحرمة بالنسبة الى المكلف و يؤيده ان أكل الحرام و شربه من القبيح و لو فى حق الجاهل، و لذا يكون الاحتياط فيه مطلوباً مع الشك إذ لو كان للعلم دخل فى قبحه لم يحسن الاحتياط، و حينئذ فيكون إعطاء النجس للجاهل المذكور إغراء بالقبيح و هو قبيح عقلاً (١).

و على ذلك فما فى الوسائل من ان الحكم بضمنان الإمام فى هذه الرواية يدل على وجوب الإعادة عليه، و عدم وجوب الإعادة على المؤمن، هو صحيح.

(١) الرابعة: ما تدل على كراهه إطعام الأتعمة و الأشربة المحرمة للبهائم: كخبر أبى بصير عن مولانا الصادق عليه السلام المتضمن لكرهه ان تسقى البهيمة او تطعم ما لا يحل للمسلم أكله او شربه «١».

و موثق غياث عنه عليه السلام: ان أمير المؤمنين عليه السلام كره ان تسقى الدواب الخمر «٢».

بتقريب انه اذا كان سقى البهيمة او إطعامها ما لا يحل للمسلم أكله او شربه مكروها فلا محالة يستشعر من ذلك حرمة بالنسبة الى المكلف.

وفيه: ان يمكن ان تكون كراهه ذلك لأجل كونه انتفاعاً بالمنتجس، لا لأجل كونه تسبباً لحصول هذا الفعل من البهيمة و الكافر، و على فرض التعدى يتعدى الى كل ما يكون انتفاعاً به و لو كان ذلك بيعه و تسليمه الى المشتري و يحكم بكرهته، و لا وجه لاستشعار الحرمة على ذلك كما لا يخفى.

(٢) وفيه: ان المراد من القبيح ان كان هو العقاب فهو مقطوع العدم لترخيص الشارع فيه، و ان كان هو المفسدة، و هى إن كانت موجودة الا- ان دعوى قبح القاء الجاهل فيها المستلزم لحرمة ممنوعه، إذ المفسدة التى رخص الشارع فى فعل ما تضمنها لا يكون الإلقاء فيها قبيحاً، و إلا كان فعل الشارع المرخص فى الفعل قبيحاً و هو كما ترى.

(١) الوسائل، باب ١٠، من أبواب الأشربة المحرمة، حديث ٥.

(٢) الوسائل، باب ١٠، من أبواب الأشربة المحرمة، حديث

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ١٢٥

و إن شئت قلت: ان الشارع تدرك تلك المفسدة لترخيصه فيه.

و دعوى انه يستكشف قبحة الفعل من مطلوية الاحتياط مع الشك، إذ لو كان للعلم دخل في قبحة لم يحسن الاحتياط. مندفعاً بان مطلوية الاحتياط انما تكون لأجل حسن إحراز عدم الوقوع في المفسدات الواقعية، و إن كانت متدركة و إلا فإن لم يكن للعلم دخل في القبح كان اللازم إيجاب الاحتياط، كما هو واجب في موارد الشبهات قبل الفحص.

فإن قلت: ان عطاء الجاهل النجس تسبب الى وجود مبعوض الشارع في الخارج اذا شربه و هو قبيح بحكم العلاء، ألا ترى انه لو نام المولى و نهى عبيده عن الدخول في الدار، فكما ان دخول العبد كذلك تسيبه لدخول الأخر، و بالملازمة تستكشف الحرمة. قلت: ان شرب الجاهل لترخيص الشارع فيه لا يكون مبعوضاً، فلا يكون الإعطاء تسيباً الى وجود المبعوض في الخارج، و ما ذكر من المثال الجنبى عن المقام،

فان المنهى عنه فيه هو تحقق الفعل في الخارج الذى هو معنى اسم المصدر، و لم يلاحظ في تحقيقه، حيث الصدور من شخص و الانتساب اليه و فى مثله لا ريب فى انه يجب على كل أحد ترك التعرض له، بل التسيب لعدمه، فلا محالة يكون التسيب الى وجوده قبيحاً لكونه بنفسه مخالفة و عصياناً، و الظاهر ان الأبواب الثلاثة، أى الدماء و الفروج و الأموال من هذا القبيل، و أما فى غيرها مما يكون المحرم هو مباشرة الفعل كشرب النجس فلا يتم ذلك.

و الاستاذ الأعظم بعد تسليمه دلالة الطوائف المتقدمة من النصوص على هذه الكبرى الكلية، استدلل لها بطوائف أخر من النصوص: منها: ما دل على حرمة سقى الخمر للصبى و الكافر، كالنبوى المروى عن عقاب الأعمال و من سقاها، أى الخمر، يهوديا او نصرانيا او صبيا او من كان من

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ١، ص: ١٢٦

...

الناس فعليه كوزر من شربها «١» و نحوه غيره.

بتقريب انه اذا كان التسيب بالإضافة الى الصبى و الكفار حراماً فهو اولى بالحرمة فى غير الصبى و الكفار.

وفيه: مضافاً الى ضعف سند هذه النصوص انه يمكن ان يقال: ان المستفاد من النصوص كون شرب الخمر من المحرمات التى يكون متعلق الزجر فيها تحقق الفعل فى الخارج الذى هو معنى اسم المصدر، و لم يلاحظ فى تحقيقه حيث الصدور من شخص و الانتساب اليه، و قد عرفت ان مقتضى القاعدة فى مثل ذلك وجوب ترك التعرض له لكل احد، بل التسيب لعدمه، و هذا غير ما هو محل الكلام، و هو ما اذا كان المحرم هو مباشرة الفعل، و الذى يشهد لما ذكرناه ذكر الصبى مع اليهود و النصارى، مع انه لا كلام فى عدم كونه مكلفاً، فالتسيب لشربه ليس تسيباً لوقوع الحرام.

و منها: الأخبار «٢» الآمرة بإهراق المائعات المتنجسة.

و سيأتى لها فى حكم الانتفاع بالمتنجس، و ستعرف ما يرد على هذا الوجه.

و منها: الأخبار الدالة على حرمة ارتكاب المحرمات، بدعوى انه لا فرق فى ايجاد المحرم بين الايجاد بالمباشرة او بالتسيب.

وفيه: ان الاستدلال بهذا الوجه من مثل هذا البحر الموج فى غاية الغرابة، كيف و هو دام ظله ممن صرح فى الأصول بان ظاهر التكاليف هو كون المتعلق مباشرة الفعل، بل لعل هذا فى الجملة من البديهيات، ألا ترى انه لا يمكن لأحد التفوه لأن المأمور به فى الصلاة اعم من صدورها بالمباشرة او بالتسيب.

(١) الوسائل، باب ١٠، من أبواب الأشرية المحرمة، حديث ٧.

(٢) الوسائل، باب ٢٦، من أبواب الأشرية المحرمة و باب ٣٨ من أبواب النجاسات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٢٧

بل قد يقال بوجود الإعلام وإن لم يكن منه تسبب كما لو رأى نجسا في يده يريد أكله و هو الذي صرح به العلامة قدس سره في (أجوبة المسائل المهنية) حيث سأله السيد المهنا عن رأى في ثوب المصلى نجاسة، فأجاب: بأنه يجب الإعلام لوجوب النهي عن المنكر (١) لكن إثبات هذا مشكل (٢).

فتحصل: ان الكبرى المزبورة بإطلاقها لا دليل عليها، نعم يمكن الاستدلال لها في موارد الجهل بالموضوع بنصوص الباب بعد إلغاء الخصوصية.

حكم الإعلام مع عدم التسبب

و بعد ما عرفت حكم الإعلام مع التسبب لوقوع الحرام الواقعي يقع الكلام في انه هل يجب الإعلام مع عدم التسبب أم لا؟

(١) فعن العلامة قدس سره في المسائل المهنية: التصريح بوجود الإعلام، و استدلال له:

بوجوب النهي عن المنكر.

(٢) و في المتن. لكن اثبات هذا مشكل.

لا اشكال في عدم شمول ادلة النهي عن المنكر للمقام، إذ المنكر الذي يجب النهي عنه لا يشمل الحرام الواقعي بل المحرم المنجز، و في المقام ليس كذلك لفرض جهل الفاعل بالواقع، و الأدلة أقاموها لوجوب الإعلام في الفرض السابق لا تشمل المقام. فالمتعين هو البناء على عدم الوجوب للأصل.

و يمكن ان يستدل له: بصحيح ابن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام الدال على عدم وجوب الإعلام في إحدى صغريات الباب قال: اغتسل أبي من الجنابة فقليل له: قد ابقيت لمعة في ظهر ك لم يصبها الماء فقال عليه السلام له: ما كان عليك لو سكت: ثم مسح تلك اللعة بيده «١».

نعم إذا كان الفعل من الأمور المهمة- اي من أحد الأبواب الثلاثة- و جب على كل أحد التسبب إلى عدم حصوله و ان كان الفاعل غير ملتفت.

(١) الوسائل، باب ٤٠، من أبواب الجنابة، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٢٨

و الحاصل ان هنا أمورا أربعة:

(احدها): أن يكون فعل الشخص علة تامة لوقوع الحرام في الخارج كما إذا أكره غيره على المحرم، و لا إشكال في حرمة و كون وزر الحرام عليه (١) بل اشد لظلمه. (٢) (و ثانيها): ان يكون فعله سببا للحرام (٣) كمن قدم إلى غيره محرما و مثله ما نحن فيه.

(١) و فيه: أنه إن كان المحرم هو تحقق في الخارج و لم يلاحظ فيه حيث الانتساب كقتل المؤمن، او كان المحرم عنوانا شاملا للتسبب كإتلاف مال الغير، لا ريب في حرمة ذلك، إذ فعل الشخص في الموردين بنفسه معصية و مخالفة للنهي.

و أما إذا كان المحرم عنوانا لا- يعم التسبب، و كان المتعلق للنهي هو مباشرة الفعل كشرب النجس و غيره من المحرمات، فلا وجه

للحرمة حتى مع علم الشارب بالحكم و الموضوع، فضلا عن صورة الجهل لأحدهما، إذ دليل حرمة ذلك العنوان لا يقتضى حرمة فعل السبب، اذ لا- يصدق انه شرب النجس، و حيث ان الفعل يصدر من المباشر من غير اختيار فلا يصدر منه منكرا و إثما كي يحرك التسبب لأجل دليلي وجوب النهي عن المنكر و حرمة الإعانة على الإثم، او البرهان العقلي المتقدم، و نصوص الاستصباح مختصة بصورة صدور الحرام من الشخص جهلا بالموضوع و لا تشمل المقام الذى يصدر الفعل من المباشر غير محرم عليه لعدم الاختيار، فاستدلال بعض مشايخنا المحققين بها فى المقام، فى غير محله.

(٢) فيه انه ربما يكون المجبور راضيا بذلك، مع ان مقتضى هذا الوجه حرمة الإيجاب على فعل المباح، بل المستحب او الواجب و هو كما ترى.

(٣) و المراد بالسبب فى مقابل الشرط، و عدم المانع هو تهيئة الموضوع، فالفرق بين هذا القسم و لاحقيه واضح، كمن قدم إلى غيره محرما.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ١، ص: ١٢٩

و قد ذكرنا ان الأقوى فيه التحريم (١) لأن استناد الفعل الى السبب أقوى فنسب فعل الحرام إليه أولى (٢) و لذا يستقر الضمان على السبب دون المباشر الجاهل، بل قيل: انه لا ضمان ابتداء الا عليه.

(الثالث): ان يكون شرطا لصدور الحرام و هذا يكون على وجهين:

(احدهما): ان يكون من قبيل ايجاد الداعى على المعصية، إما لحصول الرغبة فيها كترغيب الشخص على المعصية، و إما لحصول العناد من الشخص حتى يقع فى المعصية، كسب آلهة الكفار الموجب لإلقتهم فى سب الحق عنادا او سب آباء الناس الموقع لهم فى سب أبيه، الظاهر حرمة القسمين. (٣) و قد ورد فى ذلك عدة من الأخبار. (و ثانيهما): ان يكون بإيجاد شرط آخر غير الداعى كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا و سيأتى الكلام فيه.

(١) للنصوص الخاصة- الواردة فى ما نحن فيه بعد الغاء الخصوصيات، و لما ذكرناه فى خصوص ما إذا كان العنوان المحرم شاملا للتسبب، و ما اذا كان هو تحقق العفل فى الخارج الذى هو معنى السم المصدر، و كل ذلك مختص بصورة الجهل بالموضوع، و لا يكون شاملا لصورة العلم بالحكم و الموضوع، و فى تلك الصورة تتوقف الحرمة على شمول دليل وجوب رفع المنكر او دليل حرمة الإعانة على الإثم للمقام، و هو محل تأمل بل منع كما سيأتى تنقيح القول فى ذلك فى مسألة بيع العنب ممن يعمله خمرا. و دعوى استفادة الحرمة فى هذه الصورة من نصوص الاستصباح بالأولوية. ممنوعة كما لا يخفى، فالأظهر عدم الحرمة.

(٢) هذا يتم فيما اذا كان المحرم عنوانا شاملا للتسبب كالاتلاف و لا يشمل ما اذا كان المحرم خصوص ما يصدر من المباشر، مع انه مختص بصورة الجهل و لا يعم صورة العلم بالحكم و الموضوع.

(٣) و لكن يتم ذلك فيما اذا كان الشخص ذلك الشخص عالما بالحكم او جاهلا مقصرا الذى

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ١، ص: ١٣٠

الرابع: ان يكون من قبيل عدم المانع، و هذا يكون تارة مع الحرمة الفعلية فى حق الفاعل كسكوت الشخص عن المنكر و لا إشكال فى المحرمة بشرائط النهي عن المنكر، و اخرى مع عدم الحرمة الفعلية بالنسبة إلى الفاعل كسكوت العالم عن إعلام الجاهل كما فيما نحن فيه، فإن صدور الحرام منه مشروط بعدم إعلامه فهل يجب رفع الحرام بترك السكوت أم لا؟ و فيه إشكال (١) إلا إذا

علمنا من الخارج وجوب دفع ذلك لكونه فسادا قد أمر بدفعه كل من قدر عليه كما لو الطلع على عدم إباحة دم من يريد الجاهل قتله او عدم اباحة عرضه له او لزم من سكوته ضرر مالي، قد أمرنا بدفعه عن كل احد فانه يجب الإعلام و الردع لو لم يرتدع بالإعلام أما فيما تعلق بغير الثلاثة من حقوق الله فوجوب رفع مثل هذا الحرام مشكل، لأن الظاهر من أدلة النهي عن المنكر وجوب الردع عن المعصية، فلا يدل على وجوب اعلام الجاهل بكون فعله معصية، نعم وجب ذلك فيما إذا كان الجهل بالحكم لكنه من حيث وجوب تبليغ التكليف ليستمر التكليف إلى آخر الأبد بتبليغ الشاهد الغائب فالعالم في الحقيقة مبلغ عن الله ليتم الحجّة على الجاهل و يتحقق فيه قابلية

و ملحق بالعالم، و بالموضوع، و لا يتم في ما اذا كان جاهلا قاصرا بالحكم، او كان جاهلا بالموضوع، كما لو رغبه على شرب النجس مع كونه جاهلا بالنجاسة، فان تلك الإخبار و الآية الشريفة الواردة في بعض مصاديقه مختصة بصورة العلم بهما كما يظهر لمن راجعها، و في غيرها لا دليل على الحرمة.

و نصوص الاستصحاب مختصة بصورة التسيب، أي تهيئة الموضوع غير الشاملة للمقام، اللهم الا ان يقال: انها و ان اختصت بها موردا الا ان المناط معلوم، و هو عدم استناد الحرام الواقعي إلى الشخص، و هذا المناط يقتضى الحرمة في المقام اذا كان يترتب الحرام على ايجاد الداعي عادة، نعم فيما اذا لم يكن كذلك لا وجه للحرمة.

(١) بل الظاهر عدم وجوب رفع الحرام الا اذ علمنا من الخارج وجوب دفع ذلك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٣١

الإطاعة و المعصية، ثم ان بعضهم استدل على وجوب الإعلام بأن النجاسة عيب خفي فيجب إظهارها (١) و فيه مع ان وجوب الإعلام على القول به ليس مختصا بالمعاضات (٢) بل يشتمل مثل الإباحة من المجانيات ان كون النجاسة عيبا ليس الا لكونه منكرا واقعا و قبيحا (٣) فإن ثبت ذلك حرم الإلقاء فيه مع قطع النظر عن مسألة وجوب إظهار العيب و الا لم يكن عيبا، فتأمل.

لكونه فسادا قد أمر بدفعه كل من يقدر عليه كما في باب الدماء و يظهر وجهه مما تقدم.

و لا- يتوهم التنافي بين كلماتنا التابعة لكلمات الشيخ، حيث عددنا المقام سابقا من الأمر الثاني و هنا عددناه من الأمر الرابع: فان ما جعلناه من الأمر الرابع هو نفس عدم الإعلام، مع قطع النظر عن تحقق التسيب منه، و ما جعلنا من الأمر الثاني هو نفس التسليط بلا إعلام.

(١) هو المحقق الأردبيلي قدس سره في مجمع الفائدة (ج ٨، ص ٣٦).

(٢) و يرد على ما أفاده: انه لو ثبت هذا الدليل لا بد من الالتزام به في المعاضات، و ان ثبت عدم الفصل بينها و بين غيرها ثبت هذا الحكم في غيرها، و الا فلا مانع من الفصل،

نعم يتم الإيراد على المستدل بناء على الثاني بان الدليل أخص من المدعى.

(٣) فيه: انه قد مر عدم كونه منكرا واقعا و قبيحا، الا- ان يكون مراده من القبيح ما فيه المفسدة، و عليه فقوله: ان ثبت ذلك حرم الإلقاء فيه، لا يتم، إذ المفسدة المتداركة بالمصالحة الموجبة لجعل الأمانة أو الأصل لا يحرم الإلقاء فيها.

و منه يظهر عدم كون ذلك موجبا لكون النجاسة الواقعية عيبا كي يجب إظهارها.

و دعوى ان النجاسة قدارة معنوية و هي تكون عيبا.

مندفعة بان النجاسة ليست من الأمور الواقعية كما حققناه في الجزء الثالث من فقه الصادق.

فإن قلت: انه لا كلام في ثبوت الخيار لمن انتقل لو تبينت النجاسة و ظهرت، و من ذلك يستكشف كونها عيبا في حال العقد، و ان لم

يعلم لها المشتري كما في سائر العيوب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٣٢

الثالث: المشهور بين الأصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء (١) بل في السرائر ان الاستصباح به تحت الظلال بغير خلاف. وفي المبسوط انه روى أصحابنا انه يستصبح به تحت سماء دون السقف.

قلت: انه يمكن ان يكون منشأ الحكم بالخيار انه ان ظهرت النجاسة للمشتري فلا- ريب في كونها عيبا حينئذ، وحيث ان مبدأ هذا العيب كان من قبل العقد فلا محالة يثبت الخيار، ونظير ذلك ما اذا باع حيوانا وقد أكل قبل البيع ما أوجب نقصا فيه بعد البيع الذي لا كلام في ثبوت خيار العيب، فليكن المقام من هذا القبيل. فتحصل: عدم تمامية هذا الاستدلال لوجوب الإعلام.

الاستصباح تحت الظلال

(١) الثالث: المشهور بين الأصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء.

أصل جواز الاستصباح بالدهن المتنجس متفق عليه نصا و فتوى.

انما الكلام في اعتبار كونه تحت السماء و جواز كونه تحت الظلال.

وقد استدلل للأول: بالإجماع، و بمرسل الشيخ قدس سره روى أصحابنا انه يستصبح تحت السماء «١». و بأن الاستصباح تحت الظلال يوجب تنجس السقف و هو حرام.

و في الجميع نظر:

أما الأول فلعدم ثبوته، كيف و قد أفتى جماعة من الأساطين بالجواز، مع انه يمكن ان يكون مدرك حكمهم هذا ما سنشير إليه، فعلى فرض ثبوته ليس إجماعا تعبديا.

و أما الثاني: فلأنه لإرساله و عدم احراز استناد الأصحاب اليه لا يعتمد عليه.

و أما الثالث: فلأن تنجيس السقف لا دليل على حرمة، مع ان دخل النجس ليس بنجس للاستحالة، مضافا إلى أخصية الدليل عن المدعى.

(١) المبسوط كتاب الأطعمة، ج ٦، ص ٢٨٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٣٣

لكن الأخبار المتقدمة على كثرتها و ورودها في مقام البيان ساكتة عن هذا القيد و لا مقيد لها من الخارج عدا ما يدعى من مرسله الشيخ المنجبرة بالشهرة المحققة و الإنفاق المحكى (١) لكن لو سلم الانجبار فغاية الأمر دورانه بين تقييد المطلقات المتقدمة او حمل الجملة الخبرية على الاستحباب أو الإرشاد لثلا يتأثر السقف بدخان النجس الذي هو نجس بناء على ما ذكره الشيخ من دلالة المرسله على نجاسة دخان النجس، إذ قد لا يخلو من اجزاء لطيفة ذهنية تتصاعد بواسطة الحرارة.

و لا ريب ان مخالفة الظاهر في المرسله خصوصا بالحمل على الإرشاد اولي خصوصا مع ابتناء التقييد، اما على ما ذكره الشيخ من دلالة الرواية على نجاسة الدخان المخالفة للمشهور.

و أما على كون الحكم تعبديا محضا و هو في غاية البعد و لعله لذلك أفتى في المبسوط بالكراهة مع روايته المرسله، و الإنصاف ان المسألة لا- يخلو عن إشكال من حيث ظاهر الروايات البعيدة عن القيد لإبائها في أنفسها عنه، و إباء المقيد عنه و من حيث الشهرة

المحقة و الاتفاق المنقول، و لو رجع إلى أصالة البراءة حينئذ.

(١) و محصل ما ذكره قدس سره في وجه عدم رفع اليد عن المطلقات وجوه:

الأول: عدم تسليم انجبار المرسله بالشهره المحقة و الاتفاق المحكى.

الثانى: إباء المطلقات عن التقييد.

الثالث: إباء المرسله عن تقييد المطلقات.

أما الأول: فالظاهر انه كذلك، إذ لم يثبت استناد المفتين بعدم جواز الاستصباح تحت الظلال إليها، لان جماعة منهم علوه بأنه ينجس السقف لنجاسة الدخان، و لذا فصل العلامة قدس سره بين ما لو علم بتصاعد شىء من أجزاء الدهن و عدمه، و جماعة غيرهم و ان لم يعللوا بذلك إلا ان اكثرهم لو لا كلهم من القائلين بعدم جواز الانتفاع بالمتنجس، فيمكن

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ١، ص: ١٣٤

...

ان يكون إفتائهم بالمنع استنادا إلى الأدلة التى استدلوها بها على تلك الكبرى الكلية بعد

بنائهم على عدم كون مطلقات الباب الدالة على جواز الاستصباح فى مقام البيان، فلا يصح التمسك بإطلاقها، و ما ذكرناه بضميمة ان المشهور بين المتأخرين جواز الاستصباح تحت الظلال يوجب عدم الوثوق بصدور المرسله و عدم انجبارها بفتوى أكثر القدماء و أما الثانى: فقد استدل له المصنف قدس سره بكثرة المطلقات، و ورودها فى مقام البيان، و شىء منهما لا يصلح لذلك، إذ الكثرة بنفسها لا توجب إباء كل واحد منها عن التقييد، و بعبارة اخرى لا توجب اقوائية دلالة كل واحد منها فى الدلالة على العموم بنحو يابى عن التقييد، مع ان الكثرة ممنوعة كما يظهر لمن راجع نصوص الباب.

و ورودها فى مقام البيان من المقدمات ثبوت الإطلاق لا انه يوجب آباءه عن التقييد.

و بعبارة اخرى: التقييد انما يكون فيما اذا كان المطلق فى مقام البيان، و الا فلا مورد له، مع ان من تدبر فى النصوص يرى انها فى مقام بيان مصرف الدهن، و انه الإسراج دون الأكل، و ليست فى مقام بيان كيفية الإسراج، فلا إطلاق لها، مضافا الى انه قد مر منا و من المصنف قدس سره ان المراد من قولهم عليهم السلام فى تلك النصوص ليستصبح، عدم الانتفاع به بالمنافع المتوقف جوازها على الطهارة، و لازم ذلك عدم كونها فى مقام بيان حكم الاستصباح من حيث هو، و عليه فليس فى النصوص ما يمكن التمسك بإطلاقه. و أما الثالث: فقد علله بان كون المرسله موجبة للتقييد يبنى على الالتزام بكون الحكم تعبديا محضا، او القول بنجاسة الدخان و بتنجس السقف و الأول بعيد غايته، و الثانى مخالف للمشهور و أبعد.

و فيه: انه يمكن ان يقال: ان الاستصباح تحت الظلال مستلزم لاجتماع الدخان فى الألبسة التى يصلى فيها و الأمتعة و المأكول، و هو على فرض طهارته يمكن القول بنجاسته بعد الاجتماع، لا سيما مع اشتماله على الأجزاء الدهنية و ليس فى ذلك بعد مع مساعدة الدليل.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ١، ص: ١٣٥

لم يكن إلا بعيدا عن الاحتياط و جرأة على مخالفة المشهور (١) ثم ان العلامة فى المختلف فصل بين ما إذا علم بتصاعد شىء من أجزاء الدهن و ما إذا لم يعلم فوافق المشهور فى الأول، و هو مبنى على ثبوت حرمة تنجيس السقف و لم يدل عليه دليل و ان كان ظاهر كل من حكم بكون الاستصباح تحت السماء تعبديا لا لنجاسة الدخان معللا بطهارة دخان النجس التسالم على حرمة التنجيس، و الا لكان الأولى تعليل التعبد به لا بطهارة الدخان كما لا يخفى.

و يؤيده قوله عليه السلام في خبر الوشاء: اما علمت انه يصيب الثوب و البدن و هو حرام مع ان الالتزام بالتعبد ليس ببعيد، كيف و قد التزم المشهور بعدم جواز تدهين السفن به، و جواز الاستصباح به.

و لو جاز ذلك جاز التفكيك في الاستصباح بين كونه تحت الظلال او تحت السماء.

فالمحصل من ما ذكرناه: انه لو تم سند المرسله لزم العمل بمضمونها، و لكن قد مر انها ضعيفة السند، كما عرفت عدم وجود ما يدل بإطلاقه على جواز الاستصباح و المتيقن من النصوص الاستصباح تحت السماء و عليه فالاستصباح تحت الظلال يبتنى جوازه و منعه على القول بجواز الانتفاع بالمتنجس و عدمه سيجيء تنقيح القول في ذلك فانتظر.

(١) مراده انه بعد فرض إباء المطلقات عن التقييد، و حجية المرسله، يقع التعارض بينهما فيتساقطان فيرجع الى أصالة البراءة عن حرمة الإسراج تحت الظلال.

و فيه: مضافا الى ما تقدم، انه لو سلم تعارضهما فلا بد من الرجوع الى المرجحات و حيث ان شهرة الفتوى و الرواية مع المطلقات فتقدم هي، و كذلك مقتضى المرجحات الاخر تقديهما، و على فرض التكافؤ الحكم و هو التخيير لا التساقط، و على فرض التساقط يرجع الى عموم ما دل على جواز الانتفاع بما في الأرض لو لم يدل دليل على عدم جواز الانتفاع بالمتنجس و الا فإليه.

و على أى تقدير لا تصل النبوة الى الرجوع البراءة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٣٦

الرابع: هل يجوز الانتفاع بهذا الدهن في غير الاستصباح بأن يعمل صابونا او يطلى به الاجرب او السفن (١) قولان مبنيان على ان الأصل في المتنجس جواز الانتفاع الا ما خرج بالدليل كالأكل و الشرب و الاستصباح تحت الظل، او ان القاعدة فيه المنع عن التصرف الا ما خرج بالدليل كالاستصباح تحت السماء و يبيعه ليعمل صابونا على رواية ضعيفة تأتي (٢) و الذي صرح به في مفتاح الكرامة هو الثاني (٣) و وافقه بعض مشايخنا المعاصرين (٤) و هو ظاهر جماعة من القدماء كالشيخين و السيدين و الحلبي، و غيرهم، قال في (الانتصار) و مما انفردت به الإمامية ان كل طعام عالجه اهل الكتاب و من ثبت كفرهم بدليل قاطع لا يجوز أكله و لا الانتفاع و اختلف باقي الفقهاء في ذلك (٥) و قد دللنا على ذلك في كتاب الطهارة حيث دللنا على ان سؤر الكفار نجس، و قال في المبسوط، في الماء المضاف انه مباح التصرف فيه بأنواع التصرف ما لم يقع فيه نجاسة، فإن وقعت فيه نجاسة لم يجز استعماله على حال و قال في حكم الماء المتغير بالنجاسة انه لا يجوز استعماله الا عند الضرورة للشرب لا غير (٦) و قال في النهاية و ان كان ما حصل فيه الميتة مائعا لم يجز استعماله على حال و وجب إهراقه (انتهى) (٧).

حكم الانتفاع بالمتنجس

(١) و حيث ان عمدة المدرك لهذه المسألة هي الادلة التي اقيمت على جواز الانتفاع بالمتنجس و عدمه، فالأولى البحث في هذه الكبرى الكلية.

(٢) و هي ما عن الراوندي عن الإمام موسى بن جعفر عليه السلام عن الشحم يقع فيه شيء له دم فيموت قال عليه السلام تبعه لمن يعمل صابونا.. (الخبر) راجع المستدرک باب ٦ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٣.

(٤) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ١٥.

(٥) في المصدر و قد خالف الانتصار، ص ١٩٣.

(٦) المبسوط، ج ١، ص ٥ و ٦.

(٧) النهاية، ص ٥٨٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٣٧

و قريب منه عبارة المقنع (١) و قال فى الخلاف فى حكم السمن و البذر و الشيرج و الزيت إذا وقعت فيه فأرة إنه جاز الاستصباح به و لا يجوز أكله و لا الانتفاع به بغير الاستصباح.

و به قال الشافعى: و قال قوم من أصحاب الحديث لا- ينتفع به بحال لا- باستصباح و لا- بغيره، بل براق كالخمر، و قال ابو حنيفة: يستصبح به و يباع أيضا،

و قال ابن داود: إن كان المائع سمنا لم ينتفع به بحال، و إن كان ما عداه من الأدهان لم ينجس بموت الفأرة فيه و يحل أكله و شربه لأن الخبر ورد فى السمن فحسب دليلنا اجماع الفرقة و أخبارهم. (٢) و فى السرائر فى حكم الدهن المتنجس انه لا يجوز الأدهان به و لا استعماله فى شىء من الأشياء عدا الاستصباح تحت السماء انتهى. (٣) و ادعى فى موضع آخر ان الاستصباح به تحت الظلال محظور بغير خلاف، و قال ابن زهرة بعد أن اشترط فى المبيع أن يكون مما ينتفع به منفعة محللة، قال: و شرطنا فى المنفعة ان تكون مباحة تحفظا من المنافع المحرمة و يدخل فى ذلك كل نجس لا يمكن تطهيره عدا ما استثنى من بيع الكلب المعلم للصيد، و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء و هو اجماع الطائفة، ثم استدلى على جواز بيع الزيت بعد الإجماع بأن النبى صلى الله عليه و آله اذن فى الاستصباح به تحت السماء قال: و هذا يدل على جواز بيعه لذلك انتهى (٤).

(١) المقنع: ٥٨٢.

(٢) الخلاف كتاب الأطعمة، المسألة ١٩.

(٣) السرائر، ج ٣، ص ١٢١-١٢٢.

(٤) الغنية (الجوامع الفقهية) ص ٥٢٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٣٨

هذا و لكن الأقوى وفاقا لأكثر المتأخرين جواز الانتفاع الا ما خرج بالدليل و يدل عليه أصالة الجواز و قاعدة حل الانتفاع بما فى الأرض و لا- حاكم عليها سوى ما يتخيل من بعض الآيات و الأخبار و دعوى الجماعة المتقدمة الإجماع على المنع و الكل غير قابل لذلك، أما الآيات فمنها قوله تعالى: (إنما الخمر و الميسر و الأنصاب و الأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه (١) «١» دل بمقتضى التفرغ على وجوب اجتناب كل رجس.

(١) و قيل بيان كيفية الاستدلال بالآية الشريفة لا بأس ببيان ما هو المراد منها بحسب الظاهر.

فأقول: ليس المراد من الرجس النجس، إذ مضافا الى انه لا يوافق عليه العرف و لم يذكر ذلك أحد معانيه فى كتب اللغة، لا يناسب مع المذكورات فى صدر الآية الشريفة التى جعل الرجس خيرا لها او للفعل المتعلق بها كما لا يخفى.

و دعوى ان الآية على طريقة اللف و النشر المرتبين فكان الرجس محمولا على الخمر و عمل الشيطان محمولا على البقية، فلا مانع من إرادة النجس من الرجس.

مندفعة بأنه مضافا الى كونه خلاف الظاهر، انه ان قدر فى صدر الآية الانتفاع فلا ٢ معنى لحمل الرجس بهذا المعنى على الانتفاع بالخمر أيضا، و الا فلا يلائم ذلك مع أفراد الضمير فى قوله (فاجتنبوه) إذ بعد ما لا يمكن إرجاعه الى المذكورات على هذا التقدير، و الا كان اللازم الاتيان بضمير الجمع يتعين الاتيان بضمير المثنى، كما لا يخفى.

كما انه ليس المراد به القدر المعنوي إذ نفس الازلام مثلا- و هي السهام الخاصة- ليست من القدرات المعنوية، و الانتفاع بها بالتفؤل حرام لا- قدر كما هو واضح، فالمراد به العمل القبيح، إما باستعماله فيه بناء على كونه مشتركا لفظيا بين ما ذكر له من المعاني، او بإرادته منه بناء على كونه مشتركا معنويا، و حملة حيثئذ على المذكورات إما أن يكون من باب إطلاق العمل على ما يقع عليه العمل، او مع تقدير الانتفاع في ابتداء الآية ليكون هو المبتدأ.

(١) سورة المائدة، ٩١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٣٩

و فيه: ان الظاهر من الرجس ما كان كذلك في ذاته لاما عرض له ذلك فيختص بالعناوين النجسة (١) و هي النجاسات العشر مع انه لو عم المتنفس لزم أن يخرج عنه أكثر الأفراد.

و أما قوله تعالى (من عمل الشيطان) فأريد به كون ذلك من مخترعاته و مبتدعاته او انه من اغوائه.

فالمتحصل من الآية: ان الانتفاع بالخمر و الميسر و ما بعدهما عمل قبيح من اغواء الشيطان او من مبتدعاته، فيجب ان يكون الإنسان على جانب منه، أى في ناحية، و على ذلك فهي اجنبية عن المقام بالمرّة.

ثم على فرض التنزل و تسليم كون الرجس بمعنى النجس.

(١) شموله للمتنفس غير ثابت كما في المتن فلا وجه للاستدلال بها في المقام.

اذا عرفت ذلك فاعلم: انه كان الرجس هو النجس بالمعنى الشامل للمتنفس،

الاستدلال بها في المقام على عدم جواز الانتفاع بقول مطلق الا ما خرج بالدليل انما يكون بأحد وجهين:

الأول: ان موضوع الحكم بحسب لسان الدليل هي المذكورات في صدر الآية، و الرجسية علة تامّة لثبوت ذلك الحكم، و الحكم هو وجوب الاجتناب المطلق الشامل لجميع الانتفاعات، و حيث ان العلة تعمم و تخصص- و بعبارة اخرى الحكم يدور مدارها- فيستفاد من الآية عدم جواز الانتفاع بكل ما يصدق عليه الرجس، و منه المتنفس على الفرض.

الثاني: ان تمام الموضوع للحكم لسان الدليل هو الرجس، و قوله (من عمل الشيطان) علة لثبوت الحكم و ليس من الجهات التقييدية، فانه على ذلك يكون المستفاد منها ان كل رجس- و منه المتنفس- يجب الاجتناب عنه بقول مطلق.

و في كليهما نظر:

اما الأول فلأن موضوع الحكم ليس هي المذكورات و إلا كان اللازم الإتيان بضمير الجميع، مع ان كون الرجس علة تامّة محل نظر لما ذكره المصنف قدس سره من

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٠

فإن أكثر المتنفسات لا يجب الاجتناب منه (١) مع ان وجوب الاجتناب ثابت فيما كان رجسا من عمل الشيطان يعنى من مبتدعاته فيختص وجود الاجتناب المطلق بما كان من عمل الشيطان سواء كان نجسا كالخمر او قدرا معنويا مثل المسير.

ان قوله تعالى (من عمل الشيطان) قيد له، فالعلة هي مجموع الأمرين، فكل متنفس ان ثبت انه من عمل شيطان يثبت له هذا الحكم، و هو اول الدعوى ان اريد (من عمل الشيطان) ما صدر باغوائه لتوقفه على اثبات ان الانتفاع بالمتنفس غير جائز حتى يكون صدوره باغواء الشيطان كسائر المعاصي، و معلوم العدم. ان اريد به انه من مبتدعات الشيطان و مخترعاته.

و دعوى ان كلا من الرجسية و الكون من عمل الشيطان علة تامّة مستقلة لوجوب الاجتناب من جهة ان الكون من عمل الشيطان علة

مستقلة على كل حال ان كان رجا او لم يكن فليكن الرجس أيضا كذلك.

مندفعة بأنه ان ثبت كون الرجس علة يتم ذلك، لكنه غير ثابت، إذ يمكن ان يقال ان الآية حينئذ متكلفة لبيان أمرين: الأول: اثبات ان المذكورات رجس، الثاني: وجوب الاجتناب عنها من جهة كونها من عمل الشيطان فقوله (رجس) حكم مجعول لا انه علة لثبوت وجوب الاجتناب.

و دعوى: ان الآية على طريقة اللف و النشر المرتبين فكان الرجس محمولاً على الخمر و عمل الشيطان محمولاً على البقية، قد عرفت ما فيها.

و أما الثاني: فلأن الظاهر من الآية و ان كان ان الموضوع هو الرجس، إلا- أن الكون من عمل الشيطان من الجهات التعليلية و علة لثبوت الحكم، محل نظر، فان الظاهر منها كون (من عمل الشيطان) قيداً للموضوع، مع انه لو ثبت كونه علة فالعلة كما تعمم تخصص، و عليه فثبوت الحكم يتوقف على إحراز كون المتنجس من عمل الشيطان، و قد عرفت ما في ذلك آنفاً. فراجع.

(١) و فيه: ان خروج جميع أفراد المتنجس لا- يوجب تخصيص الأكثر، إذ بما ان الآية تكون من القضايا الحقيقية، و ما اخذ موضوعاً فيها عنوان عام شامل للأعيان

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤١

و من المعلوم ان المائعات المتنجسة كالدهن و الطين، و الصبغ و الدبس إذا تنجست ليست من أعمال الشيطان، و ان اريد من عمل الشيطان عمل المكلف المتحقق في خارج باغوائه ليكون المراد بالمذكورات استعمالها على النحو الخاص، فالمعنى ان الانتفاع بهذه المذكورات رجس من عمل الشيطان، كما يقال في سائر المعاصي انها من عمل الشيطان، فلا تدل أيضا على وجوب الاجتناب عن استعمال المتنجس الا إذا ثبت كون الاستعمال رجساً و هو اول الكلام و كيف كان فالآية لا تدل على المطلوب و من بعض ما ذكرنا يظهر ضعف الاستدلال (١) على ذلك بقوله تعالى: (و الرجز فاهجر) بناء على ان الرجز هو الرجس.

النجسة و المتنجسة، و شموله للمتنجسات انما يكون بعنوان واحد و هو عنوان ملاقى النجس و هو واحد، و باقى العناوين عشرة، فخرج جميع أفراد المتنجسات لا يوجب تخصيص الأكثر، فضلاً عن أكثرها.

و أضعف من هذا الإيراد ما أورده بعض أعظم المحشين قدس سره على الاستدلال بها و هو: ان (فاجتنبوه) ظاهر في عدم الانتفاع بالمنافع الظاهرة التي في كل شيء بحسبه، لا مطلق المنافع.

فإنه يرد عليه: ان الاجتناب المطلق الذي امر به ظاهر في عدم الانتفاع بجميع المنافع، مع ان مقتضى ما ذكره دلالة الآية على حرمة جميع المنافع الظاهرة حتى غير المشروطة بالطهارة كاتخاذ النعل من جلد الميتة كما اعترف به، و عليه فبضميمة عدم الفصل يثبت الحكم في الجميع.

(١) و منها قوله تعالى (و الرجز فاهجر) «١».

و يرد على الاستدلال بهذه الآية الشريفة بعض ما أورده على الآية السابقة و هو عدم كون الرجز بمعنى النجس بالمعنى الشامل للمتنجس، و لكن لو تم ذلك و ثبت صح الاستدلال بها، و لا يرد عليه شيء مما أورد على الاستدلال بالآية المتقدمة.

(١) المدثر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٢

و أضعف من الكل الاستدلال بآية تحريم الخبائث (١) بناء على ان كل متنجس خبيث، و التحريم المطلق يفيد تحريم عموم الانتفاع إذ لا يخفى ان المراد هنا حرمة الأكل (٢) بقريته مقابلته بحلية الطيبات.

و أما الأخبار فمنها ما تقدم من رواية تحف العقول حيث علل النهى عن بيع وجوه النجس بأن ذلك كله محرم أكله و شربه و إمساكه و جميع التقلب فيه. فجميع التقلب في ذلك حرام (٣) و فيه ما تقدم من ان المراد بوجوه النجس عنواناته المعهودة لأن الوجه هو العنوان، و الدهن ليس عنوانا للنجاسة، و الملقى للنجس و ان كان عنوانا للنجاسة لكنه ليس وجها من وجوه النجاسة في مقابلة غيره (٤) و لذا لم يعدوه عنوانا في مقابل العناوين النجسة مع ما عرفت من لزوم تخصيص الأكثر لو اريد به المنع عن استعمال كل متنجس.

(١) و هي قوله تعالى (و يحرم عليهم الخبائث) «١».

(٢) و قد تقدم في مسألة بيع الأرواث تمامية ذلك و عدم ورود شيء مما أورد عليه.

مضافا الى ما تقدم في مسألة شرب أبوال ما يؤكل لحمه من أن المراد بالخبث هو ما فيه مفسدة و رداءة، و لم يثبت كون المتنجس منه بهذا المعنى.

و فيه: اولاً انه ضعيف السند لا يعتمد عليه كما تقدم في اول الكتاب.

و ثانياً: انه يمكن ان يقال: ان ملاقى النجس ليس من وجوه النجس، فانه جهة تعليلية و واسطة في الثبوت.

و ثالثاً: لو اغمض عن ذلك و سلم كون ملاقى النجس منها يرد عليه ما ذكره المصنف قدس سره

(٤) و حاصله: ان ملاقى النجس ليس في عرض سائر العناوين، بل هو في طولها، و ظاهر الوجوه هي العناوانات التي يكون بعضها في عرض بعض.

(١) سورة الأعراف،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٣

و منها ما دل على الأمر بإهراق المائعات الملاقية للنجاسة و القاء ما حول الجامد من الدهن و شبهه و طرحه (١) و قد تقدم بعضها في مسألة الدهن و بعضها الآخر متفرقة مثل قوله بهريق المرق و نحو ذلك، و فيه ان طرحها كناية عن عدم الانتفاع بها في الأكل فإن ما امر بطرحه من جامد الدهن و الزيت يجوز الاستصباح به اجماعاً فالمراد اطراحه من ظرف الدهن و ترك الباقي للأكل.

(١) و هي طوائف.

منها- الاخبار الآمرة بإهراق المتنجس، كخبر زكريا بن آدم «١» اذ لو جاز الانتفاع به بإطعام الصبي و نحوه لما امر عليه السلام بالإهراق، و بضميمة عدم القول بالفصل يتم المطلوب.

و فيه: ان فائدة المرق الذي يكون بمقدار القدر تنحصر في الأكل، و إطعام الصبي انما يعد فائدة له اذا كان المرق قليلاً، و على ذلك فدلالته على عدم جواز الانتفاع بالمرق مطلقاً لا تنافي جواز الانتفاع بالمتنجس.

و منها: ان النصوص الدالة على أنه ماتت الفأرة في السمن تطرح الفأرة و ما يليها من السمن «٢». اذ لو جاز الانتفاع به لما امر عليه السلام بطرحه، و بضميمة عدم القول بالفضل يتم المطلوب.

و فيه: ان الظاهر منها هو الطرح من ظرف المعد للأكل، فيكون كناية عن حرمة أكله خاصة، و يؤيده انه يجوز الاستصباح به بلا كلام، مع انه يمكن ان يقال ان الأمر بالطرح كناية عن عدم امكان الانتفاع به لقلته، كما تؤمى الى ذلك النصوص مفصلة بين ما اذا كان ذلك في شتاء فيطرح، و بين ما اذا كان في الصيف فيسرج به، و ليس لذلك وجه الا ما ذكرناه، فانه في الصيف يكون المتنجس كثيراً يمكن الانتفاع به في الاستصباح و نحوه بخلاف ما اذا كان في الشتاء.

(١) الوسائل، باب ٢٦، من أبواب الأشرطة المحرمة، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٦، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٤

و أما الإجماعات (١) ففي دلالتها على المدعى نظر يظهر من ملاحظتها، فان الظاهر من كلام السيد المتقدم ان مورد الاجماع هو نجاسة ما باشره اهل الكتاب (٢) و أما حرمة الأكل و الانتفاع فهي من فروعها المتفرعة على النجاسة لا ان معقد الاجماع حرمة الانتفاع بالنجس، فإن خلاف باقى الفقهاء فى اصل النجاسة فى أهل الكتاب لا فى احكام النجس.
و أما اجماع الخلاف فالظاهر ان معقده ما وقع الخلاف فيه بينه و بين من ذكر من المخالفين (٣) إذ فرق بين دعوى الاجماع على محل النزاع بعد تحريره و بين

و منها: النصوص الآمرة بإهراق الماء المتنجس «١».

و فيه: ان ذلك كناية عن عدم جواز التوضى به كما لا يخفى على الناظر فيها، و بذلك يظهر ما فى الاستدلال بالخبرين الوارد بين فى الإنائين المشتبهين الأمرين بإهراقهما و التيمم «٢».

(١) و قد استدلل لعدم جواز الانتفاع بالاجتماع.

و لكن الاجماع المحصل غير حاصل، و المنقول منه ستعرف حاله.

(٢) و ما أفاده بين فإن محل الخلاف بيننا و بين باقى الفقهاء هى نجاسة أهل الكتاب لا أحكام النجس، فلا محالة يكون المراد من ذكر خلافهم بيان ما هم يخالفون فيه، لا بيان ما ليسوا مخالفين فيه، فيكون المراد من ما نسبه الى الامامية أيضا هو ذلك، و انما عبر عن النجاسة بعدم جواز الانتفاع لاعتقاده الملازمة بينهما.

و يدل عليه مضافا الى ذلك قوله بعد ذلك: و قد دللنا على ذلك فى كتاب الطهارة حيث دللنا على ان سور الكفار نجس.

و بهذا التقريب ظهر اندفاع ما أورده بعض أعاضم المحشين على هذا الاستظهار بقوله: كلام السيد صريح فى ان معقد الاجماع هو الانتفاعات، و خلاف العامة فى أصل النجاسة لا يوجب رفع اليد عنه بعد خلافهم فى حرمة الانتفاعات.

(٣) توضيحه: ان المصنف قدس سره ذكر أحكاما ثم نقل الخلاف فى بعضها و لم ينقل عن أحد الخلاف فى حرمة الانتفاع بها بغير الاستصحاب.

(١) الوسائل، باب ٨، من أبواب الماء المطلق.

(٢) الوسائل، باب ٨، من أبواب الماء المطلق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٥

دعواه ابتداء على الاحكام المذكورة فى عنوان المسألة، فإن الثانى يشمل الاحكام كلها، و الاول لا يشمل الا الحكم الواقع مورد الخلاف لأنه الظاهر من قوله: دللنا اجماع الفرقة فافهم و اغتتم.

و أما اجماع السيد فى الغنية فهو فى أصل مسألة تحريم بيع النجاسات و استثناء الكلب المعلم و الزيت المتنجس لا فيما ذكره من ان حرمة بيع المتنجس من حيث دخوله فيما يحرم الانتفاع، نعم هو قائل بذلك. (١) و بالجملة فلا- ينكر ظهور كلام السيد فى حرمة الانتفاع بالنجس الذاتى و العرضى لكن دعواه الاجماع على ذلك بعيدة عن مدلول كلامه جدا و كذلك لا ينكر

و دعوى ان ابن داود انما خلاف فيه و جوز الانتفاع بغير السمن.

مندفعة بأنه انما خالف في النجاسة. و حكم بحيلة أكله و شربه بعد البناء على الطهارة، مع ان الأكل و الشرب ليسا مورد البحث، و عليه فليس المراد من الاجماع في كلامه الاجماع على عدم جواز الانتفاع، إذ الظاهر انه انما يدعى الاجماع في ما وقع فيه الخلاف الزاما للمخالفين.

و بذلك اندفع ما أورده بعض أعظم المحشين قدس سره من ان خلاف ابن داود خلاف في حرمة الانتفاع أيضا، فلا وجه للتصرف في كلامه الصريح في الاستدلال على حرمة الانتفاع بالاجماع.

(١) غاية ما يكون ان يقال في توجيه كلام المصنف قدس سره ان اسم الإشارة في قوله: و يدخل في ذلك كل نجس، اريد به ما لا يجوز بيعه، لان منافعه محرمة، المستفاد ذلك من صدر كلامه، و من استثناء بيع الكلب المعلم و الزيت، فان استثناء بيعهما يستلزم كون المستثنى منه بيع النجاسات و من قوله بعد ذلك بجواز بيع الزيت و الاستدلال له، فانه أيضا يكشف عن كون محل الكلام هو البيع.

و عليه فالاجماع انما ادعاه على ذلك لا على حرمة الانتفاع بالمتنجس، و بهذا يظهر اندفاع ما أورده بعض الأعظم قدس سره عليه بأنه لم يعترض لحرمة بيع النجس صريحا ليكون إجماعه اجماعا على حرمة البيع، مع انه يحتمل ان ابن زهرة استدلال بالاجماع على اشتراط المنفعة المحللة في صحة البيع، او على استثناء بيع الكلب المعلم و الزيت المتنجس.

فالمتحصل: انه لم يحك الاجماع على عدم جواز الانتفاع بالمتنجس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٦

كون السيد و الشيخ قائلين بحرمة الانتفاع بالمتنجس، كما هو ظاهر المفيد و صريح الحلي لكن دعواهما الاجماع على ذلك ممنوعة عند المتأمل المنصف، ثم على تقدير تسليم دعواهم الاجماعيات، فلا-ريب في وهنها بما يظهر من أكثر المتأخرين من قصر حرمة الانتفاع على أمور خاصة.

قال في معتبر في احكام الماء القليل المتنجس و كل ماء حكم بنجاسته لم يجز استعماله (١) الى ان قال: و نريد بالمنع عن استعماله، الاستعمال في الطهارة و إزالة الخبث و الأكل و الشرب دون غيره، مثل بل الطين و سقى الدالة (انتهى).

و على فرض تسليم الحكاية لا تصلح ان تكون دليلا للحكم لوجوه:

الاول: احتمال استناد الجمعيين الى الآيات و الروايات المتقدمة التي عرفت ما فيها:

الثاني: عدم حجية المنقول من الاجماع في نفسه كما حقق في الأصول.

الثالث: ما ذكره المصنف قدس سره من مخالفة أكثر المتأخرين.

و أما ما ذكره بعض مشايخنا المحققين قدس سره بأن نقل مثل هذه الاجماعيات في مقابل المخالفين انما يكون من جهة الالتزام و لا يكون نقلا لرأى المعصوم عليه السلام.

فغير تام، لان الاستدلال بها بعد الإفتاء كاشف عن أن مرادهم بها بيان الحجج الواقعية مع ان حجية الإجماع المنقول لو ثبتت، ليست لأجل كونه نقلا لرأى المعصوم عليه السلام بل لأجل كونه نقلا للسبب.

(١) جاءت العبارة في النسخة الخطية المصححة كما يلي:

قال في المعتبر في احكام الماء القليل المتنجس الماء النجس، لا يجوز استعماله في رفع حدث، و لا إزالة خبث مطلقا و لا في أكل و لا في شرب الا عند الضرورة و اطلق المصنف المنع من استعماله الا عند الضرورة.

لنا ان مقتضى الدليل جواز الاستعمال مطلقا ترك العمل به فيما ذكرناه بالاتفاق و النقل فيكون الباقي على الأصل (انتهى).

و قال في موضع آخر من احكام الماء المشتبه في رد من قال بوجوب الإراقة انه قد يتعلق الغرض ببقائه لأجل الاستعمال في غير

الطهارة و الأكل و الشرب.

و قال بعد ذلك كل ما الخ.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٧

أقول: ان بل الصبغ و الحناء بذلك الماء داخل في الغير فلا- يحرم الانتفاع بهما. (١) و أما العلامة فقد قصر حرمه استعمال الماء المتنجس في التحرير و القواعد و الإرشاد على الطهارة و الأكل و الشرب، و جوز في المنتهى الانتفاع بالعجين النجس في علف الدواب محتجا بأن المحرم على المكلف تناوله و بأنه انتفاع فيكون سائغا للأصل (٢) و لا- يخفى ان كلا- دليله صريح في حصر التحريم في أكل العجين المتنجس و قال الشهيد في قواعده: النجاسة ما حرم استعماله في الصلاة و الأغذية،

ثم ذكر ما يؤيد المطلوب، و قال في الذكري في أحكام النجاسة تجب إزالة النجاسة عن الثوب و البدن، ثم ذكر المساجد و غيرها إلى أن قال: و عن كل مستعمل في أكل او شرب او ضوء تحت الظل للنهي عن النجس و للنص (انتهى).

و مراده بالنهي عن النجس النهي عن أكله، و مراده بالنص ما ورد من المنع عن الاستصباح بالدهن المتنجس تحت السقف، فانظر إلى صراحة كلامه في ان المحرم من الدهن المتنجس بعد الأكل و الشرب خصوص الاستضاءة تحت الظل للنص و هو المطابق لما حكاه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد عنه قدس سره في بعض فوائده من جواز الانتفاع بالدهن المتنجس في جميع ما يتصور من فوائده.

و قال المحقق و الشهيد الثانيان في المسالك و حاشية الإرشاد عند قول المحقق و العلامة (قدس سرهما) تجب إزالة النجاسة عن الأواني، ان هذا إذا استعملت فيما يتوقف استعماله على الطهارة كالأكل و الشرب، و سيأتي عن المحقق الثاني في حاشية الإرشاد في مسألة الانتفاع بالأصباغ المتنجسة ما يدل على عدم توقف جواز الانتفاع بها على الطهارة.

و في المسالك في ذيل قول المحقق قدس سره و كل مائع نجس عدا الأدهان، قال: لا فرق

(١) لعل غرضه بذكر هذه الجملة المعترضة ان مراد المحقق قدس سره جواز جميع الانتفاعات حتى ما ينتفع به الشخص نفسه لا خصوص ما يرجع الى غير المكلف.

(٢) المنتهى، ج ١، ص ١٨٠، لا يوجد في كلامه التصريح بالأصل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٨

في عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها للطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه و عدمه و لا بين الإعلام بحالها و عدمه على ما نص عليه الأصحاب.

و أما الأدهان المتنجسة بنجاسة عارضية كالزيت تقع فيه الفأرة، فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها و انما خرج هذا الفرد بالنص و الا فكان ينبغي مساواتها لغيرها من المائعات المتنجسة التي يمكن الانتفاع بها في بعض الوجوه.

و قد ألحق بعض الأصحاب ببيعها للاستصباح ليعمل صابونا او يطلى به الأجر و نحو ذلك، و يشكل بأنه خروج عن مورد النص المخالف للأصل فإن جاز لتحقق المنفعة فينبغي مثله في المائعات النجسة التي ينتفع بها كالديبس يطعم للنحل و غيره انتهى.

و لا- يخفى ظهوره في جواز الانتفاع بالمتنجس و كون المنع من بيعه لأجل النص يقتصر على مورد و كيف كان فالمتبع في كلام المتأخرين يقطع بما استظهرناه من كلماتهم و الذي اظن و ان كان الظن لا يغني لغيري شيئا ان كلمات القدماء يرجع الى ما ذكره المتأخرين.

و ان المراد بالانتفاع في كلمات القدماء الانتفاعات الراجعة الى الأكل و الشرب و إطعام الغير، و بيعه على نحو بيع ما يحل أكله (١) ثم لو فرضنا مخالفة القدماء كفي موافقة المتأخرين في دفع الوهن عن الأصل و القاعدة السالمة عما يردا عليهما، ثم على تقدير جواز غير الاستصباح من الانتفاعات فالظاهر جواز بيعه لهذه الانتفاعات (٢) وفاقا للشهيد و المحقق الثاني.

(١) في هامش النسخة المصححة زيادة ما يلي.

كما يشهد لذلك ان المحقق قدس سره في ما تقدم من كلامه الأول لم يسند عموم المنع الا الى اطلاق الشيخ لا إلى مذهبه.

(٢) مراده بها الانتفاعات الجائزة بأصالة الحل الواقعي في الأشياء، فلا يرد عليه ان أصالة الحل انما تثبت الحلية ظاهراً، و المانع عن

صحة البيع هو المنع الواقعي غير المرتفع بها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٤٩

قال الثاني في حاشية الإرشاد في ذيل قول العلامة قدس سره الا الدهن للاستصباح ان في بعض الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد

ان الفائدة لا تنحصر في ذلك إذ مع فرض فائدة اخرى للدهن لا يتوقف على طهارته يمكن بيعه لها كاتخاذ الصابون منه.

قال: و هو مروى و مثله طلى الدواب، اقول: لا بأس بالمصير الى ما ذكره شيخنا، و قد ذكر ان به رواية، (انتهى).

أقول: و الرواية اشارة الى ما عن الراوندى في كتاب النوادر بإسناده عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام و فيه سأل عليه السلام

عن الشحم يقع فيه شيء له دم فيموت،

قال: تبعه لمن يعمله صابوناً، (الخبر). (١) ثم لو قلنا: بجواز البيع في الدهن لغير المنصوص من الانتفاعات المباحة فهل

يجوز بيع غيره من المنتجات المتفع بها في المنافع المقصودة المحللة كالصبغ و الطين و نحوهما، أم يقتصر على المنتجس

المنصوص و هو الدهن، غاية الأمر التعدي من حيث غاية البيع الى غير الاستصباح إشكال (٢) من ظهوره استثناء الدهن في كلام

المشهور في عدم جواز بيع ما عداه، بل عرفت من المسالك نسبة عدم الفرق بين ما له منفعة محللة و ما ليست له الى نص الأصحاب،

و مما تقدم في مسألة جلد الميتة من ان الظاهر من كلمات جماعة من القدماء و المتأخرين، كالشيخ في الخلاف، و بان زهرة و العلامة

و ولده و الفاضل المقداد و المحقق الثاني و غيرهم، دوران المنع عن بيع النجس مدار جواز الانتفاع به و عدمه الا ما خرج بالنص

كأليات الميتة مثلاً، او مطلق.

بيع غير الدهن من المنتجات

(١) و قدم الكلام في الرواية مفصلاً فراجع.

(٢) قد أورد بعض الأعظم قدس سره عليه: بأن مناط التعدي و عدمه واحد، فإما ان لا

يتعدى الى سائر المنافع او يتعدى الى كل منتجس له منفعة محللة.

و فيه: ان مناط التعدي في الأول كون الاستصباح مثلاً لمطلق المنفعة المحللة، مع التحفظ على ظهوره قولهم للاستصباح في ان شرط

صحة البيع ان يكون لهذه الغاية، و ظهور

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٠

نجس العين على ما سيأتى من الكلام فيه، و هذا هو الذى يقتضيه استصحاب الحكم قبل النجس (١) و هى القاعدة المستفادة من

قوله عليه السلام في رواية تحف العقول (٢) ان كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك كله حلال (١) و ما تقدم

من رواية دعائم الإسلام من حل بيع كل ما يباح الانتفاع به (٢) و أما قوله تعالى (فاجتنبوه) (٣) و قوله تعالى (و الرجز فاهجر) (٤). فقد

عرفت انهما لا- تدلان على حرمة الانتفاع بالمنتجس فضلاً عن حرمة البيع على تقدير جواز الانتفاع و من ذلك يظهر عدم صحة

الاستدلال فيما نحن فيه بالنهي في رواية

الاستثناء في عدم جواز بيع غيره، و مناط التعدى في الثانى فهم العليئ من قولهم للاستصباح، فانه عليه يتعدى الى كل ما له منفعة محللة، فليس مناط التعدى واحدا.

(١) بعد فرض وجود المنفعة المحللة و صدق البيع عرفا لم يظهر لى وجه عدم الاستدلال لصحة البيع بعموم: (أحل الله البيع) و دليل وجوب الوفاء بالعقود.

و كيف كان: فقد أورد على الاستصحاب: بأنه من الشك في الموضوع من حيث زوال وصفه المحتمل مدخليته في موضوعيته، أعنى وصف الطهارة.

و فيه: ان وصف الطهارة بنظر العرف الذى هو المعيار فى جريان الاستصحاب و بقاء موضوع الحكم، من قبيل العلة لثبوت الحكم، لا انه جزء للموضوع.

و لكن الصحيح عدم جريانه لما حققناه فى محله من ان الاستصحاب لا يجرى فى الأحكام لكونه محكوما لاستصحاب عدم الجعل. (٢) و فيه أولا: ما تقدم من ضعف سند هذا الخبر.

و ثانيا: انه معارض مع الجملة المتضمنة: لأنه لا- يجوز بيع ما فيه وجه من وجوه الفساد، لأن المتنجس فيه وجه من وجوه الفساد، و حيث انهما جملتان من خبر واحد فالحكم فيهما على المشهور هو التساقط، و الجمع بينهما بالالتزام بالجواز بقصد ترتب الصلاح و عدم الجواز بقصد ترتب الفساد كما عن السيد قدس سره جمع لا شاهد له.

(١) تحف العقول، ص ٣٣٣.

(٢) دعائم الاسلام، ج ٢، ص ١٨، حديث ٢٣.

(٣) المائدة، ٨٩.

(٤) المدثر، ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥١

تحف العقول عن بيع شىء من وجوه النجس بعد ملاحظة تعليل المنع فيها بحرمه الانتفاع (١) و يمكن حمل كلام من أطلق المنع عن بيع النجس الا الدهن لفائدة الاستصباح على إرادة المائعات النجسة التى لا ينتفع بها فى غير الأكل و الشرب منفعة محللة مقصودة من أمثالها (٢) و يؤيده تعليل استثناء الدهن بفائدة الاستصباح نظير استثناء بول الإبل للاستشفاء و ان احتمال أن يكون ذكر الاستصباح لبيان ما يشترط ان يكون غاية للبيع، قال فى جامع المقاصد فى شرح قول العلامة قدس سره الا الدهن لتحقق فائدة الاستصباح به تحت السماء خاصة، قال: و ليس المراد بخاصة (٣) بيان حصر الفائدة فى الاستصباح كما هو الظاهر.

و قد ذكر شيخنا الشهيد فى حواشيه ان فى رواية جواز اتخاذ الصابون من الدهن المتنجس، و صرح مع ذلك بجواز الانتفاع به فيما يتصور من فوائده كطلى الدواب، إن قيل إن العبارة تقتضى حصر الفائدة لأن الاستثناء فى سياق النفي يفيد الحصر (٤) فإن المعنى فى العبارة الا الدهن النجس لهذه الفائدة لأن الفائدة، قلنا: ليس المراد ذلك لأن الفائدة بيان لوجه الاستثناء أى إلا الدهن لتحقق فائدة الاستصباح و هذا لا يستلزم الحصر و يكفى فى صحته ما قلنا تطرق الاحتمال فى العبارة المقتضى لعدم الحصر، انتهى.

و دعوى ان ظاهر قوله: او وجه من وجوه الفساد، انطبقه على عنوان يقتضى حرمة بقول مطلق كما عن بعض مشايخنا المحققين قدس سره.

مندفعة بأن المراد به ما يكون بعض منافعه المقصودة محرما.

(١) الظاهر ان الصحيح مضافا الى بدل بعد.

(٢) يكون اللام في قولهم لفائدة الاستصباح، للعلية فإن تعليل جواز بيع الدهن بذلك يدل على أن المستثنى منه هو ما لا فائدة فيه، و إنما قال و يؤيده تعليل الخ من جهة احتمال كونها للغاية لا للعلية.

(٣) لأنها صفة للسماء جيء بها تحرزا عن الاستصباح تحت السماء لا لفائدته.

(٤) و فيه ان الاستثناء المتصل يدل على الحصر مطلقا الا انه يفيد الحصر في المستثنى، و حيث ان المستثنى منه في كلام العلامة عدم جواز البيع فيدل على حصر الجواز في الدهن.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٢

و كيف كان فالحكم بعموم كلمات هؤلاء لكل مائع منتجس مثل الطين و الجص المائعين و الصبغ، و شبه ذلك محل تأمل، و ما نسبة في المسالك من عدم فرقهم في المنع عن بيع المنتجس بين ما يصلح للانتفاع به و ما لا يصلح، فلم يثبت صحته مع ما عرفت من كثير من الأصحاب من إناطة الحكم في كلامهم مدار الانتفاع و لأجل ذلك استشكل المحقق الثاني في حاشية الإرشاد فيما ذكره العلامة بقوله: و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبول الطهارة حيث قال: مقتضاء انه لو لم يكن قابلا للطهارة لم يجز بيعه و هو مشكل، إذ الأصباغ المنتجسة لا تقبل التطهير قابلا للطهارة لم يجز بيعها، لأن منافعتها لا تتوقف على الطهارة اللهم الا ان يقال: انها تؤول الى حالة معها التطهير لكن بعد جفافها بل ذلك هو المقصود منها فاندفع الاشكال. (١) أقول لو لم يعلم من مذهب العلامة دوران المنع عن بيع المنتجس مدار حرمة الانتفاع لم يرد على عبارته إشكال، لأن المفروض حينئذ التزامه بجواز الانتفاع بالاصباغ مع عدم جواز بيعها الا ان يرجع الاشكال الى حكم العلامة، و انه مشكل على مختار المحقق الثاني لا إلى كلامه، و ان الحكم مشكل على مذهب المتكلم فافهم.

و عليه فيتم قوله لأن الفائدة بيان لوجه الاستثناء، و لا يكون ذلك دالا على حصر جواز الانتفاع بالمنتجس، و الظاهر ان هذا هو مراد الشهيد قدس سره لاما يتوهم من ان عرضه منع الحصر لجرد التعليل فتدبر حتى لا تبادر بالإشكال.

(١) مراده قدس سره ان الانتفاع بالاصباغ، ليس بالصبغ بالفتح و هو لا يعد انتفاعا بها بل الانتفاع بها انما هو بالانتفاع بالمصبوغ بها، و لذا لو فرض عدم جواز الانتفاع بالمصبوغ بعد الصبغ كان الصبغ تضييعا للمال لا انتفاعا به.

و عليه فحيث يمكن الثوب المصبوغ، فيصدق ان الانتفاع، انما هو فيما يقبل التطهير. فهذا يوجب اندفاع الاشكال عن العلامة مضافا إلى ان المنسوب اليه انه يطهر المضاف بالاتصال بالكر او الجارى بالاصباغ على مسلكه قابله للتطهير فلا يتوجه اليه الاشكال رأسا و ان جوز بيع الاصباغ.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٣

ثم ان ما دفع به الاشكال من جعل الاصباغ قابله للطهارة انما ينتفع في خصوص الاصباغ، و أما مثل بيع الصابون المنتجس فلا يندفع الاشكال عنه بما ذكره، و قد تقدم منه سابقا جواز بيع الدهن المنتجس ليعمل صابونا بناء على انه من فوائده المحللة مع ان ما ذكره من قبول الصبغ التطهير بعد الجفاف محل نظر لأن المقصودة من قبوله الطهارة قبولها قبل الانتفاع و هو مفقود في الاصباغ لأن الانتفاع بها و هو الصبغ قبل الطهارة، و أما ما يبقى منها بعد الجفاف و هو اللون فهي نفس المنفعة لا الانتفاع مع انه لا يقبل التطهير و انما القابل هو الثوب (١) بقى الكلام في حكم نجس العين من حيث أصالة حل الانتفاع به في غير ما ثبت حرمة او أصالة العكس.

فاعلم ان ظاهر الأكثر أصالة الأكثر حرمة الانتفاع بنجس العين (٢) بل ظاهر فخر الدين في (شرح الارشاد) و الفاضل المقداد الإجماع على ذلك، حيث استدلا على عدم جواز بيع الأعيان النجسة بأنها محرمة الانتفاع، و كل ما هو كذلك لا يجوز بيعه، قالوا: اما الصغرى فإجماعية و يظهر من الحدائق في مسألة الانتفاع بالدهن المنتجس في غير الاستصباح نسبة ذلك الى الأصحاب، و يدل عليه ظواهر الكتاب و السنة (٣) مثل قوله: (حرمت عليكم الميتة و الدم) بناءً على ما ذكره الشيخ

(١) بعد ما عرفت مراد المحقق الثاني فيهما ذكره من دفع الإشكال عن العلامة، لا وجه لهذا الإيراد.

الانتفاع بالأعيان النجسة

(٢) المشهور بين الأصحاب: حرمة الانتفاع بالأعيان النجسة إلا ما خرج بالدليل و عن غير واحد دعوى الإجماع عليه.

وقد استدلل لذلك بوجوه:

(٣) منها: الآيات المتقدمة من قوله تعالى: (فاجتنبوه) «١» وقوله تعالى (و الرجز فاهجر) «٢» وقوله تعالى: (حرمت عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير) «٣».

(١) المائدة: ٣.

(٢) مدثر، ٦.

(٣) المائدة:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٤

والعلامة من إرادة جميع الانتفاعات وقوله تعالى: (إنما الخمر و الميسر و الأنصاب و الأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) الدال على وجوب اجتناب كل رجس و هو نجس العين، وقوله تعالى: (و الرجز فاهجر) بناء على ان هجره لا- يحصل الا- بالاجتناب عنه مطلقا، و تعليقه عليه السلام في رواية تحف العقول حرمة بيع وجوه النجس بحرمة الأكل و الشرب و الإمساك و جميع التقلبات فيه (١) و يدل على أيضا كلما دل من الأخبار (٢) و الإجماع على عدم جواز بيع نجس العين بناء على ان المنع من بيعه لا يكون الا مع حرمة الانتفاع به، هذا و لكن التأمّل يقضى بعدم جواز الاعتماد في مقابل أصالة الإباحة على شيء مما ذكر. (٣) اما آيات التحريم و الاجتناب و الهجر فلهيظهرها في الانتفاعات المقصودة في كل نجس بحسبه (٤) و هي مثل الميتة الأكل، و الخمر الشرب، و في المسير اللعب به، و الأنصاب و الأزلام ما يليق بحالها.

و قد مر الكلام في كيفية الاستدلال بهذه الآيات في مسألة الانتفاع بالمتنجس فراجع.

(١) و منها التعليل في رواية تحف العقول (لان ذلك كله منهي عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلب فيه فجميع تقلب في ذلك حرام) «١».

(٢) و منها ما دل من الأخبار و الإجماع على عدم جواز بيع نجس العين، بتقريب انه لو كان له منفعة محللة لكان بيعه جائزا، فمن عدم جواز البيع يستكشف حرمة الانتفاع به.

و منها الاجماع المنقولة المدعاة على حرمة الانتفاع بها كما عن فخر الدين و المقداد و غيرهما من الأعلام.

نقد الأدلة

(٣) و قد أورد المتأخرون منهم المصنف على تلك الأدلة و بنوا على جواز الانتفاع بها.

(٤) أجاب المصنف عن الآيات و تبعه الاستاد الأعظم في الأخير بظهوره في الانتفاعات المقصودة في كل نجس بحسبه، فما يناسب المذكورات في الآية إنما هو الأكل خاصة

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٥

و أما رواية تحف العقول (١) فالمراد بالإمساك و التقلب فيه ما يرجع الى الأكل و الشرب، و الافييحيىء الاتفاق على جواز إمساك نجس العين لبعض الفوائد.

و لكن: يرد عليه قدس سره ان الاجتناب عن الشيء و هجره لا يصدق بمجرد عدم أكله مع جواز سائر الانتفاعات، مثلا لو ترك أكل الدهن المأخوذ من لبن الذئب مع استعماله فى سائر حوائجه، كالاستصباح به، و التطيب بما يعمل به من الطيب، و غسل رأسه به، لا يصدق انه هجره و اجتنب عنه.

و دعوى انه يصدق ذلك مع ترك استعماله فى المنافع المقصودة من الشيء و ان استعماله فى غيرها، ألا ترى انه يصدق هجر زوجته بمجرد انه لم يضاجعها، و ان كان مستعملا إياها فى سائر حوائجه، كما يصدق فلان هجر جاريته بمجرد عدم ارجاع الخدمة إليها و ان جامعها.

مندفعة: اولاً: بعدم تسليم صدق ذلك.

و ثانياً: ان ذلك لو تم فإنما هو فيما نسب الهجر الى عناوين الأشياء كالزوجة و الخادمة لا- فيما نسب الى النجس، أى العنوان المشترك بين جميع العناوين، فان الهجر المطلق انما يصدق مع ترك استعماله فى كل منفعة معتد بها. و ثالثاً: لو ثبت ذلك فى بعض المنافع غير المتوقف على الطهارة بلحاظ كونه من المنافع المقصودة من الشيء ثبت فى الجميع لعدم الفصل.

فالصحيح فى الجواب ان يقال: اما آية تحريم الميتة فهى مخصصة فى موردها: لما دل على جواز الانتفاع بجلدها، فالتعدى عنه بلا وجه.

و أما آيتا وجوب اجتناب الرجس و هجر الرجز، فقد تقدم الكلام فىهما مفصلاً فى مبحث الانتفاع بالمتنجس، و عرفت عدم دلالتهما على ذلك فراجع.

(١) و أجاب المصنف قدس سره عن الاستدلال بخبر تحف العقول بقوله: فالمراد بالإمساك الخ. و مراده بذلك ما يكون نسبته الى العين كنسبة الأكل و الشرب الى المأكول و المشروب، و بعبارة اخرى، المنفعة المقصودة:

و فيه: ان هذا الحمل خلاف الظاهر و لا قرينة عليه سوى ما ذكره قدس سره من الاتفاق على جواز إمساك نجس العين لبعض الفوائد، و هو لا يصلح للقرينة، لأنه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٦

و ما دل من الإجماع الأخبار على حرمة بيع نجس العين قد يدعى اختصاصه بغير ما يحل الانتفاع المعتد به او يمنع استلزامه لحرمة الانتفاع (١) بناء على ان نجاسة العين مانع مستقل عن جواز البيع من غيرها الى إرجاعها الى عدم المنفعة المحللة.

يمكن الالتزام بتقييد الإمساك المحرم بغير الإمساك لفائده ثبت جوازها، مع انه لو سلم التنافى بينهما فغاية الأمر رفع اليد عن ظهور النهى فى خصوص الإمساك و حمله على الكراهة، لا حمل الإمساك و التقلب على إرادة المنافع المقصودة من كل شىء. فالصحيح فى الجواب عنه ما تقدم مرارا من ضعف سنده.

(١) محصل ما أجاب عن هذا الوجه أمران:

الأول: انه قد يدعى ان تلك الأدلة مختصة بغير ما يحل الانتفاع المعتد به.

الثاني: انه يمنع استلزام حرمة البيع لحرمة الانتفاع بناء على مانعية نجاسة العين بنفسها من غير ان ترجع الى عدم المنفعة المحللة.

و لكن الجواب الاول بعيد غايته و لا وجه له بعد اطلاق الدليل.

و أما الثاني: فقد يقال بعدم صحته أيضا، لان الملازمة بين عدم جواز البيع و حرمة الانتفاع ثابتة بقوله عليه السلام في خبر تحف

العقول: كل ما فيه وجه من وجوه الصلاح جاز بيعه،

لانعكاسه بعكس النقيض اللازم الصدق للأصل الى قولنا: كل ما لم يجز بيعه لا يجوز الانتفاع به.

وفيه: مضافا الى ضعف سنده: ان أصالة العموم أصل عقلاي عملي موردها ما لو علم الفردية و شك في الحكم لا ما علم فيه الحكم

و شك في الفردية، و تمام الكلام في محله.

و الحق ان يقال: انه ليس في النصوص ما يمكن ان يستدل به على عدم جواز بيع نجس العين بعنوانه كي يستدل به في المقام، و خبر

تحف العقول قد عرفت انه يدل على عدم جواز بيع النجس الذي لا ينتفع به، و كذلك النبوي و خبر دعائم الاسلام يدلان على ان ما

لا ينتفع به لا يجوز لا انه لا يجوز بيع النجس بعنوانه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٧

و أما توهم الإجماع فمدفوع بظهور كلمات كثير منهم في جواز الانتفاع في الجملة. (١) قال في المبسوط: أن سرجين ما لا تؤكل

لحمه، و عذرة الإنسان و خرة الكلاب لا يجوز بيعها و يجوز الانتفاع بها في الزروع و الكروم و أصول الشجر بلا خلاف (انتهى).

و قال العلامة في التذكرة يجوز اقتناء الأعيان النجسة لفائدة، و نحوها في القواعد، و قرره على ذلك في جامع المقاصد، و زاد عليه

قوله لكن هذه لا تصيرها مالا بحيث يقابل بالمال، و قال في باب الأطعمة و الأشربة من المختلف ان شعر الخنزير يجوز استعماله مطلقا

مستدلا بأن نجاسته لا يمنع الانتفاع به لما فيه من المنفعة الخالية عن ضرر عاجل و آجل.

و قال الشهيد في قواعد: النجاسة ما حرم استعماله في الصلاة و الأغذية للاستقذار و للتوصل بها الى الضرر، ثم ذكر ان قيد الأغذية

ليبان مورد الحكم، و فيه تنبيه على الأشربة كما ان الصلاة تنبيها على الطواف (انتهى) و هو كالنص في جواز الانتفاع بالنجس في غير

هذه الأمور.

و قال الشهيد الثاني في روضة عند قول المصنف في عداد ما لا يجوز بيعه من النجاسات و الدم، قال: و إن فرض له نفع حكمي

كالصنع و أبوال و أرواث ما لا- و الأرواث هو النفع المحلل و الا- لم يحسن ذكر هذا القيد في خصوص هذه الأشياء دون سائر

النجاسات و لا ذكر خصوص الصنع للدم مع أن الأكل هي المنفعة

(١) و فيه: ان ثبوت جواز الانتفاع في الجملة لا ينافي عموم ما دل على المنع لإمكان الالتزام بالتخصيص.

فالصحيح في الجواب عن الإجماعات المنقولة: ان دعوى الإجماع مع ذهاب جمع من الأساطين الى الجواز كما ترى.

مضافا الى ما حقق في محله من عدم حجية الإجماع المنقول: لا سيما مع احتمال استناد المجمعين الى وجه و دليل واصل الينا كما في

المقام.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٨

المتعارفة المنصرف إليها الإطلاق في قوله تعالى: (حرمت عليكم الميتة) و المسوق لها الكلام في قوله تعالى: (او دما مسفوحا) و ما

ذكرنا هو ظاهر المحقق الثاني حيث حكى عن الشهيد أنه حكى عن العلامة جواز الاستصباح بدهن الميتة، ثم قال: و هو بعيد لعموم

النهى عن الانتفاع بالميتة (١) فان عدوله عن التعليل بعموم المنع عن الانتفاع بالنجس الى ذكر خصوص الميتة يدل على عدم العموم

في النجس، و كيف كان فلا- يبقى بملاحظة ما ذكرنا و ثوق بنقل الاجماع المتقدم عن شرح الإرشاد و التنقيح الجابر لرواية تحف

العقول الناهية عن جميع التقلب في النجس مع احتمال ان يراد من جميع التقلب جميع أنواع التعاطي (٢) لا الاستعمالات و يراد من إمساكه،

إمساكه للوجه المحرم (٣) و لعله للإحاطة بما ذكرنا اختار بعض الأساطين في شرحه على القواعد جواز الانتفاع بالنجس كالمتنجس لكن مع تفصيل لا يرجع الى مخالفة في محل الكلام، فقال: و يجوز الانتفاع بالأعيان النجسة و المتنجسة في غير ما ورد النص بمنعه كالميتة النجسة التي لا- يجوز الانتفاع بها فيما يسمى استعمالا عرفا للأخبار و الإجماع، و كذا الاستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال و ما دل على المنع عن الانتفاع بالنجس و المتنجس مخصوص او منزل على الانتفاع الدال على عدم الاكتراث بالدين و عدم المبالاة و أما من استعمله ليغسله فغير مشمول للأدلة

الانتفاع بالميتة

(١) قد أورد المحقق الثاني في جامع المقاصد على العلامة حيث حكى عنه جواز الاستصباح بدهن الميتة- بانه دلت النصوص على ان الميتة لا ينتفع بها «١» فان مقتضى

إطلاقها عدم الانتفاع بشيء منها و لو بالانتفاعات النادرة-.

و المصنف استظهر من هذا الإيراد من جهة العدول عن التعليل بعموم المنع عن الانتفاع بالنجس الى ذكر خصوص الميتة انه يرى عدم العموم في النجس.

(٢) لفظ التقلب في الخبر المذكور في موضعين: الأول- في ضمن ما ذكره لعله للحكم بعدم جواز البيع، الثاني: في تلو الفاء و ما ذكره قدس سره يتم في الثاني لا الأول: فان عدم جواز المعاملة هو المعلل فكيف يذكر حرمة المعاملات علة له.

(٣) لا وجه لهذا التقييد بعد إطلاق اللفظ.

(١) الوسائل، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٥٩

و يبقى على حكم الأصل (انتهى).

و التقييد بما يسمى استعمالا في كلامه قدس سره لعله لإخراج مثل الإيقاد بالميتة و سد ساقية الماء بها و إطعامها لجوارح الطير (١) و مراده سلب الاستعمال المضاف الى الميتة عن هذه الأمور، لأن استعمال كل شيء إعماله في العمل المقصود منه عرفا فان إيقاد الباب و السرير لا يسمى استعمالها لهما كلن لا يشكل بأن المنهى عنه في النصوص الانتفاع بالميتة الشامل لغير الاستعمال المعهود المتعارف في الشيء، و لذا قيد هو قدس سره الانتفاع بما يسمى استعمالا.

نعم يمكن ان يقال مثل هذه الاستعمالات لا تعد انتفاعا تنزيلا لها منزلة المعدوم، و لذا يقال للشيء انه مما ينتفع به مع قابليته للأمر المذكورة فالمنهى عنه هو الانتفاع بالميتة بالمنافع المقصودة التي تعد عرفا غرضنا من تملك الميتة لو لا كونها ميتة (٢) و إن كانت قد تملك لخصوص هذه الأمور كما قد يشتري اللحم لإطعام الطيور و السباع لكنها أغراض شخصية كما قد يشتري الجلاب لإطفاء النار و الباب للإيقاد و التسخين به.

(١) ظاهره إرادة الانتفاعات التي لا تعد استعمالا و لو للمادة المشتركة، لا خصوص الاستعمال المضاف الى الميتة، و عليه فيمكن ان يكون التقييد في كلامه لإخراج مثل الاستغلال بالميتة فانه انتفاع بها و ليس باستعمال، و لكن الذي يبعد ذلك ان المنهى عنه في

النصوص الانتفاع بالميتة لا استعمالها و عليه، فيتعين ان يكون المراد ما ذكره المصنف قدس سره.

و حاصله انه ليس فى النصوص ما ينهى عن خصوص الاستعمال، حتى يقال باختصاص تلك النصوص بقريئة إضافة الاستعمال الى الميتة بالاستعمال فيما يكون المقصود منه، فالإيقاد بالميتة وسد ساقية الماء بها و إطعامها لجوارح الطير غير مشمولة لها. و بعبارة أخرى انصرف الاستعمال الى الاستعمال المعهود المتعارف من كل شىء بل المنتهى عنه ما يكون انتفاعا بها. نعم يمكن ان يقال: إن مثل هذه الاستعمالات أى غير المعهودة من كل شىء لا تعد انتفاعا تنزيلا لها منزلة المعدوم، فالمنهى عنه هو الانتفاع بالميتة، بالمنافع المقصودة التى تعد عرفا غرضا من تملك الميتة لو لا كونها ميتة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٦٠

قال العلامة فى النهاية فى بيان ان الانتفاع ببول غير المأكول فى الشرب للدواء.

منفعة جزئية لا يعتد بها، قال: إذ كل شىء من المحرمات لا تخلو عن منفعة كالخمر للتخليل و العذرة للتسميد و الميتة لأكل جوارح الطير و لم يعتبرها الشارع (انتهى).

ثم ان الانتفاع المنفى فى الميتة و إن كان مطلقا فى حيز النفى الا- ان اختصاصه بما ادعيناه من الأغراض المقصودة من الشىء دون الفوائد المترتبة عليه من دون ان تعد مقاصد ليس من جهة انصرافه الى المقاصد حتى يمنع انصراف المطلق فى حيز النفى (١).

أضعف إليه ان الانتفاع المنفى فى الميتة و إن كان مطلقا فى حيز النفى، إلا- أن اختصاصه بما ادعيناه من الأغراض المقصودة من الشىء دون الفوائد المترتبة من دون ان تعد مقاصد ليس من جهة انصرافه الى المقاصد حتى يمنع انصراف المطلق فى حيز النفى، بل من جهت التسامح و الادعاء العرفى تنزيلا للموجود منزلة المعدوم. فإنه يقال للميتة مع وجود تلك الفوائد فيها انها مما لا ينتفع به و فيه لا- ريب فى ظهور النهى عن الانتفاع بعنوان من العناوين فى ان المنهى عنه هو ما يقصد منه من المصارف لاما يقصد من المادة المشتركة، إلا ان ما يقصد من العنوان.

أيضا على قسمين:

الأول المنافع الشائعة، الثانى المنافع النادرة.

و الثانى أيضا على قسمين: الاول ما لا يعد منفعة له من جهة مزاحمته مع ما هو أهم منه كإطعام و لا يتم فى القسم إذ لا وجه له فيه، إلا الانصراف الذى لا يصلح للتقييد لكونه بدويا زائلا بأذى التفات.

(١) قد أورد عليه بعض الأعظم قدس سرهم بأن الوقوع فى حيز النفى لا يمنع الانصراف فى المنفى إذ شأن أداة النفى العموم فيما المنفى ظاهر فيه، سواء كان الظهور، بالوضع او الانصراف او القرائن.

و فيه ان ما ذكره قدس سره يتم بناء على عدم كون النكرة الواقعة فى حيز النفى ظاهرة فى العموم وضعا كما هو الحق، او على توقف دلالة أداة العموم عليه على إجراء مقدمات

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٦١

بل من جهة التسامح و الادعاء العرفى (١) تنزيلا للموجود منزلة المعدوم، فإنه يقال للميتة مع وجود تلك الفوائد فيها انما مما لا ينتفع به، و مما ذكرنا ظهر الحال فى البول و العذرة و المنى فانها مما لا ينتفع بها و ان استفيد منها بعض الفوائد كالتسميد و الإحراق كما هو سيرة بعض الجصاصين من العرب كما يدل عليه وقوع و السؤال فى بعض الروايات عن الجص يوقد عليه العذرة و عظام الموتى و يجصص به المسجد،

فقال الإمام عليه السلام ان الماء و النار قد طهراه، بل فى الرواية إشعار بالتقرير فتفتن. و أما ما ذكره من تنزيل ما دل على المنع عن

الانتفاع بالنجس على ما يؤذن بعدم الاكتراث بالدين و عدم المبالاة لا من استعماله ليغسله فهو تنزيل بعيد. (٢)

نعم يمكن ان ينزل على الانتفاع به على وجه الانتفاع بالطاهر بأن يستعمله على وجه يوجب تلويث بدنه و ثيابه و سائر آلات الانتفاع كالصبيغ بالدم و ان بنى على غسل الجميع عند الحاجة الى ما يشترط فيه الطهارة.

الحكمة في مدخولها، و إلا فلا يتم كما لا يخفى.

و لكن يرد عليه ان المطلق في المقام واقع في حيز النهى لا- النفي (و عليه) فلا فرق بين كون الحكم تحريماً او وجوباً في اختصاصه بما ينصرف اليه المتعلق.

(١) ليس مراده بذلك المسامحة في تطبيق المفهوم على المصدق، حتى يقال بأن المسامحات العرفية في المورد تضرب على الجدار، بل مراده ان الانتفاع بمثل المنافع المذكورة ليس انتفاعاً- و بعبارة اخرى- مفهوم الانتفاع بحسب المتفاهم العرفي لا يشمل حقيقة أمثال هذه الانتفاعات فلا وجه للإيراد عليه.

و لكن بما أنه وردت في الميئة روايات «١» دالة على جواز بعض الانتفاعات بها،

كالإذابة و الإسراج بها، و الاستقاء يجلدها، و غير ذلك من ما ورد فيه النص يتعين حمل ما تضمن انه لا ينتفع بالميتة على إرادة المنع عن استعمالها فيما يشترط بالطهارة دون مطلق الاستعمال.

(٢) على فرض تسليم وجود ما يدل على المنع عن الانتفاع بالنجس لا وجه لهذا

(١) الوسائل، باب ٣٤، من أبواب الأطعمة المحرمة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٦٢

و في بعض الروايات إشارة إلى ذلك.

ففي الكافي «١» بسنده عن الوشاء، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام جعلت فداك ان أهل الجبل تنقل عندهم اليات الغنم فيقطعونها، فقال: حرام هي ميتة، فقلت: جعلت فداك فيستصبح بها، فقال: اما علمت انه يصيب اليد و الثوب و هو حرام بحملها على حرمة الاستعمال (١) على وجه يوجب البدن و الثياب، و أما حمل الحرام على النجس كما في كلام بعض فلا شاهد عليه و الرواية في نجس العين فلا ينتقض بجواز الاستصحاب بالدهن المتنجس لاحتمال كون مزاوله نجس العين مبعوضه للشارع كما يشير اليه قوله تعالى (و الرجز فاهجر) ثم ان منفعة النجس المحللة للأصل او للنص (٢).

الحمل و لا شاهد له و الغريب تفرقة قدس سره بين هذا العموم و بين ما دل على المنع عن الانتفاع بالميتة، و كذلك لا وجه لما ذكره المصنف قدس سره من الحمل.

(١) قوله بحملها على حرمة الاستعمال بأن يكون ضمير قوله و هو حرام، راجعاً الى إصابة الدهن اليد او الثوب و عليه فيعارضه خبر الصيقل المتقدم الدال على الجواز ما لم يصل في الثوب فيتعين حمل هذا الخبر أيضاً عليه.

و لكن لا يبعد دعوى ظهور، رجوع الضمير الى ما يرجع اليه ضمير، انه و يصيب و هو الدهن لان ظاهر اتحاد مرجع الجميع، و عليه فيتعين حمل الحرام على ارادة النجس كما عن صاحب الحدائق قدس سره.

(٢) بعد ما عرفت من جواز الانتفاع بالأعيان النجسة يقع الكلام في أحكامها الوضعية، و ملخص القول فيها بالبحث في موارد:

(١) الكافي، ج ٦، ص ٢٥٥، حديث ٣- الوسائل، باب ٣٢ من أبواب الأطعمة المحرمة، حديث (١).*

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٦٣

قد تجعله مالا عرفا الا انه منع الشرع عن بيعه كجلد الميتة إذا قلنا بجواز الاستقاء به لغير الوضوء كما هو مذهب جماعة مع القول بعدم جواز بيعه لظاهر الاجماع المحكية و شعر الخنزير إذا جوزنا استعماله اختيارا و الكلاب الثلاثة إذا منعنا عن بيعها.

المعاملة على الأعيان النجسة

(١) في نقلها الى الغير بالبيع او معاوضة اخرى، او بالهبة.
 (٢) في ثبوت حق الاختصاص مع عدم جعل المنفعة المحللة لها المالية.
 (٣) في خصوص الصلح الناقل على حق الاختصاص.
 (٤) في الحيابة لها و انها هل تشترط في الاختصاص بها قصد الحائر للانتفاع أم لا.
 أما الأول: فإن كانت المنفعة المحللة للنجس للأصل او للنص تجعله مالا شرعا، و ذلك فيما إذا كانت المنفعة معتنى بها عند أهل العرف.

و دعوى ان المالية لا تدور مدار المنفعة، فإن الجواهر النفيسة مال و لا منفعة لها، و الماء على الشط له منفعة و ليس بمال كما عن المحقق الإيرواني.
 مندفعة بأن عدم المالية في الماء انما يكون لكثرتة و تمكن كل أحد من الوصول إليه و الانتفاع به، و لذا لو فرض قلته يكون مالا بلا كلام، و أما الجواهر النفيسة فماليتها انما تكون لكونها مما تعلق به غرض العامة بحيث يميلون إليه.
 فإن قلت: ان المالية العرفية لا تدور مدار المنفعة المحللة، و نهى الشارع لا يوجب حط الشيء عن المالية كما ذكره بعض الأعظم قدس سره.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٦٤

فمثل هذه أموال لا تجوز المعاوضة عليها و لا يبعد جواز هبتها لعدم المانع مع وجود المقتضى فتأمل (١) و قد لا تجعله مالا عرفا لعدم ثبوت المنفعة المقصودة منه له و ان ترتب عليه الفوائد كالميتة التي يجوز إطعامها لجوارح الطير و الإيقاد بها و العذرة للتسميد فإن الظاهر انها لا تعد أموالا عرفا كما اعترف به جامع المقاصد في شرح قول العلامة و يجوز اقتناء الأعيان النجسة لفائدة و الظاهر ثبوت

قلت: نهى الشارع عن المنفعة انما يكون في حكم تنزيل وجودها منزلة العدم، فهي في عرف المشرعة تنحط عن المالية.

(١) أما البيع فقد مر الكلام فيه، و أما ما أفاده في غير البيع فيرد عليه: ان مدرك عدم جواز المعاوضة إن كان خبر تحف العقول فيرد عليه. مضافا الى ضعف سنده: انه من جهة تعليل عدم الجواز فيه بعدم جواز الانتفاع و عدم الوجود المنفعة المحللة، لا يشمل المقام لفرض وجود المنفعة المحللة.

و إن شئت قلت: انه يدل على ان المانع عدم وجود المنفعة المحللة لا النجاسة، مع انه لو ثبت دلالة هذه الجملة منه المتضمنة لهذا الكلام على المنع عن المعاوضة على النجس بقول مطلق، يقع التعارض بينها و بين الجملة المتضمنة لجواز المعاوضة على كل ما فيه جهة من الصلاح في أمثال المقام، فتساقطان كما تقدم في بيع الدم، فيرجع الى عموم أدلة تلك المعاملات، و إن كان المدرك هي النصوص الخاصة فهي انما وردت في موارد خاصة لا يستفاد منها هذه الكبرى الكلية.

و بذلك ظهر أنه لا مانع من هبتها مع وجود المقتضى، أما المقتضى فهو عموم أدلة الهبة، و أما عدم المانع فلعدم شمول خبر تحف العقول كما تقدم، و عدم شمول النصوص الخاصة لاختصاصها بالمعاملات التي لها إثم، و لا تشمل مثل الهبة، فتأمل الشيخ يكون بلا وجه.

و دعوى أن أن الأمر بالتأمل انما يكون لعدم مالية الكلاب الثلاثة المستفاد من ما ورد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٦٥

حق الاختصاص في هذه الأمور الناشئ (١) إما عن الحيابة و أما عن كون أصلها مالا- للمالك كما لو مات حيوان له او فسد لحم اشتراه للأكل على وجه خرج عن المالية.

من ثبوت الديه في قتلها دون القيمة.

مندفعة بما عرفت من انه أعم من عدم المالية، و لذا ثبتت الديه في كلب الصيد مع انه مال بلا كلام.

منشأ ثبوت حق الإخلاق

(١) هذا هو المورد الثاني من الموارد و ملخص القول فيه:

أنه لا ينبغي التأمل في ان حق الاختصاص ثابت للمجيز لما لا يملكه، و للمالكين في أموالهم الساقطة عن المالية للعوارض.

انما الكلام في منشأ ذلك، و الظاهر ان منشأ كون ذلك مما عليه بناء العرف و العقلاء،

و لم يرد من الشارع الأقدس نهى عن ذلك، بل لا يعد دعوى سيرة المتشرعة عليه سيرة مستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام.

و يشهد له في صورة الحيابة: النبوى من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق

به «١» لكنه ضعيف السند و لم يحرز استناد الاصحاب اليه.

و ما ذكره الاستاذ الأعظم من ان مورده الموارد المشتركة بين المسلمين كأوقاف العامة و يدل على ان احدا من الموقوف عليهم إذا

سبق اليها و اشغلتها بالجهة التي انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته فهو غير مربوط بما هو محل الكلام.

غير سديد لعدم قرينه موجبة لتقييده بتلك الموارد و حملها عليها، فتدبر.

و استدلل له في هذه الصورة أيضا: بالمرسلة المعروفة: من حاز ملك.

و فيه: مضافا الى عدم وجدانها في كتب الحديث، انها على فرض وجودها مرسلة غير منجبرة بعمل الأصحاب لما تقدم، مع انه انما

تدل هي على ثبوت الملكية للمجيز و لا تدل على ثبوت حق الاختصاص في غير ما بملك.

(١) المستدرک، باب ١، من كتاب إحياء الموات، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٦٦

و الظاهر جواز المصالحة على هذا الحق بلا عوض بناء على صحة هذا الصلح (١) بل مع العوض بناء على انه لا يعد ثمنا لنفس العين

حتى يكون سحتا بمقتضى الأخبار.

قال في التذكرة و يصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلم و الزيت النجس لإشعاله تحت السماء و الزيل

للانتفاع بإشعاله و التسميد به، و جلد الميتة إن سوغنا الانتفاع به و الخمر المحترمة لثبوت الاختصاص فيها، و انتقالها من يد الى يد

بالإرث و غيره (انتهى).

و الظاهر ان مراده بغير الإرث، الصلح الناقل.

و أما اليد الحادثة بعد إعراض اليد الأولى فليس انتقالا، لكن الإنصاف ان الحكم مشكل (٢).

و استدلل له في صورة الثانية: بالاستصحاب و تقريره انما يكون بوجهين:

الأول: ما ذكره المحقق الإيرواني من استصحاب بقاء العلقه، فإن المورد مما يجري فيه هذا الاستصحاب لمكان ان المشكوك فيه يعد من مراتب المتيقن السابق لا شيئاً خارجاً عنه.

و فيه: ان الملكية من الأمور الاعتبارية، و هي من سنخ الوجود، و تكون بسيطة لا مراتب لها، فلا يعقل زوال مرتبة منها و بقاء مرتبة اخرى.

و الحق و ان كان مرتبة ضعيفة من الملك إلا ان له اعتباراً غير اعتبار الملكية.

الثاني: استصحاب بقاء الحكم الثابت للمال حين كونه ملكاً و هو عدم جواز تصرف غيره فيه الا بإذنه، إذ بعد زوال الملكية يشك في بقاءه من جهة احتمال ثبوت الحق فيستصحب.

و فيه: ما حققناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام، لكونه محكوماً لاستصحاب عدم الجعل، مضافاً الى تبدل الموضوع، فإن موضوعه هو مال الغير الساقط عن المالية على الفرض، و ليس الموضوع ذات ما هو مال، و تكون المالية واسطة في الثبوت و من الجهات التعليلية، بل هي تمام الموضوع و من الجهات التقييدية، و تمام الكلام في ذلك موكول الى محل آخر.

(١) هذا هو المورد الثالث من موارد البحث و هو الصلح على حق الاختصاص.

(٢) و استشكل الشيخ فيه، و غاية ما قيل في وجه الإشكال انما هو امران:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٦٧

نعم لو بذل مالا على ان يرفع يده عنها ليحوزها الباذل كان حسناً كما يبذل الرجل المال على ان يرفع اليد عما في تصرفه من الأمكنة المشتركة كمكانه من المسجد و المدرسة و السوق، و ذكر بعض الأساطين بعد إثبات حق الاختصاص إن دفع شيء من المال لافتكاكه يشك في دخوله تحت الاكتساب المحظور فيبقى على أصالة الجواز انه يشترط في الاختصاص بالحيازة قصد الحائز للانتفاع (١) و لذا ذكروا انه لو علم كون حيازة الشخص للماء و الكلاء لمجرد العث لم يحصل له حق و حينئذ فيشكل الأمر فيما تعارف في بعض البلاد من جمع العذرات حتى إذا صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها في البساتين و الزرع بذل له مال فأخذت منه، فان الظاهر بل

الأول: شمول التقلب المذكور في خبر تحف العقول به، بل هو صادق على المصالحة بلا عوض و بذل المال ليرفع يده عنه.

و دعوى ان التقلب عبارة عن التصرف في الشيء مع محفوظية ذلك الشيء، و بهذا الاعتبار يطلق على البيع، فان مالية الشيء باقية برد بدله، فلا يصدق على المصالحة بلا عوض، ممنوعاً أ لا ترى انه يصدق التقلب على عتق العبد.

فتحصل: انه بناء على صحة الاستدلال بخبر تحف العقول ما ذكره الشيخ قدس سره في وجه صحة المعاملة لا يجدي، إلا انه عرفت غير مرة انه ضعيف السند لا يعتمد عليه.

الثاني: ما ورد في الموارد الخاصة من جعل الثمن سحتاً، فإن الثمن لا يختص بما يقع عوضاً في البيع، و لا بما يقع في مقابل نفس العين المملوكة، بل يصدق على كل ما يبذل للتسلط على العين، و عليه فالمصالحة بعوض غير جائزة.

و ما تحراه الشيخ قدس سره في التوصل الى المعاملة تام.

و لكن هذا لو تم فإنما يختص بالنجس الذي ورد النهي عن بيعه خاصاً مع كونه بهذا المضمون، أي بجعل ثمنه سحتاً، و لا يعم جميع النجاسات، مع انه لا يتم فيه أيضاً لما مر من اختصاص الثمن بحسب المتفاهم العرفي، بما جعل عوضاً في البيع.

(١) و فيه: ان ما ذكره قدس سره لو تم في الأمكنة المشتركة لا يتم في المباحات الأصلية كالاصطياد و نحوه، و الشاهد عليه السيرة المستمرة و بناء العرف و العقلاء، فانهم يعاملون مع الحيز لشيء معاملة المالك له و من له حق ثابت عليه حتى مع العلم بأن مقصوده التكبس لا الانتفاع و يؤيده إطلاق النبوي المتقدم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٦٨

المقطوع انه لم يحزها للانتفاع بها و انما حازها لأخذ المال و من المعلوم ان حل المال فرع ثبوت الاختصاص المتوقف على قصد الانتفاع المعلوم انتفائه فى المقام و كذا لو سبق الى مكان من الأمكنة المذكورة من غير قصد الانتفاع منها بالسكنى، نعم لو جمعها فى مكانه المملوك فبذل له المال على ان يتصرف فى ذلك المكان بالدخول لأخذها كان حسنا كما انه لو قلنا بكفاية مجرد قصد الحيازة فى الاختصاص و ان لم يقصد الانتفاع بعينه و قلنا: بجواز المعاوضة على حق الاختصاص كان أسهل.

النوع الثانى مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به
و هو على أقسام:

[القسم] الأول: ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص الا الحرام

إشارة

و هى أمور:

منها هياكل العبادة المبتدعة كالصليب و الصنم (١) بلا خلاف ظاهر بل

نعم لا يبعد دعوى اعتبار عدم أخذ الشيء عبثا و لا لغايه، كما انه يمكن ان يؤيد ذلك بل يستدل له بالنصوص الكثيرة الواردة فى إحياء الموات من الأراضى.

حرمة بيع هياكل العبادة المبتدعة

(١) المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة حرمة بيعها، بل عليها إجماع فقهاء الإسلام على ما نسب اليهم.

و تحقيق القول فى المقام انه تارة: تكون منفعة الهياكل المزبورة منحصرة فى العبادة المحرمة، بأن لم يترتب على هياتها منفعة اخرى من التزيين و غيره، و كانت موادها خارجة عن حريم المالىة، كالهيكال المصنوع من الخزف.
و أخرى: تكون لها منفعة اخرى، و هى على قسمين:

الاول: ما تكون المنفعة الاخرى مترتبة على الهياة أيضا كالتزيين، و لعل من هذا القبيل آلات الصنائع كالمكائن المتصفة بصورة الوثنية.

الثانى: ما تكون المنفعة مترتبة على المادة، كما اذا كانت مادة تلك الهياكل من الذهب و الفضة، و ثالثه: تكون المنفعة المحرمة المفروضية معدومة، كما إذا فرض عدم وجود العابد لها، فإن ذلك يوجب انعدام تلك المنفعة المحرمة، و انحصار المنفعة لو كانت فى المحللة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٦٩

الظاهر الإجماع عليه و يدل عليه مواضع من رواية تحف العقول المتقدمة (١) فى قوله عليه السلام و كل امر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه، و قوله: او شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد و قوله عليه السلام و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله و قوله عليه السلام انما حرم الله الصناعة التى هى حرام كلها مما يجى منه الفساد محضا نظير المزامير و البرابط و كل ملهوبه و الصلبان و الأصنام

الى ان قال: فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات. الخ.

لا اشكال و لا كلام فى فساد بيع القسم الأول، إذ مع فرض عدم وجود المنفعة المحللة لا تكون مالا شرعا فلا يصح البيع لذلك، مع ان المبيع متمحض فى جهة الفساد، و البيع واقع فى سبيل الإضلال، فلا ينبغى التوقف فى الحرمة وضعاً و تكليفاً. و أما القسم الثانى: فمقتضى القاعدة هى صحة بيعه إذا كانت المنفعة المحللة شائعة، او كانت نادرة غير مقومة للمالية، و لكن من حيث المزاحمة مع المحرمة لكونها أتم و فساده إذا كانت نادرة غير موجهة للمالية فى نفسها لخستها لما حققناه فى مبحث بيع الدهن المتنفس، فراجع.

انما الكلام فى المقام فيما تقتضيه الأدلة الخاصة.

و قد استدلل لعدم الجواز بوجود:

(١) هذا أحد الأدلة و هى جملات من رواية تحف العقول «١».

و فيه ما تقدم فى اول الكتاب من أنها ضعيفة السند لا تصلح للاعتماد عليها فى الأحكام الشرعية، و بذلك ظهر عدم صحة الاستدلال بقوله عليه السلام فى خبر دعائم الإسلام،

نهى عن بيع الأصنام «٢».

الثانى: جملة من الآيات الشريفة، كقوله تعالى (فاجتنبوا الرجس من الأوثان) «٣».

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) المستدرک، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٣) سورة الحج، آية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٧٠

هذا كله مضافا الى أكل المال فى مقابل هذه الأشياء أكل له بالباطل، و إلى قوله عليه السلام ان الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه (١) بناء على ان تحريم هذه الأمور تحريم لمنافعها الغالبة بل الدائمة، فإن الصليب من حيث انه حشبه بهذه الهيئة لا ينتفع به الا فى الحرام، و ليس بهذه الهيئة مما ينتفع به فى المحلل و المحرم، و لو فرض ذلك كان منفعة

و قوله تعالى) و الرجز فاهجر) «١».

و قوله تعالى) إنما الخمر و الميسر و الأنصاب و الأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) «٢».

و تقريب الاستدلال بها من وجهين:

الاول: ان الاجتناب المطلق شامل للبيع.

الثانى: انها يدل على حرمة الانتفاعات حتى غير العبادة كالتزيين و غيره،

فتكون مما لا منفعة محللة له فلا يحوز البيع لذلك.

و فيه: ان المستفاد من هذه الآيات لزوم اجتناب الأوثان و الرجس و هجرها بعدم الانتفاع بها بما يكون انتفاعا بها بما هى أوثان، كما هنو الظاهر من إضافة المنفعة الى العنوان،

و على ذلك فلا تشمل الآيات الانتفاع بها بما لا يكون انتفاعا بالوثن بما هو كذلك المفروض وجوده فى المقام، فإذا تلك المنفعة

فعدم شمولها للبيع بطريق أولى.

(١) هذا هو الوجه الثالث و هو النبوى المشهور: ان الله إذا حرم قوم شيئا حرم عليهم ثمنه «٣». وفيه: مضافا الى ضعف سنده كما تقدم، قد عرفت اختصاصه بما ليس له منفعة محللة فلا يشمل هذا القسم. الرابع: الإجماع و هو كما ترى.

(١) سورة المدثر، آية ٦.

(٢) سورة المائدة، آية ٩١.

(٣) عوالى اللالكى، ح ٢، ص ١١٠، حديث ٣٠١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٧١

نادرة لا يقدح فى تحريم العين بقول مطلق الذى هو المناط فى تحريم الثمن (١) نعم لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل العبادة و آله اخرى لعمل محلل بحيث لا تعدد منفعة نادرة فالأقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعة المحللة كما اعترف به فى المسالك. فما ذكره بعض الاساطين من ان ظاهر الاجماع و الاخبار انه لا فرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها، فلعله محمول على الجهة المحللة التى لا- دخل للهيئة فيها او النادرة التى مما للهيئة دخل فيه، نعم ذكر أيضا، وفاقا لظاهر غيره بل الاكثر انه لا فرق بين قصد المادة و الهيئة.

الخامس: النصوص «١» الدالة على المنع عن بيع الخشب ممن يجعله صليبا أو صنما،

الآتية فى مسألة بيع العنب ممن يجعله خمرا، فإنه إذا حرم بيع الخشب لمن يجعله كذلك، فيبيع الصليب و الصنم أولى بالتحريم، و هذا هو الوجه القوى.

و تويده النصوص المتضمنة اتلافه صلى الله عليه و آله أصنام مكة، إذ لو جاز بيعها لما جاز إتلافها- و ما قيل من انه يجب الاتلاف حسما لمادة الفساد.

(١) إذا كانت المادة مما له منفعة محللة صح البيع بالنسبة إليها و ان كانت بما لها من الهيئة لا ينتفع بها الا فى الحرام كما ستعرف.

و أما القسم الثالث: فالكلام فيه يقع فى موضعين:

الاول: فى بيع مجموع المادة و الهيئة، و منه يظهر حكم بيع الهيئة مجردة.

الثانى: فى بيع المادة وحدها.

اما الموضوع الاول ففيه وجوه:

الاول صحة البيع الواقع على المادة بهيئتها، اختاره بعض الاعاظم من المحشين.

الثانى: فساده، اختاره المصنف قدس سره.

الثالث: التبعض فى لفساد كما فى بيع الشاة و الخنزير و لعله الاقوى.

و قد استدلل للاول: بأنه إذا فرض وجود منفعة محللة و لو كانت مترتبة على المادة.

(١) الوسائل، باب ٤١، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٧٢

يصدق ان المبيع فيه جهة من وجوه الصلاح، فإن ما فى الخارج واحد بسيط فيصح البيع، و
بعبارة اخرى: بعد فرض كون ما فى الخارج واحدا يدخل المورد فى الكبرى الكلية المتقدمة و هى جواز بيع ذى المنفعتين الشائعتين
الحلال و الحرام.

وفيه: انه لا ريب فى ان الهيئة مما يبذل بإزائه المال، لا انها توجب مالىة المادة، و هى بنفسها ذات مالىة.
و إن شئت قلت: ان الهيئة المتمولة كالصفة المتمولة، مثل كون الجارية مغنية تكون من عناوين المبيع، و يقع الثمن بإزائها، بل عرفت
انه ربما يكون النظر الى الهيئة، و المادة منظورة تبعا.
و استدل للثانى، بأن بذل المال بإزاء هذا المتشكل بالشكل الخاص من حيث كونه مالا عرفا بذل للمال على الباطل، و بعبارة اخرى:
انها بهذه الهيئة لا ينتفع بها إلا فى الحرام.
وفيه: انه إذا كان للمادة منفعة أيضا، و كان مقدار من الثمن واقعا بإزائها، لا وجه للحكم بفساد البيع الواقع على المجموع من المادة و
الهيئة، بل لا بد من الحكم بفساده فى بيع الهيئة خاصة.
فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد هو القول الثالث.

و دعوى ان الهيئة الوثنية فى الصليب و الصنم كالصورة النوعية للمادة فى نظر العرف فلا تكونان فى الخارج الا شيئا واحدا، فلا موضع
للانحلال و التقسيط كما عن الاستاذ مندفعه بان ذلك يتم فيما اذا كانت الهيئة منظورا اليها، و كانت المادة منظورا اليها تبعا، و كانت
المالية لخصوص الهيئة، و لا يتم فيما كانت كل واحدة منهما منظورا اليها، و كانت المالية لهما كما هو المفروض.
و أما الأدلة الخاصة فالنصوص الواردة فى بيع الخشب غايه ما يستفاد منها بالأولوية حرمة بيع الهيئة و فساده، و أما بيع المادة إذا كانت
لها منفعة و مالية فلا تدل هى على عدم جوازه كما هو واضح، و أما سائر الأدلة فقد عرفت عدم دلالتها على عدم الجواز.
منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ١، ص: ١٧٣

أقول: إن أراد بقصد المادة كونها هى الباعثة (١) على بذل المال بإزاء ذلك الشىء و إن كان عنوان المبيع المبذول بإزائه الثمن هو
ذلك الشىء، فما استظهره من الإجماع و الأخبار حسن لأن بذل المال بإزاء هذا الجسم المتشكل

(١) هذا هو الموضوع الثانى: و محصل القول فيه: ان الصور المنصورة فى بيع المادة خاصة ست.

الأولى: يبيع المادة بشرط ان يغير المشتري هيئتها، و كان المشتري ممن يوثق بديانته.

الثانية: ان يبيع المادة مع الشرط المذكور ممن لا يوثق بديانته.

الثالثة: ان يبيع المادة ممن يوثق بديانته بلا شرط التغيير.

الرابعة: يبيع المادة ممن لا يوثق بديانته بلا الشرط المذكور.

الخامسة: يبيع المادة المتصفة بتغيير هيئتها بنحو الشرط المتقدم بنحو يتوقف دخولها فى ملك المشتري على تحقق العنوان له فعلا.

السادسة: يبيع المادة المتصفة بأنها التغيير فى ما بعد.

أما فى الصورة الأولى: فلا اشكال و لا كلام فى صحة البيع لعدم شمول أدلة المنع و ما توهم دلالتها فى الصور الآتية عليه له.

و أما فى الصور الثانية: فقد استدل لفساد البيع، بكونه إعانة على الإثم فيكون حراما و فاسدا.

وفيه: اولاً: ان الإعانة على الإثم لو سلم كونها محرمة لا- توجب فساد البيع لما حقق فى محله من عدم المنافاة و بين المبعوضيه و
الصحة فى باب المعاملات.

و ثانياً: ان الإقباض إعانة على الإثم لا البيع، فالأظهر هى الصحة فيها.

و أما فى الصورة الثالثة: فقد استدل لفساد البيع، تارة بأن المال هى المادة بشرط عدم الهيئة، و أخرى بأن عموم العلة المستفاد من قوله عليه السلام: لا يباع شىء فيه غش «١» يقتضى الفساد لكونه واجب الكسر.

(١) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، حدى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٧٤

بالشكل الخاص من حيث كونه مالا عرفا بذل للمال على الباطل (١) و إن اراد بقصد المادة كون المبيع هى المادة سواء تعلق البيع بها بالخصوص كأن يقول:

بعتك خشب هذا الصنم أو فى ضمن مجموع مركب، كما لو وزن لو وزنه حطب، فقال:

بعتك فظهر فيه صنم او صليب، فالحكم ببطلان البيع فى الأول و فى مقدار الصنم فى الثانى مشكل لمنع شمول الأدلة لمثل هذا الفرد لأن المتقين من الأدلة المتقدمة حرمة المعاوضة على هذه الأمور نظير المعاونة على غيره من الأموال العرفية و هو ملاحظة مطلق ما يتقوم به مالية الشىء من المادة و الهيئة و الأوصاف.

و فيهما نظر:

أما الأول: فلأن المادة اذا كانت لها منفعة محللة و لو بعد التصرف فيها تكون مالا قبله، و لذا لا خلاف فى ان من أ تلف هذه الأمور، ضمن موادها، كما لا ريب فى ان اللحم مال مع انه لا ينتفع به الا بعد الطبخ.

و أما الثانى: فلأن الغش انما يكون إذا خفى العيب، مع انه فى صورة خفاء العيب أيضا يصح البيع، غاية الأمر يثبت الخيار، فالأظهر فيها أيضا الصحة.

و بما ذكرناه فى هاتين الصورتين ظهر حكم الصورة الرابعة.

و ما يمكن ان يستدل به للفساد فيها.

و أما الصورة الخامسة، فالأظهر فيها الفساد، فإنه إن كان المبيع هو عنوان المغير يكون ذلك من قبيل بيع المعدوم، و إن كان هو المادة الموجودة بعد عروض صفة التغير يكون من قبيل تعليق بيع الموجود بتحقيق صفة فى المستقبل.

و أما الصورة السادسة: فالأظهر فيها الصحة ان كانا عالمين بالتغير، لأن المبيع هى المادة المتصفة بوصف متحقق بالفعل، و الا فهو فاسد لكون المبيع مجهولا.

(١) قد مر ان هذا البرهان لفساد البيع الواقع على المجموع بتمامه، لا يدل عليه، و انما يدل على فساد البيع الواقع على الهيئة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٧٥

و الحاصل ان الملحوظ فى البيع قد يكون مادة الشىء من غير مدخلىة الشكل أ لا ترى انه لو باعه وزنه نحاس فظهر فيها آنية مكسورة، لم يكن لها) له (خيار العيب لأن المبيع هى المادة و دعوى ان المال هى المادة بشرط عدم الهيئة مدفوعه، بما صرح به من انه لو اتلف الغاصب لهذه الأمور ضمن موادها و حمله على الإلتلاف تدريجا تمحل (١) و فى محكى) التذكرة (انه إذا كان لمسكور قيمة و باعها صحيحة ليكسر و كان المشتري ممن يوثق بديانته، فانه يجوز بيعها على الأقوى) انتهى، (٢) و اختار ذلك صاحب الكفاية و صاحب الحدائق و صاحب الرياض نافيا عنه الريب.

و لعل التقييد فى كلام العلامة بكون المشتري ممن يوثق بديانته لثلا يدخل فى باب المساعدة على المحرم فإن دفع ما يقصد منه المعصية غالبا مع عدم وثوق المدفوع اليه تقوية لوجه من وجوه المعاصى فيكون باطلا كما فى رواية تحف العقول.

نعم ما ذكره قدس سره من عدم الفرق في الفساد بين كون الداعي الانتفاع بالمادة خاصة و بها و بالهيئة، تام فإن بيع الهيئة باطل و ان قصد عدم الانتفاع بها كما هو الشأن في كل ما لا يجوز بيعه.

و ما نسبه المصنف الى الأكثر و استحسنة، انما هو فساد هذا البيع، لا فساد في صورة بيع المادة مع كونها بتلك الهيئة الخاصة، و كان غرضه التمتع بالمادة بلا اعتبار الهيئة في المبيع على وجه لا يكون لها دخل في الغرض.

فإيراد بعض مشايخنا المحققين قدس سره بأنه لا وجه للفساد في الفرض.

في غير محله، لا بتناؤه على ان يكون مراده البيع على الوجه الثاني.

(١) مع انه يستلزم عدم ضمان مقدار من المادة التالف حين اتلاف الهيئة.

و هو كما ترى.

(٢) الظاهر من نقل كلام العلامة قدس سره تقويته ما اختاره من صحة بيع المادة بلا شرط،

و ذلك يتوقف على ان يكون قوله ليكسر غاية للبيع و يكون القصد الى كسر الهيئة راجعا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٧٦

لكن منه مضافا الى التأمل في بطلان البيع المجرد الإعانة على الإثم (١) انه يمكن الاستغناء عن هذا التقيد بكسره قبل ان يقبضه اياه فإن الهيئة غير محترمة في هذا الأمور كما صرحوا به في باب الغصب بل قد يقال بوجوب إتلافها فوراً، و لا يبعد ان يثبت لوجوب مادة الفساد.

و في جامع المقاصد بعد حكمه بالمنع عن بيع هذه الأشياء و إن أمكن الانتفاع على حالها في غير المحرم منفعه لا تقصد منها، قال: و لا أثر لكون رضاها الباقي بعد كسرها مما ينتفع به في المحلل (٢) و يعد مالا لأن بذل المال في مقابلها و هي على هيئتها بذل له في المحرم الذي لا يعد مالا عند الشارع، نعم لو باع رضاها الباقي بعد كسرها قبل ان كسرها و كان المشتري موثوقا به، و انه يكسرها أمكن القول بصحة البيع و مثله باقى الأمور المحرمة كأواني النقدين و الصنم، انتهى (.)

الى عدم ملاحظتها في المبيع، بل يبيعها مع كون داعيه كسر الهيئة لينتفع بالمادة خاصة.

و لكن الظاهر منه إرادة اشتراط فعل الكسر من المشتري فلاحظ و تدبر.

(١) مر انه يرد عليه مضافا الى ذلك، عدم صدق الإعانة، إذا قصد بيع المادة خاصة و لم يكن قاصدا للانتفاع بالهيئة في الحرام، و ان البيع لا يكون إعانة أى تقدير،

فراجع.

(٢) ظاهر كلام المحقق الثاني من جهة جعله الرضا، الظاهر في المكور الفعلى لا سيما مع توصيفه بالباقي، إرادة بيع المادة بكونها مكسورة و قد عرفت ان الأظهر هو فساد البيع في هذه الصورة و هي الخامسة المتقدمة.

و أما القسم الرابع فلا أظن أن يفتى أحد بعدم جواز بيعه لخروجه بذلك عن كونه مما له منفعه محرمة و بديهي عدم شمول أخبار الخشب لمن يعمله صليبا أو صنما له فالأظهر جوازه وضعاً و تكليفاً.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٧٧

و منها آلات القمار (١) بأنواعه بلا خلاف ظاهراً (٢) و يدل عليه جميع ما تقدم في هياكل العبادة و يقوى هنا أيضاً جواز بيع المادة قبل تغيير الهيئة، و هي المسالك انه لو كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة ليكسر، و كان المشتري ممن يوثق بديانته ففي جواز بيعها وجهان:

بيع آلات القمار

(١) كالشطرنج، و النرد، و الاربعه عشر و نحوها مما اعد للقمار.

(٢) الظاهر ان حرمة بيعها مما لا خلاف فيه، و عن المستند: دعوى الإجماع عليه و المراد بها ما أعد للمقامرة كالنرد لأكل ما قومه به و لو في بعض الأحيان كالجوز.

و قد استدل للحرمة: بالوجوه المتقدمه في بيع هياكل العباده التي عرفت عدم دلالة شىء منها على ذلك، و انما التزمنا بعدم الجواز فيها لنصوص بيع الخشب لمن يجعله صليبا،

غير الشامله لآلات القمار لا سيما بناء على ما ستعرف في ذلك المبحث من اختصاصها بخصوص موردها.

و بخبر أبي الجارود عن الإمام الباقر عليه السلام الوارد في تفسير قوله تعالى: (إنما الخمر و الميسر (و أما الميسر فالنرد، و الشطرنج و كل قمار ميسر- الى ان قال- كل هذا بيعه و شرائه و الانتفاع بشىء من هذا حرام من الله محرم) الحديث) «١».

و فيه: انه ضعيف لأبي الجارود.

فالأولى ان يستدل للحرمة و ضعفا و تكليفا بما ورد في الموارد الخاصه.

كصحيح البنظي عن أبي بصير عن الإمام الصادق عليه السلام بيع الشطرنج حرام و أكل ثمنه سحت. (الحديث «٢».

و خبر المناهى الوارد في بيع النرد «٣».

فإنه بضميمه عدم القول بالفصل بين آلات القمار يثبت الحكم في الجميع.

(١) الوسائل، باب ١٠٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

(٢) الوسائل، باب ١٠٣، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٧٨

قوى في التذكرة (١) الجواز مع زوال الصفه و هو حسن الأكثر أطلقوا المنع) انتهى .

أقول: إن أراد بزوال الصفه زوال الهيئه فلا ينبغي الإشكال في الجواز و لا ينبغي جعله محلا للخلاف بين العلامه و الأكثر، ثم ان المراد بالقمار مطلق المراهنة بعوض (٢) فكل ما اعد لها بحيث لا يقصد منه على ما فيه من الخصوصيات غيرها حرمت المعاوضه عليه، و أما المراهنة بغير عوض فيجىء انه ليس بقمار على الظاهر،

نعم لو قلنا: بحرمتها لحق الآله القمار مثل ما يعملونه شبه الكره يسمى عندنا كذا الترتبه (و النوبه) (و الصولجان).

(١) و قد قيل في بيان مراد العلامه الذي استحسنته الشهيد قدس سره وجوه:

الأول: ان يكون المراد زوال صفه المقامره بأن ترك أهلها القمار بها.

الثاني: ان المراد زوال الهيئه.

الثالث: ان المراد الجواز مع اشتراط زوال الصفه.

الرابع: ان المراد جواز البيع إذا كانت الماده من الأموال، بأن يرجع قوله مع زوال الى ما ذكر قبل الحكم بالجواز و هو عدها مالا.

(٢) القول في القمار موضوعا يقع في موردتين:

الاول في أصل المعنى الموضوع له.

الثاني: في حدود وقيوده.

أما المورد الأول فالمعاني المحتملة له اربعة، نفس الآلات- و المال المجعول في المعاملة- و اللعب بها- و المعاملة الواقعة على اللعب بها-.

أما المعنيان الاولان: فالظاهر انهما أجنيان عن معنى القمار إذ مضافا الى تصريح اللغويين بأنه اللعب بالآلات مع الرهن او بدونه، او المراهنة على اختلاف تعابيرهم، انه مصدر من المفاعلة و المناسب للمعنى المصدرى أحد المعنيين الأخيرين كما لا يخفى. نعم في خبر «١» أبي الجارود أطلق القمار على نفس الآلات.

لكنه مضافا الى ضعف سنده و معارضته مع النصوص الأخر المتضمنة ان كل ما قومر به فهو الميسر الظاهرة في ان القمار هو فعل المكلف، الاستعمال أعم من الحقيقة.

(١) الوسائل، باب ١٠٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٧٩

...

و الأظهر بحسب المتفاهم العرفي هو المعنى الثالث. و قد صرح به جمع من أئمة اللغة.

و أما المورد الثاني، فالظاهر: ان القمار لا- يصدق على اللعب بدون الرهان، كما يظهر لمن راجع الاستعمالات العرفية و كلمات اللغويين ففي مجمع البحرين أصل القمار الرهن على اللعب بشيء و في القاموس تقرر رهنه فغلبه و نحوه ما عن لسان العرب و في المنجد القمار على لعب يشترط فيه ان يأخذ الغالب من المغلوب شيئا كان بالورق او غيره.

و لا ينافيه ما عن ظاهر الصحاح و المصباح و التكملة و الذيل انه قد يطلق على اللعب بها مطلقا مع الرهن و دونه، فانه لو يدل على انه موضوع للعب بها مع الرهن و ان إطلاقه على اللعب بدونه نادر و مجاز، لا يدل على انه بنحو الحقيقة.

و لو تنزلنا عن ذلك فلا أقل من الشك في صدقه بدونه فيتعين الأخذ بالقدر المتيقن.

و لا يعتبر في صدقه أن يكون اللعب بالآلات المعدة للقمار بحيث لا منفعة لها غير القمار و لا بالآلات المعروفة الشاملة لها و غيرها كالأخاتم و الجواز و البيض التي تعارف اللعب بها و لها منافع شائعة اخر.

لما ترى من صدق القمار على اللعب بكل شيء مع الرهن من دون عناية و علاقة كما يظهر لمن راجع مرادف هذا اللفظ في سائر اللغات.

و لتصريح أكثر اللغويين بذلك.

و لما في جملة من النصوص من التصريح بالتعميم.

ففي صحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام النرد و الشطرنج و الاربعة عشر بمنزلة واحدة و كل ما قومر عليه فهو ميسر «١». و في خبر جابر عن الإمام الباقر عليه السلام قيل يا رسول الله صلى الله عليه و آله ما الميسر؟ قال كلما تقومر به حتى الكعاب و الجوز «٢» و نحوهما غيرهما.

فالمتحصل مما ذكرناه ان القمار هو اللعب بأى شيء كان بشرط الرهن.

(١) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب ما يكتسب به، حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٠

و منها آلات اللهو على اختلاف اصنافها (١) بلا خلاف لجميع ما تقدم فى المسألة السابقة و الكلام فى بيع المادة كما تقدم و حيث ان المراد بآلات اللهو ما اعد له توقف على تعيين معنى اللهو و حرمة اللهو الا ان المتقين منه ما كان

بيع آلات اللهو

(١) و قد طفحت كلمات القوم بحرمة التكسب) بالآلات المحرمة كالعود و المزمرة و الأصنام و الصلبان (و عن المستند: دعوى الإجماع عليه. و المتقين من معقده الآلات المعدة للملاهى كالمزامير و المعازف و الأوتار و ما شابهها، التى تنحصر فائدتها بالانتفاع بها فى الملاهى الذى لا إشكال و لا كلام نصا و فتوى فى حرمة. و عدم جواز البيع فى هذا المورد انما يكون على وفق القاعدة كما عرفت فى مسألة بيع هياكل العبادة المبتدعة.

كما ان حرمة التكليفية لا-شبهه فيها لوقوع فى معرض الإضلال و تمحض المبيع فى جهة الفساد، و لذا يجب إتلافها حسما لمادة الفساد.

انما الكلام فيما اذا اشتراك شىء بين ذلك و بين الأعمال فى عمل محلل، كالراديو المرسومة فى زماننا هذا، فإنه ينتفع بها فى الملاهى، و فى المنافع المحللة كاستماع قراءة القرآن و الأخبار و غير ذلك.

و الأظهر فى ذلك هو الجواز وضعاً و تكليفاً: لعموم أدلة حلية البيع، و ما ذكرناه فى وجه عدم جواز بيع هياكل العبادة و آلات القمار، لا يدل على عدم الجواز فى المقام كما هو واضح.

و النبوى المروى عن تفسير أبى الفتوح: ان الله بعثنى هدى و رحمة للعالمين، و أمرنى ان أمحو المزامير و المعازف و الأوتار و أمور الجاهلية) الى ان قال- ان آلات المزامير شراؤها و بيعها و ثمنها و التجارة بها حرام «١».

ضعيف لإرساله، لا يعتمد عليه، و إفتاء الأصحاب بالمنع غير ثابت، و على فرضه استنادهم إليه غير معلوم، و مجرد الموافقة لا يوجب الجبر.

و الاستدلال بالأخبار العامة المتقدمة فى أول الكتاب، فى غير محله لما عرفت من ضعف السند.

(١) المستدرک، باب ٧٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨١

من جنس المزامير و آلات الأغاني، و من جنس الطبول و سيأتى معنى اللهو و حكمه و منها أوانى الذهب و الفضة إذا قلنا بتحريم اقتنائها و (أو) قصد المعاوضة على مجموع الهيئة و المادة لا المادة فقط (١).

بيع اوانى الذهب و الفضة

(١) و تنقيح القول في موردين:

(١) في تعيين الموضوع و بيان مفهوم الإناء.

(٢) في حكم المعاملة عليها.

أما الأول: فقد اختلفت كلمات اللغويين في تعيين الاناء، فعن جملة من كتب اللغة كالصاحح و القاموس و مجمع البحرين و غيرها انه معروف، و حيث انه لا استعمال له في عرفنا اليوم يقيد ذلك، و عن المصباح: تفسير، بالوعاء، و الظاهر انه لا ينبغي التوقف في كونه تفسيراً بالأعم لصدق في الوعاء على الصندوق، و لا يصدق عليه الإناء، و منه يظهر ضعف ما عن مفردات الراغب من تفسيره بما يوضع فيه الشيء و ما عن غير واحد من تفسيره بالظرف.

و يؤيد ما ذكرناه مصحح منصور بن حازم عن مولانا الصادق عليه السلام عن التعويد يعلق على الحائض فقال: نعم، إذا كان في جلد او فضة او قصبه حديد «١».

فإن من المستبعد الالتزام بالتخصيص في جلد التعويد، و الظاهر انه عبارة عن متاع البيت الذي يستعمل في الأكل أو الشرب او مقدماتهما كالسماور، أو مؤخراتهما كالإبريق.

و أما صحيح ابن بزيع «٢» المشتمل على مبالغة الإمام عليه السلام في تنزيه فعل أبي الحسن عليه السلام عن إمساك المرأة الملبسة الموهوم لأعمية الإناء من ذلك، فلا يعتنى به لعدم ظهور جوابه عليه السلام فيها كما لا يخفى.

(١) الوسائل، باب ٦٧، من أبواب النجاسات و الأواني و الجلود، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ٦٥، من أبواب النجاسات و الأواني و الجمل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٢

و منها الدراهم الخارجة المعمولة (١) لأجل غش الناس إذا لم يفرض على.

هيئتها الخاصة منفعة محللة معتد بها مثل التزين او الدفع الى الظالم الذي يريد مقداراً من المال كالعشار و نحوه بناء على جواز ذلك و عدم وجوب اتلاف مثل هذه الدراهم و لو بكسرها من باب دفع مادة الفساد كما يدل عليه قوله عليه السلام في رواية الجعفي مشيراً الى درهم أكسر هذا فانه لا يحل بيعه و لا إنفاقه.

و في رواية موسى بن بكير قطعه نصفين، ثم قال: ألقه في البالوعة حتى لا يباع بشيء فيه غش و تمام الكلاب فيه في باب الصرف إن شاء الله تعالى.

و أما الثاني: فبناء على ما اخترناه من عدم جواز الانتفاع بها بشيء: لصحيح ابن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام انه نهى عن نهى آنية الذهب و الفضة «١». إذ حذف المتعلق دليل العموم، و موثق ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام آنية الذهب و الفضة متاع الذين لا يوقنون «٢». على ما حققناه في أحكام الأواني، تكون الآنية بما لها من الهيئة بما لها من الهيئة مما يجئ منه الفساد محضاً، و مما له منفعة محرمة خاصة، و قد عرفت في البحث عن حرمة بيع هياكل العبادة المبتدعة فساد بيع مثل ذلك، فراجع.

نعم إذا كانت هيئتها مما لا ينتفع به لاجل كونها من الأواني التي ترك استعمالها صح البيع لتمحض المبيع في المادة التي لها منافع محللة. بل بناء على ما عرفت في ذلك المبحث.

يمكن الحكم بالتبعض في الفساد ان كانت لهيئتها مالية.

(١) و محل الكلام الدراهم المغشوشة غير الرائجة، و أما الرائجة بين الناس مع العلم بالغش فلا كلام في جواز المعاوضة عليها وضعا و تكليفا. لأن الجواز تابع للرواج و هو تابع لاعتبار من بيده أزمة الأمور، من غير فرق بين كون المادة مغشوشة، و غير مغشوشة.

(١) الوسائل، باب ٦٥، من أبواب النجاسات و الأواني و الجلود، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٦٥، من أبواب النجاسات و الأواني.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٣

...

ثم ان الكلام يقع في موضعين:

الأول: في صورة العلم بالغش.

الثاني: في صورة الجهل به.

أما الأول: فالكلام فيه يقع، تارة في جواز الانتفاع بها في التزيين و نحوه، و أخرى في جواز المعاوضة عليها و عدمه.

أما الأول: فالمشهور بين الأصحاب هو الجواز، و في الجواهر، لم أجد من أفتى بالمنع بل الفتاوى على خلافه.

و تشهد له جملة من النصوص.

و استدلل للمنع بالنصوص الدالة على حرمة الغش الآتية في ذلك المبحث، و بقوله عليه السلام في خبر المفضل بن عمر الجعفي مشيرا الى درهم مغشوش أكسره فإنه لا يحل بيع هذا و لا إنفاقه «١».

و بخبر موسى بن بكر قال: كنا عند أبي الحسن عليه السلام فإذا دنانير مصبوبة بين يديه فنظر الى دينار فأخذه بيده ثم قطعه بنصفين ثم قال لي: ألقه في البالوعة حتى لا يباع شيء فيه غش «٢».

و بقول الإمام الصادق عليه السلام في خبر دعائم الإسلام في الستوق: يقطع و لا يحل ان ينفق «٣».

و في الجميع نظر:

أما نصوص الغش: فلعدم شمولها لما نحن فيه، لتوقف صدق الغش على علم الغاش و جهل المغشوش، فلا يصدق في فرض علم المغرور.

و أما الأخبار الأخر: فضعيفه السند، لأن في طريق خبر الجعفي على بن الحسين الصيرفي، و الثاني مرسل، و خبر دائم الإسلام قد عرفت حاله في اول الكتاب، فهي غير منجبرة بعمل الأصحاب لما عرفت من إفتائهم بالجواز، مضافا الى معارضتها بما هو أصح سندا منها.

(١) الوسائل، باب ١٠، من أبواب الصرف، حديث ٥.

(٢) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٣) المستدرک، باب ٦، من أبواب الصرف، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٤

...

و أما الثاني: فالأظهر جواز المعاوضة عليها وضعا و تكليفا، إذ مضافا الى ان ذلك

مما تقتضيه القواعد العامة بعد فرض جواز الانتفاع بها، يشهد له صحيح ابن مسلم المتقدم عن الإمام الصادق عليه السلام الرجل يعمل الدرهم يحمل عليها النحاس او غيره ثم يبيعه قال عليه السلام: إذا بين ذلك، فلا بأس «١» و نحوه غيره، و نصوص الغش، و الأخبار الخاصة قد عرفت حالها.

و بما ذكرناه ظهر ضعف إفتاء المحقق النائيني قدس سره بالفساد لأجل عدم وجود المنفعة المستفاد ذلك من خبر موسى بن بكر. و لا فرق في ذلك كله، بين علم البائع، و جهله، كما لا يخفى.

و أما الموضوع الثاني: فتارة يكونان جاهلين معا، و أخرى يكون المشتري جاهلا- و البائع عالما، أما إذا كانا جاهلين فلا دليل على الحرمة التكليفية و لا وجه لها، و أما إذا كان المشتري جاهلا فهو يحرم لكون ذلك غشا في المعاملة. هذا بالنسبة الى الحكم التكليفي.

و أما من حيث الحكم الوضعي، أي صحة البيع و فساده.

فحصل القول فيه ان صور المسألة اربع:

الأولى: ان يوقع المعاملة على الكلى.

الثانية: ان يبيع الدرهم المسكوك بسكة المعاملة بهذا العنوان أي الدرهم الخارجى المعنون بهذا العنوان.

الثالثة: ان يبيع الدرهم الخارجى معتقدا انه فضة مسكوكه بسكة السلطان.

الرابعة: ان يبيع المادة بلا هيئة.

اما الصورة الأولى: فلا اشكال في عدم فساد البيع فيها، و عدم ثبوت الخيار و انما عليه التبديل.

(١) الوسائل، باب ١٠، من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٥

و لو وقعت المعاوضة عليها جهلا فتبين الحال لمن صار إليه فإن وقع عنوان المعاوضة على الدرهم المنصرف إطلاقه الى المسكوك سكة السلطان بطل البيع. (١)

(١) فى حاشية السيد الفقيه ظاهره كون البيع واقعا على الكلى.

و هو كما ترى لا سيما و انه لا يمكن نسبة القول بالبطان الى المصنف فى هذه الصورة.

بل ظاهره هى الصورة الثانية أى بيع الدرهم المسكوك بسكة المعاملة بهذا العنوان أى الدراهم الخارجى المعنون بهذا العنوان.

و كيف كان ففى الصورة الثانية: اما ان يظهر عدم كونه مسكوكا بسكة المعاملة الرائجة، أو يظهر كونه فضة بل نحاسا بتمامه، أو يظهر كون المادة مغشوشة بأن كان بعضها فضة و بعضها نحاسا.

فقد استدلل للبطان- فى جميع الفروض: بأن المبيع هو العنوان غير المنطبق على ما فى الخارج، كما إذا باع هذا الحمار فانكشف انه فرس.

و لكن هذا الوجه يتم فى الفرض الثانى، من جهة ان النحاس و الفضة عنوانان مختلفان حقيقة، و لا يتم فى باقى الفروض.

أما فى الأول: فلائن كون الفضة مسكوكه بسكة المعاملة ليس إلا-وصفا لها، فتخلفه تخلف للوصف و لا يوجب هو الا الخيار، و الشاهد على ذلك هو نظر العرف الذى هو الميزان فى هذا الباب، و يؤيد ما ذكرناه بل يشهد له عدم كون العنوان فى المقام دخيلا فى المالية.

و أما في الفرض الأخير فلأن الغش في المادة يوجب ثبوت خيار العيب، لأن المغشوش معيب غيره نظير شوب اللبن بالماء لا انه عنوان مغاير.

و استدل لفساد البيع في الفرض الأول: بأن البيع واقع على الموجود الخارجي المتشكل بهذا الشكل الذي لا يصح بيعه فيكون بمقتضى إطلاق ما دل على عدم جواز البيع في هذا الموجود، فإنه غير جائز البيع بذاته لا بما هو معلوم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٦

و إن وقعت معاوضة على شخصه من دون عنوان (١) فالظاهر صحة البيع مع خيار العيب، إن كانت المادة مغشوشة و إن كان مجرد تفاوت السكة فهو خيار التدليس فتأمل.

و فيه: ان الهيئة التي تنحصر فائدها في المحرم الموجب ذلك لفساد البيع ليست ملحوظة في البيع، و لم تقع المعاملة عليها، و ما لوحظ انما هي الخصوصية المفقودة التي عرفت ان فقدانها لا يوجب البطلان، فالأظهر هي الصحة في الفرض الأول و الثالث. نعم في الفرض الأول يثبت خيار التدليس او تخلف الوصف، و في الفرض الأخير خيار العيب.

(١) مراده بذلك الصورة الثالثة، لا الرابعة.

فما نسيه السيد قدس سره اليه من ان مراده بذلك بيع هذا الشيء من حيث انه فضة.

غير تام على هذا لا وجه لقوله و إن كان مجرد تفاوت السكة فهو خيار التدليس.

و كيف كان فقد استدل للبطلان في الصورة الثالثة في جميع فروضها، من عدم كون الدرهم مسكوكا، أو عدم كونه فضة، أو كونه مركبا من الفضة و غيرها: بأن بيع ذات الشيء المردد بين كونه درهما و غيره و على تقدير كونه درهما صحيحا أم معيبا. باطل للجهل و الغرر.

و فيه: انهما يرتفعان بالعلم، و لو كان جهلا مركبا، و بالشرط و المفروض تحقق أحدهما.

و قد استدل للفساد في الفرض الأول: بأن البيع على هذا الوجه يكون واقعا على ما هو واقع المبيع، و حيث ان واقعه مما لا يصح بيعه فيكون البيع فاسدا، كما لو باع المردد بين كونه حرا، أو عبدا فإنه لو انكشف كونه حرا بطل البيع.

و فيه: انه مع العلم بكونه درهما مسكوكا، لا يكون الواقع على ما هو عليه موردا للبيع كى لا يصح، فإن هيئته لا تقع المعاملة عليها على ذلك، فالأظهر هي الصحة هي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٧

و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات فإن البيع الواقع عليها لا يمكن تصحيحه بإمضائه من جهة المادة فقط و استرداد ما قابل الهيئة من الثمن المدفوع كما لو جمع بين الخل و الخمر لأن كل جزء من الخل و الخمر، مال لا بد أن يقابل في المعاوضة بجزء من المال ففساد المعاملة باعتباره يوجب فساد مقابله من المال لا غير (١) بخلاف المادة و الهيئة فإن الهيئة من قبيل القيد للمادة جزء عقلي لا خارجي تقابل بمال على حدة، ففساد المعاملة باعتباره فساد لمعاملة المادة حقيقة و هذا الكلام مطرد في كل قيد فاسد بذل الثمن الخاص لداعى وجوده.

الفرضين الأول و الأخير، مع ثبوت خيار التدليس او تخلف الوصف في الأول و خيار العيب في الأخير، و البطلان في الثاني لأن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، إذا المقصود هو بيع الفضة، و الموجود نحاس على الفرض.

و مما ذكرناه ظهر حكم الصورة الرابعة و هو البيع لو انكشف كون المادة فضة منشوبة، مع ثبوت الخيار و الفساد لو انكشف كونها غير الفضة، و أما الهيئة فوجودها كالعدم لعدم لحاظ هيئة من الهيئات في البيع.

(١) قد يقال كما عن بعض مشايخنا المحققين قدس سرهم: بأن غاية ما يمكن ان يقال في توجيه كلامه: ان ما ذكرناه من تصحيح المعاملة الواقعة على الشخص في الدراهم المغشوشة و لم نجعل في قبال الهيئة شيئا و انما اثبتنا خيار التدليس من جهة عدم السكة الصحيحة، لا- يجرى في سائر الآلات، فلو أوقع المعاوضة على هياكل العبادة مثلا- جهلا- بكونها كذلك معتقدا انها من العناوين المباحة، فتبين كونها كذلك بطلت.

ثم أورد عليه بأنه مضافا الى طلب الفرق بينهما و ليس فيما ذكره كفاية، إذا السكة و هياكل العبادة لا يقسط عليهما الثمن، لا يناسب قوله في مقام الفرق انه لا يمكن التبعيض في الآلات مادة و هيئة، إذ لم يلتزم بذلك في غيرها أيضا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٨

...

قبل بيان المصنف قدس سره لا بد من بيان: كى يرفع هذا الإشكال و إشكال غيره من

المحشين، و كذلك يرتفع ما أورد عليه بأنه ما الفرق بين تبين الغش في المادة و تبين تفاوت السكة، حيث التزم في الأول بثبوت خيار العيب، و في الثاني بثبوت خيار التدليس.

الأول: ان هيئة الدراهم لا مالية لها، أى لا تقابل بالمال و لا توجب ازدياد مالية المادة، بل مالية الفضة التى بقدر ما فى الدرهم تساوى مالية الدرهم، و هذا بخلاف ما تقدم من هياكل العبادة و آلات اللهو و غيرهما، فإنهما إما تكون ما لا تقابل بالمال كما هو المختار، أو توجب ازدياد مالية المادة كما هو مختار المصنف قدس سره بدعوى ان الهيئة من قبيل القيد للمادة جزء عقلى لا خارجى، أى لا يكون بنظر العرف موجودا مستقلا و ان كانت بالدقة العقلية كذلك.

الثانى: ان خيار العيب مختص بصورة تخلف الوصف الموجب نقصه نقص مالية الموصوف و لا يكون ثابتا فى مورد تخلف وصف لا يوجب نقصه نقص المالية، و لا فى مورد ما إذا كان بدل القيد الصحيح فى المبيع قيدا فاسدا يبذل الثمن الخاص لداعى وجوده، أما فى المورد فلعدم صدق العيب على الفاقده، و أما فى الثانى فلأنه على الفرض المبيع هو الشخص الأول فلعدم الخارجى و هيئته اوجبت زيادة مالية فيه، و حيث انها على الفرض لا تقابل بنفسها بالمال، فلا يمكن لأجل وجودها، فلا بد من الالتزام بفساد المعاملة رأسا، و معه لا مورد لثبوت الخيار من جهة التقيد المفقود.

إذا عرفت هذين الأمرين تعرف تمامية ما ذكره قبل قوله، و هذا بخلاف ... الخ. من الالتزام بثبوت خيار العيب، فيما إذا كانت مادة الدرهم مغشوشة، و ثبوت خيار التدليس فى صورة تفاوت السكة، و عدم ثبوت خيار العيب فيها، فإن تفاوت السكة لا يوجب نقص المالية و كذا تمامية ما ذكره بعده و ارتباطه بما قبله، فإنه فى صورة الجهل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٨٩

القسم الثانى ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة

إشارة

و هو تارة على وجه يرجع بذل المال فى مقابل المنفعة المحرمة كالمعاوضة على العنب مع التزامها ان لا يتصرف فيه الا بالتخمير، و أخرى على وجه يكون الحرام هو الداعى الى المعاوضة لا غير كالمعاوضة على العنب مع قصدهما تخميره.

و الأول اما ان يكون مقصودا لا غير (١) كبيع العنب على ان يعمله خمرا و نحو ذلك و أما أن يكون الحرام مقصودا مع الحلال بحيث

يكون بذل المال بإزائها كبيع الجارية المغنية بثمن فيه وقوع بعضه بإزاء صفة التغنى، فهنا مسائل ثلاث:

فى ما تقدم من الآلات الأمر يدور بين أمور ثلاثة: إمضاء المعاملة من جهة المادة خاصة، وإمضائها رأساً، وفسادها، وحيث لا سبيل الى الأول لما تقدم من عدم كون الهيئة مما يقابل بالمال، ولا إلى الثانى لما تقدم أيضاً، فيتعين الالتزام بالثالث. ولكن قد تقدم ان الهيئة قد تكون مما له مالىة و تقابل بنظر العرف بالمال، و تكون ملحوظة باستقلالها، مثلاً الكوز المعمول من الخزف هيئته تقابل بالمال لا- انها توجب ازدياد مالىة المادة، و لذا لو باع الكوز ثم تبين كونه مكسوراً لم يتوهم أحد ثبوت خيار العيب.

(١) أورد عليه السيد الفقيه بأنه لا وجه لتقسيم الأول و هو ما يبذل المال فى مقابل الحرام فقط الى القسمين. و لكن يرد عليه ان مراده من الاول ما يبذل المال فى مقابل الحرام فى الجملة، فى مقابل الثانى، و هو الذى لا يبذل المال بإزاء الحرام رأساً، بل يكون الحرام هو الداعى الى المعاوضة لا غير، و من الضرورى ان الداعى لا شأن له فى باب المعاملات.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ١٩٠

المسألة الأولى: بيع العنب على ان يعمل خمراً، و الخشب على ان يعمل صنماً أو آلة لهو قمار، و إجارة المساكن لبيع او يحرز فيها الخمر، و كذا إجارة السفن و الحمولة لحملها (١) و لا إشكال فى فساد المعاملة فضلاً عن حرمة و لا خلاف فيه، و يدل عليه (٢).

بيع العنب على ان يعمل خمراً

(١) و فى الجواهر فلا- خلاف أجده فيها، مع التصريح بالشرطية أو الاتفاق عليها على وجه بنى العقد عليها، بل عن مجمع البرهان: نسبتته الى ظاهر الأصحاب، بل عن المنتهى، دعوى الإجماع عليه، كما عن الخلاف و الغنية الإجماع على عدم صحة إجارة المسكن ليحرز فيه الخمر او الدكان لبيع فيه.

(٢) و استدلل له فى جميع المعاملات بوجوه:

و فيه: ان الإجماع المنقول ليس بحجة لا سيما فى صورة احتمال استناد المجمعين الى الأدلة الأخر كما فى المقام.

الثانى: ما ذكره السيد الفقيه قدس سره و هو قوله صلى الله عليه و آله: ان الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه.

و فيه: مضافاً الى ما تقدم من ضعف السند، انه غير شامل للمقام، إذ الثمن لا يقع فى مقابل المنفعة المحرمة و انما يقع فى مقابل العين التى لها منفعة محللة فى المقام.

الثالث: ان الالتزام بأن يعمل العنب خمراً، شرط مخالف للكتاب و السنة، و هو فاسد و فساد الشرط يوجب فساد المشروط.

و فيه: ما سيأتى فى محله من ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد المعاملة.

الرابع: ان فعل المباح للتوصل به الى الحرام حرام، فبيع العنب مثلاً لأن يعمل خمراً حرام.

و فيه: ما حقق فى محله من عدم حرمة مقدمات الحرام، الا ما لا ينفك عنه الحرام،

مع ان هذا الوجه لا يقتضى الفساد بناء على ما هو الحق من عدم تلازم المبغوضية للفساد فى المعاملات كما عرفت فى اول الكتاب.

الخامس: ان أدلة النهى عن المنكر تدل على حرمة، إذ لو وجب النهى للرفع.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ١٩١

مضافاً الى كونها إعانة الإثم (١) و إلى ان الالتزام و الالتزام بصرف المبيع فى المنفعة المحرمة الساقطة فى نظر الشارع أكل و إيكال

للمال بالباطل (٢).

فالنهي عن المنكر لدفعه أولى بالوجوب.

و فيه مضافا الى ان هذا الوجه أيضا لا يقتضى الفساد، كما مر انه سيجيء في المسألة الآتية تنقيح القول في ذلك و انه لا دليل على وجوب الدفع.

(١) السادس: ما في الثمن و هو ان البيع في الفرض إعانة على الإثم، المحرمه كتابا و سنه و اجماعا.

و فيه مضافا الى ما ستعرف من عدم حرمتها، ان البيع ليس إعانة على الإثم و انما يكون الإقباض و التسليط الخارجى إعانة عليه.

مع ان حرمة الإعانة على الإثم لا توجب الفساد، إذ حرمة المعاملة و مبعوضيتها لا تلازم الفساد.

(٢) هذا هو السابع و هو ان الالتزام بصرف المبيع في المنفعة المحرمه أكل للمال بالباطل.

و فيه: انه ان اريد بذلك ان الشرط يوجب تمحض المبيع في الحرام.

فيرد عليه: انه في البيع الثمن لا يقع في مقابل المنافع، و انما يقع في مقابل العين بداعى الانتفاع بمنافع العين، و عليه فلا يكون أكل المال في مقابل ما اشترط ان ينتفع به بالمنفعة المحرمه أكلا للمال بالباطل.

و على فرض التنزل فانما يقابل الثمن بالمنافع، أى قابلية الشيء لأن ينتفع به، لا الانتفاع الخارجى، و لذا لا شبهة في صحة البيع لو

اشترى خبزا للا. كل و لم يأكله، و فى المقام المبيع له منافع محللة و ان اشترط الانتفاع بالمنفعة المحرمه، نعم ذلك يتم فى الإجارة،

فإن مرجع ذلك الى إيقاع الإجارة لذلك بحيث لا ينتقل الا المنفعة الخاصة فتفسد لأجل ان المقابل بالمال فيها المنفعة.

و إن أريد به ان الشرط بمنزلة القيد و به تزيد المالىة و تنقص كما قيل.

فيرد عليه: ان الشرط لا يقابل بالمال، بل هو التزام فى التزام على ما سيأتى تحقيقه فى محله، و لا يترتب على مخالفته الا الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٩٢

خير جابر (١) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر،

قال: حرام اجرتة فانه أما مفيد بما إذا استأجره او يدل عليه بالفحوى بناء على ما سيجيء من حرمة العقد مع من يعلم انه يصرف

المعقود عليه فى الحرام، نعم (٢) فى مصححة بان اذينه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر سفينته او دابته لمن بحمل

فيها أو عليها الخمر و الخنازير، قال: لا بأس.

(١) هذا هو الوجه الثامن و هو و إن ورد فى الإجارة الا انه يتم فى البيع أيضا من جهة اتحاد حكمهما.

و فيه: مضافا الى ضعف سنده لو كان خبر جابر، ان ظاهر هذا الخبر (١) هو فساد الإجارة مع اتفاق وقوع فيه بلا شرط و التزام، و حيث

انه معارض مع النصوص المستفيضة الأخر و لم يفت به أحد فلا بد من طرحه لا حمله على إرادة معنى آخر.

ثم على فرض التنزل و تسليم تعيين حمله على معين آخر لا- يبعد دعوى أظهرية إرادة الفساد فى صورة العلم بوقوع بيع الخمر فيه، لا

اشتراط ذلك و لا كونه داعيا للبيع، و سيجيء إنه فى هذه الصورة وردت نصوص مستفيضة دالة على صحة المعاملة، و هى تكون

معمولا بها، مع انه لو سلم الفساد فى تلك الصورة، اولوية الفساد فى هذه الصورة، من الفساد فى تلك الصورة غير ثابتة.

ثم على فرض التنزل و تسليم تعيين حمله على صورة الاشتراط، يتردد الأمر بين معينين: أحدهما: كون الإجارة مطلقه مشروطة بهذا

الشرط. ثانيهما: إيقاع الإجارة لذلك بحيث لا ينتقل الا المنفعة الخاصة.

و على الثانى لا- ريب فى فساد الإجارة: لأن المقابل بالمال فيها المنفعة، و ذلك لا يلازم فساد البيع لذلك الذى يكون المقابل به

نفس العين.

(٢) ولا يخفى ان جماعة منهم صاحب الجواهر قدس سره بعد تسليمهم دلالة خبر جابر على المنع، قالوا يعارضه مصحح ابن اذينة المذكور في المتن «٢».

(١) الوسائل، باب ٣٩، من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

(٢) الوسائل، باب ٣٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١ و

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٩٣

لكنها محمولة على ما إذا اتفق الحمل (١) من دون أن يؤخذ ركنا أ) شرطا في العقد بناء على ان خبر جابر نص فيما نحن فيه، و ظاهر في هذا عكس الصحيحة يطرح (فيطرح) ظاهر كل بنص الآخر (٢) فتأمل، مع انه لو سلم التعارض كفى العمومات المتقدمة (٣) و قد يستدل أيضا فيما نحن فيه بالاخبار المسئول فيها عن جواز بيع الخشب ممن يتخذه صلبانا او صنما مثل مكاتبة ابن اذينة عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا، قال: لا.

(١) و أجاب عنه المصنف قدس سره بأن المصحح، محمول على ما إذا اتفق الحمل من دون ان يؤخذ ركنا او شرطا في العقد، بناء على ان خبر جابر نص فيما نحن فيه و ظاهر في هذا عكس الصحيحة فيطرح ظاهر كل بنص الآخر - ثم أمر بالتأمل.

و لكن ظاهر قوله ان المصحح محمول على ما اذا اتفق الحمل كون مورد الاجارة صورة العلم بالحمل فهي أجنبية عن الفرض و عن مورد خبر جابر مع ان موردهما لو كان صورة واحدة يمكن ان يقال بعدم التعارض بينهما، من جهة أن خبر جابر يدل على الفساد مع العلم ببيع الخمر فيه، الذي هو حرام، و المصحح يدل على الصحة مع العلم بحل الخمر الذي لا دليل على حرمة.

(٢) قوله قدس سره فيطرح ظاهر كل ... الخ (تقدم الكلام في هذا الجمع في بيع العذرة و عرفت انه ليس جمعا عرفيا، و لعله لذلك أمر قدس سره بالتأمل.

(٣) قوله قدس سره كفى العمومات ... الخ) على فرض التعارض لا- بد من لا رجوع الى المرجحات و هي تقتضى تقديم الخبر لأشهرية مضمونه.

مضافا الى ما عرفت من عدم دلالة العمومات المتقدمة على الفساد.

أضف الى ذلك كله ان العمومات المتقدمة، هي رواية تحف العقول، و رواية الفقه الرضوي) لو كان كتاب رواية لا فتوى فقيه (كما احتملناه و رواية دعائم الاسلام، و النبوي المشهور المتقدمة كلها في أول الكتاب و عرفت انها ضعيفة الاسناد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ١٩٤

و رواية عمرو بن الحريث عن التوت أبيعه ممن يصنع الصليب او الصنم، قال:

لا، و فيه ان حمل تلك الاخبار على صورة اشتراط البائع المسلم على المشتري او تواطؤهما على التزام صرف المبيع في لصنم و الصليب بعيد في الغاية، و الفرق بين مؤاجرة البيت لبيع الخمر فيه و بيع الخشب على ان يعمل صليبا او صنما لا يكاد يخفى (١) فإن بيع الخمر في مكان و صيرورته دكانا لذلك منفعة عرفية يقع الاجارة عليها من لا مسلم كثيرا كما يؤجرون البيوت لسائر المحرمات، بخلاف جعل العنب خمرا، و الخشب صليبا فانه لا غرض للمسلم في ذلك غالبا يقصده في بيع عنبه او خشبه فلا يحمل عليه موارد السؤال.

نعم لو قيل في المسألة الآتية بحرمة بيع الخشب ممن يعلم انه يعمل صنما لظاهر هذه الاخبار صح الاستدلال بفحواها على ما نحن فيه (٢) لكن ظاهر هذه الاخبار معارض بمثله او بأصرح منه كما سيجيء ثم انه يلحق بما ذكره من بيع العنب و الخشب على ان يعمل

خمرا او صليبا بيع كل ذى منفعة محللة على ان يصرف فى الحرام لان حصر الانتفاع بالبيع فى الحرام يوجب كون أكل الثمن بإزائه أكلا للمال بالباطل، ثم انه لا فرق بين ذكر الشرط المذكور فى متن العقد و بين التواطى عليه خارج العقد و وقوع العقد عليه (٣) و لو كان فرق فانما هو فى لزوم الشرط و عدمه

(١) لم يظهر الفرق فإنه كما ان اشتراط جعل الخشب صنما، بعيد عن المسلم، كذلك اشتراط عدم بيع شىء فى الدار الا الخمر، كما انهم يقدمون على المعاوضة مع العلم بأنه لا يبيع غير الخمر كذلك، يقدمون عليها مع العلم بجعل الخشب صنما.
(٢) قد مر انه لا أولوية للفساد فى صورة الاشتراط، عن الفساد فى صورة العلم كى يتمسك بالفحوى.
(٣) وقد أورد عليه: بأن معنى عدم اعتناء الشارع بالشرط غير المذكور و اعتبار الذكر فى الشرط صحة العقد بلا شرط، و مقتضاه وقوع تمام الثمن فى مقابل العين، و معه لا يكون أكل المال أكلا بالباطل و بلا عوض.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٩٥

لا فيما هو مناط الحكم هنا، و من ذلك يظهر انه لا يبنى فساد هذا العقد على كون الشرط الفاسد مفسدا بل الاظهر فساده و إن لم نقل بإفساد الشرط الفساد لما عرفت من رجوعه فى لا حقيقة الى أكل المال فى مقابل المنفعة المحرمة و قد تقدم الحكم بفساد المعاوضة على آلات المحرم مع كون موادها أموالا مشتملة على منافع محللة مع ان الجزء أقبيل للتفكيك بينه و بين الجزء الآخر من الشرط و المشروط (١) و سيجىء فى المسألة الآتية ما يؤيد هذا إن شاء الله تعالى.

و فيه: انه كما ان الشارع ألغى الشرط الذى لم يذكر فى ضمن العقد، كذلك ألغى الشرط المخالف للكتاب و السنة مثل هذا الشرط، فهذا الشرط على كل تقدير ساقط فى نظر الشارع و بحكم عدمه.
و الاظهر هى الصحة فى الموردين لما عرفت من عدم كون أكل المال فى صورة الاشتراط أيضا أكلا بالباطل، من جهة عدم تقابل المال بالمنافع، ثم ان لازم ما ذكره قدس سره.

الحكم بالبطان حتى فيما كان الداعى، هى المنفعة المحرمة: لعين ما ذكره فى الشرط غير المذكور
(١) أورد عليه السيد الفقيه بأنه قدس سره صرح بعدم كون الهيئة جزء بل هى من قبيل العنوان و كون مثل هذا الجزء أقبيل للتفكيك ممنوع بل الامر بالعكس.

و فيه انه قدس سره بعدم كونها جزء عرفا و إلا فهو لا ينكر كونها جزء خارجيا كما تقدم و هذا بخلاف المشروط و الشرط.
و لكن يرد عليه ان لا- شرط فى باب البيع و غيره من العقود لا يرجع الى أحد العوضين، و لا يوجب تقييده كى يتم ما ذكره، من ان المقيد موجود واحد و لا ينحل الى جزئين خارجيين بل هو التزام فى التزام على ما يأتى تحقيقه فى محله فهو أقبيل للتفكيك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ١٩٦

المسألة الثانية: يحرم المعاوضة على الجارية المغنية و كل عين مشتملة على صفة يقصد منها الحرام إذا قصد منها ذلك و قصد اعتبار فى البيع على وجه يكون دخيلا فى زيادة الثمن كالعبد الماهر فى القمار او اللهو و السرقة إذا لوحظ فيه هذه الصفة و بذل بإزائها شىء من الثمن (١) لا- ما كان على وجه الداعى، و يدل عليه ان بذل الشىء من الثمن بملاحظة الصفة المحرمة أكل للمال بالباطل و التفكيك بين القيد و المقيد بصحة العقد فى المقيد

(١) ملخص القول في المقام: ان اعتبار الصفة في المبيع ان كان على وجه الاشتراط لا إشكال في لا صحة سواء كانت الصفة مما لا مالية له، أم كانت لها مالية عرفية شرعية، أم كانت ماليتها ملغاة شرعا: فإنه على جميع التقادير لا تقابل الصفة بالمال ولا تكون دخيلة في المبيع، نعم بين الاقسام فرق من جهة لزوم الوفاء بالشرط و عدمه، و هو غير مربوط بالمقام، كما انه لا كلام فيها لو كان اعتقاد وجودها داعيا على المعاملة كما هو واضح، و أولى من ذلك بالصحة ما لو لم تلاحظ الصفة أصلا.

و إن كان اعتبارها على وجه التقييد و العنوان.

فإن كانت لها مالية شرعا فلا اشكال أيضا في الصحة سواء كانت الصفة منافعتها ممحضة في المحللة أم كان لها نوعان من المنفعة المحللة و المحرمة.

و أما ان لم يكن لها مالية شرعا، كان لها المالية العرفية أم لم تكن، فبناء على كون تخلف الوصف فيما أخذ عنوانا للمبيع موجبا لثبوت الخيار دون التبعض و البطلان، كما لعله المشهور المنصور على ما سيأتي تنقيحه في محله الملازم ذلك للالتزام بأن المعوض هو الموصوف، و إن الثمن غير مقابل بالوصف، يتعين القول بالصحة و وقوع جميع الثمن في مقابل الموصوف، و أما بناء على كون تخلفه موجبا للبطلان، كما هو الشأن في العناوين الموجب تخلفها تغاير الموصوف للموجود ذاتا، فإن كان الوجه للبطلان ان ما تعلق الانشاء به و هو العين المتصفة بهذا الوصف غير موجود، و ما هو موجود لم يتعلق به

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ١٩٧

...

الانشاء او ان الوصف دخيل في الرضا، فمع تخلفه لا يكون الرضا الفعلي موجودا، يكون الحكم في المقام هي الصحة بتمام الثمن، إذا على كل تقدير يكون المفروض كون المبيع هو ذات الموصوف، و ان أوجب الوصف زيادة مالية الموصوف، إلا- ان المعوض هو المال لا- المالية، و ان كان الوجه للبطلان وقوع شيء من الثمن بإزاء القيد يتعين القول بالفساد في لمقام، لان جزء من الثمن وقع في مقابل ما لا مالية له شرعا، إلا ان لازم هذا الوجه هو التبعض في الفساد، إذ لازمه كون كل من الموصوف و الوصف جزء من المبيع و ملحوظا مستقلا.

فتحصل: انه على جميع التقادير لا وجه للبطلان رأسا هذا ما تقتضيه القواعد.

و أما النصوص «١» الخاصة الواردة في الجارية في الجارية المغنية الناهية عن بيعها، فالذى يخطر بالبال انها لم يعمل بها المشهور، و معارضة مع النصوص الاخر، و ذلك يظهر بعد بيان أمرين: الاول ان صفة غناء الجارية لها منفعتان محللة و محرمة بناء على ما هو المعروف من أن كسب المغنيات التي تدعى الى الاعراس ليس به بأس كما نطقت النصوص به.

الثاني: ان بعض نصوص الباب صريح في جواز بيع المغنية و شرائها إذا كان يطلب بها الرزق لا سوى ذلك، و معلوم ان التاجر الذي يشتري المغنيات و يبيعهن انما يوقع المعاملة عليهم بما هن مغنيات لا سيما في فرض البيع، و على ذلك فبعد تقييد تلك النصوص بهذا النص تختص تلك النصوص بما اذا بيعت المغنية بداعي سماعا لغناء و الانتفاع بها في الحرام، و في هذا الفرض بالخصوص و لم يفت أحد بالفساد لا سيما بعد ملاحظة عدم كون صفة الغناء مما لم منفعه محرمة خاصة.

بل يمكن ان يقال: إن هذا النص معارض مع تلك النصوص: لتضمنه جواز بيع التاجر المغنية و إن كان المشتري يشتريها بداعي الانتفاع بغنائها على وجه محرم و البائع كان عالما بذلك، و الجمع العرفي يقتضى حمل تلك النصوص على الكراهة.

(١) الوسائل، باب ١٦، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للمروحاني)، ج ١، ص: ١٩٨

و بطلانه في القيد بما قبله من الثمن غير معروف عرفا (١) لان القيد أمر معنوي لا يوزع عليه شيء من المال و إن كان يبذل المال بملاحظة وجوده و غير واقع شرعا على ما اشتهر من ان الثمن لا يوزع على الشروط فتعين بطلان العقد رأسا، و قد ورد النص بأن ثمن الجارية المغنیه سحت و انه قد يكون للرجل الجارية تلهيه و ما ثمنها الا كئمن الكلب، نعم لو لم يلاحظ الصفة أصلا في كمية الثمن فلا اشكال في الصحة و لو لوحظ من حيث انه صفة كما قد يصرف الى المحلل فيزيد لاجلها الثمن فإن كانت المنفعة المحللة لتلك الصفة مما يعتد بها فلا اشكال في لجواز و ان كانت نادرة بالنسبة الى المنعة المحرمة ففي لحاقها بالعين في عدم جواز بذل المال الا لما اشتمل على منفعة محللة غير نادرة بالنسبة الى المحرمة و عدمه لأن المقابل بالمبذول هو الموصوف و لا ضير في زيادة ثمنه بملاحظة منفعة نادرة وجهان: أقواما الثاني، إذ لا يعد أكلا للمال بالباطل (٢) و النص بأن ثمن المغنیه سحت مبنى على الغالب.

(١) و فيه انه بناء على مقابلة القيد بالمال لا مانع من التفكيك، و عدم وقوعه شرعا و عدم معرفته عرفا انما يكونان من جهة عدم بذل شيء من الثمن بإزائه، و لازمه صحة البيع في لا مقيد بتمام الثمن، و كون القيد لغوا، و بذل الثمن بإزاء المقيد بداعي وجود القيد ليس أكلا للمال بالباطل كما تقدم.

(٢) انه لو كانت الصفة ملحوظة مستقلة في لا-بيع، و جعل بإزائها الثمن، يعتبر في عدم كون أكل المال في مقابلها أكلا بالباطل ما يعتبر في العين من اعتبار احتمالها على منفعة غير نادرة، أي منفعة لا يعتد بها عرفا لخستها لا لمزاحمتها مع ما هو أهم منها كما هو ظاهر المصنف على ما عرفت، و إن لم تلاحظ مستقلة، بل كانت موجبة لبذل المال لاجل وجودها، فلا وجه لإلحاقها بالعين كما لا يخفى، و أما النص بأن ثمن المغنیه سحت فقد عرفت ما فيه.

منهاج الفقاهة (للمروحاني)، ج ١، ص: ١٩٩

المسألة الثالثة: يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله، و كذا بيع الخشب بقصد أن يعمله صنما أو صليبا لان فيه إعانة على الاثم و العدوان، و لا إشكال و لا خلاف في ذلك. أما لو لم يقصد ذلك، فلاكثر على عدم التحريم. (١)

بيع العنب ممن يجعله خمرا

(١) اختلفت كلمات القوم في لا-مقام فعن جماعة الجواز عن آخرين المنع، و الشيخ الاعظم قدس سره فصل بين ما لم يقصد منه الحرام، فحكم بالجواز، و بين ما يقصد منه الحرام.

فحكم بالحرمه لكونه إعانة على الاثم التي تكون محرمة بلا خلاف و لا اشكال لكن: يرد على هذا التفصيل.

أولا: انه لا بد من تقييد ذلك بما إذا قصد المعان فعل الحرام، لانه قدس سره يصرح فيما بعد باعتبار ذلك.

و ثانيا: ان جماعة صرحوا باعتبار ترتب المعان عليه في صدق الاعانة فلا بد من التقييد بذلك، اللهم إلا أن يكون ذلك إشارة الى اصل الحكم او الى العلة بلحاظ محرم آخر و عليه فيرتفع الاشكال الثاني: لانه في صورة عدم ترتب فعل الحرام، و ان كان لا تصدق الاعانة بلحاظ، إلا انها تصدق كونه اعانة على اشتغال المشتري بمقدمات الحرام بقصد ترتب الحرام و هو بنفسه معصية.

و كيف كان: فتتقيد القول في هذه الصورة أيضا سيأتي عند التعرض لأدلة الصورة الآتية.

و تنقيح القول في لا مقام يقتضى لبحث في موضعين:

الاول: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

الثاني: فيما تقتضيه القواعد العامة.

أما الموضوع الاول: فالكلام فيه تارة يقع في الحكم الوضعي.

و أخرى في الحكم التكليفي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٠٠

للاخبار المستفيضة (١) منها خبر ابن اذينة قال: كتبت الى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له كرم يبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا أو مسكرا، فقال: انما باعه حلالا في الابان الذي يحل شربه او أكله فلا بأس ببيعه.

و رواية أبي كهمس، قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام- الى ان قال- هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم انه يصنعه خمرا الى غير ذلك مما هو دونهما في الظهور

أما من حيث الحكم الوضعي فقد استدلل لعدم جواز المعاوضة في صورة العلم بصرف المبيع في المحرم بخبر جابر- او صابر- المتقدم في الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر قال عليه السلام حرام أجره «١».

وقد مر في لمسألة السابقة ما في هذا الخبر من يحث السند و الدلالة، و المعاوضة مع النصوص الاخر، و تقدم انه لا يصح الاستدلال به بوجه.

و أما من حيث الحكم التكليفي، فمجمل القول فيه: ان جميع النصوص الواردة في المقام، او المتوهم ورودها في لباب على طوائف:

(١) الاولى: ما تضمن جواز بيع العنب ممن يعلم انه يصنعه خمرا كحسن ابن اذينة «٢» و خبر أبي كهمس «٣» المذكورين في المتن. و صحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام عن بيع عصير العنب ممن يجعله خمرا فقال عليه السلام: لا بأس به يبيعه حلالا فيجعله حراما أبعد الله و استحقه «٤».

و صحيح رفاعه قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن بيع العصير ممن يخمره.

فقال عليه السلام: حلال ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شرابا خبيثا «٥» و نحوها غيرها.

الثانية: ما توهم دلالتها على المنع عن بيع العنب ممن يعمله خمرا و هو خبر جابر- او صابر- المتقدم في المسألة المتقدمة، بدعوى إرادة العلم ببيع الخمر من قوله فيباع فيه الخمر فإنه حينئذ بضميمة عدم الفرق بين الاجارة و البيع يدل على ذلك.

(١) الوسائل: باب ٣٩، من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٢) الوسائل: باب ٥٩، من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

(٣) الوسائل: باب ٥٩، من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

(٤) الوسائل: باب ٥٩، من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

(٥) الوسائل: باب ٥٩، من أبواب ما يكتسب به حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٠١

وقد يعارض تلك بمكاتبة ابن أبي اذينة عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا، قال: لا و رواية عمر بن حريث عن التوز (التوت ابيعه ممن يصنع الصليب او الصنم، قال: لا (١) و قد يجمع بينهما و بين الاخبار المجوزة بحمل المانعة على صورة

الثالثة: ما استفيد منها كراهية بيع العنب ممن يخمره و هو صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام عن بيع العصير ممن يصنعه

خمرا قال عليه السلام: بيعه ممن يطبخه او يصنع خلا أحب إلى ولا أرى بالاول بأساً «١».

الرابعة: ما تدل على المنع عن بيع الخشب ممن يتخذه صلبانا او يصنعه صنما، فإنه يدل على الحكم في المقام بالغاء الخصوصية:

كحسن بن اذينة قال: كتبت الى ابي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا قال عليه السلام: لا «٢».

و صحيح ابن حريث عن الامام الصادق عليه السلام عن التوت ابيعه يصنع به الصليب و الصنم قال عليه السلام: لا «٣».

(١) الخامسة: ما توهم دلالتها على جواز بيع الخشب أيضا: كحسن ابن اذينة عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه برابط فقال عليه

السلام: لا بأس به «٤» هذه هي جميع نصوص الباب.

وقد قيل في الجمع بينها وجوده، امتنتها: حمل النصوص المانعة على بيع الخشب ممن يعمله صليبا او صنما، كما هو موردها، بأن لا

يتعدى عن موردها، و حمل المجوزة على غيره.

و أورد عليه تارة، بكونه خرقا للاجماع المركب.

و أخرى: بأن خبر جابر دال على المنع في بيع العنب أيضا.

و ثالثة: بأنه قام الدليل على اتحاد مناط الحكم و هو قوله عليه السلام في خبر الحارثي: بعته

(١) الوسائل، باب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

(٢) الوسائل، باب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٤) الوسائل، باب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٠٢

...

حلالا فجعله حراما فأبعده الله «١»، و نحوه ما في خبر أبي كهمس «٢» و رواية رفاعه «٣».

و رابعة: بأن الطائفة الخامسة تأتي عن ذلك لدالتها على جواز بيع الخشب.

و في الجميع نظر:

أما الاول: فلان مثل هذا الاجماع المركب خرقة لا مانع عنه، إذ في المسألة طوائف من الاخبار، فقد استندوا في فتاويهم إلى هذه

النصوص، و كل واحد جمع بما رآه جمعا عرفيا، و عليه فلا يضر مخالفة الجميع.

مع ان صاحبي الوسائل و المستدرک قائلان بالفصل.

و أما الثاني: فلانه لو سلم استفادة الكبرى الكلية من تلك النصوص إلا انه لا مانع من تخصيصها بما ورد في لخشب يباع ممن يجعله

صنما او صليبا.

و أما الرابع: فلان حسن ابن اذينة وارد في بيع الخشب ممن يجعله برابط، و هو غير جعله صنما او صليبا، بل هو بنفسه دليل الفصل،

فإنه يفصل بين الاصنام و البرابط.

و الانصاف ان هذا الجمع متين غايته.

و يساعده الاعتبار لما علم من الشرع من الاهتمام بالتجنب عن الشرك بأي نحو أمكن.

قال الله تعالى: (إن الله لا يغفر أن يشرك به و يغفر ما دون ذلك) «٤».

و بما ذكرناه ظهر ان ما ذكره بعض الاعاظم من: ان النصوص متعارضة، لا يمكن الجمع بينها بوجه، فلا بد من الرجوع الى المرجحات

فى غير محله.

- (١) الوسائل، باب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٠.
- (٢) الوسائل، باب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.
- (٣) الوسائل، باب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.
- (٤) سورة النساء، آية ٤٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٠٣

اشتراط جعل الخشب صليبا أو صنما أو تواطؤهما عليه. (١) و فيه ان هذا فى الغاية البعد (٢) إذ لا داعى للمسلم على اشتراط صناعه الخشب صنما فى متن بيعه أو فى خارجة، ثم يجئ و يسأل الامام عليه السلام عن جواز فعل هذا فى المستقبل و حرمة و هل يحتمل أن يريد الراوى بقوله: أبيع التوت) التوز (ممن يصنع الصنم و الصليب أبيعه مشرطا و ملزما فى متن العقد أو قبله أن لا يتصرف فيه إلا بجعله صنما، فالاولى حمل الاخبار المانعة على الكراهة (٣) لشهادة. غير واحد من الأخبار على الكراهة كما أفتى به جماعة.

(١) و قد يجمع بينها بحمل النصوص المانعة على صورة الاشتراط، او التواطى. عليه قبل البيع.

(٢) و فيه: مضافا الى ما ذكره المصنف قدس سره من انه فى غاية البعد، انه جمع تبرعى لا شاهد له، و مجرد كون فرد متيقن الارادة لا يجعلهما من النص او الظاهر لا سيما مع احتياج الجمع الى التصرف فى كلا المتعارضين. و منه يظهر ضعف ما قيل من حمل الاخبار المانعة على صورة القصد الى ترتب الحرام، و المجوزة على صورة العلم خاصة. و فى تعليقه السيد الفقيه الجمع بنحو آخر، و هو حمل الاخبار المانعة على صورة العلم بصرف المبيع فى لمحرّم، و حمل الاخبار المجوزة على صورة العلم بكون المشتري شغله ذلك و إن لم يكن جعله هذا العنب الخاص خمرا معلوما. و فيه: ان ذلك لو تمّ فى بعض نصوص الجواز، لا- يتم فى جميعها، لاحظ قوله عليه السلام فى صحيح رفاعه ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شرابا خبيثا فإن الظاهر رجوع الضمير الى المبيع الخاص.

(٣) المنسوب الى المشهور كما فى لا جواهر، الجمع بين النصوص بحمل الاخبار المانعة على الكراهة و استشهاد له المصنف بقوله عليه السلام فى خبر الحلبي كما فى المتن و رفاعه كما فى ساير النسخ يبعه ممن يطبخه أو يصنعه خلا أحب إلى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٠٤

و يشهد له رواية الحلبي عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا، قال يبعه ممن يطبخه أو يصنعه خلا أحب إلى و لا أرى به بأسا و غيرها، أو التزام الحرمة فى بيع الخشب ممن يعمل صليبا أو صنما لظاهر تلك الاخبار و العمل فى مسألة بيع العنب و شبهها على الاخبار المجوزة، و هذا الجمع قول فصل لو لم يكن قولاً بالفصل و كيف كان.

فقد يستدل على حرمة البيع ممن يعمل انه يصرف المبيع فى لاحرام بعموم النهى على التعاون على الاثم و العدوان (١) و قد يستشكل

و فيه: انه يوهن هذا الجمع قوله عليه السلام فى خبر أبى كهمس - هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم انه يصنعه خمرا و قوله عليه السلام فى خبر رفاعه هو حلال ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شرابا خبيثا لا سيما و ان ظاهرهما تكرار البيع المذكور كما لا يخفى و عليه فيتعين حمل الاحبية فى خبر رفاعه على الاحبية بحسب الاخلاق.

الاعانة على الاثم

هذا كله بحسب الروايات.

و أما من حيث القواعد فقد استدل على حرمة البيع ممن يعلم انه يصرف المبيع فى الحرام بوجه:

(١) الاول: بعموم النهى عن التعاون على الاثم و العدوان كما فى المتن.

يقع الكلام أولاً: فى حكم الاعانة على الاثم.

ثم فى تحقيق مفهوم الاعانة.

أما الاول: فلا يبعد القول بعدم حرمة الاعانة على الاثم بما هى اعانة عليه.

لا لما قيل من ان الآية الشريفة «١». أريد بها الحكم التزيهى بقريه المقابلة بالامر

(١) سورة المائدة، آية ٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٠٥

...

بالاعانة على البر و التقوى الذى ليس للالزام قطعاً.

فإنه يمكن أن يدفع بأن الالتزام بجواز ما نهى عنه الشارع عند العقل، يتوقف على ورود ترخيص من الشارع فى الفعل، فمع عدمه يحكم العقل بلزوم المتابعة، و مجرد المقابلة بأمر غير الزامى لا يصلح قرينة على ذلك كما لا يخفى.

بل لان المنهى عنه هو التعاون لا الاعانة، و هو من باب التفاعل، و هو عبارة عن اجتماع عدة من الاشخاص لإيجاد أمر و يكون ذلك صادراً عن جميعهم، كان يجتمعوا على قتل نفس محترمة بأن يقتلوا جميعاً.

و أما الاعانة التى هى من باب الافعال فهى عبارة عن إيجاد مقدمات فعل الغير مع استقلال ذلك الغير فى صدور الحرام و الاثم منه، فحرمة التعاون التى هى مدلول الآية الشريفة لا تستلزم حرمة الاعانة على الاثم.

و الاستدلال لحرمتها بالاجماع، فاسد لعدم حجية المنقول منه، مع انه يحتمل استناد المجمعين الى سائر الوجوه المذكور فى المقام من الآية الشريفة، و أدلة النهى عن المنكر التى ستعرف تقريب الاستدلال بها و الجواب عنه.

فالظاهر عدم حرمة الاعانة على الاثم لعدم الدليل عليها، و الاصل عدمها إلا ما خرج بالدليل كإعانة الظالمين و اعانة أعوانهم التين لا شبهة فى حرمتها على ما سيأتى مفصلاً فى البحث عن معونة الظالمين.

ثم بعد الغض عن ذلك كله يمكن ان يقال كما فى الحقائق: بأن النصوص الواردة فى بيع.

العنب تدل على جواز الاعانة فى المقام بعد الغاء الخصوصية، فالجمع بينها و بين أدلة حرمة الاعانة على الاثم، يقتضى الالتزام بعدم الحرمة فى المقام و أمثاله.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٠٦

...

و ما ذكره المحقق النائيني قدس سره من أنه على فرض تحقق موضوع العانة، لا إشكال فى

حرمتها و لا يمكن تخصيص دليلها لان هذه من العناوين غير القابلة للتخصيص فإنها كنفس المعصية. غير تام، لان الاعانة على الاثم من العناوين التي لو لم يدل دليل على حرمتها لما استقل العقل بلزوم تركها، بل كان مقتضى القاعدة جوازها و عليه فكما للشارع ان يحرمها بإطلاقها، له تحريم حصه خاصة منها. و على فرض حرمتها و انطباقها على البيع في لمقام، لا تكون المعاملة فاسده، بناء على ما حققناه في محله من أن النهي لنفسى عن المعاملة و إن تعلق بالاعتبار الذى يعبر عنه بالمسبب لا يدل على الفساد. مع أنك قد عرفت عدم صدقها على البيع، فلو صدقت فإنما تصدق على إقباض المبيع، و أما الاعتبار النفساني، و إبرازه فليس شىء منهما مصداقا للاعانة قطعا. فتحصل: ان الاستدلال بعموم النهي عن التعاون على الاثم فى المقام غير صحيح من وجوه.

حقيقة الاعانة و مفهومها

المقام الثانى: فى بيان حقيقة الاعانة. و قد اختلفت كلماتهم فى ذلك غاية الاختلاف، مع ان مفهومها من المفاهيم العرفية، و ستعرف الاقوال عند بيان الحق فى المقام. و كيف كان، فمحصل ما قيل فى اعتباره فى صدق هذا المفهوم أمور: منها القصد الى وقوع الفعل من المعان. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٠٧ فى صدق الاعانة بل يمن حيث لم يقع القصد الى وقوع الفعل من المعان بناء على ان الاعانة هى فعل بعض مقدمات فعل الغير بقصد حصوله منه لا مطلقا (١) و أول من أشار الى هذا المحقق الثانى فى حاشية الارشاد فى هذا المسألة حيث انه بعد حكاية القول بالمنع مستندا الى الاخبار المانعة، قال: و يؤيده قوله تعالى: (و لا تعاونوا على الاثم (و يشكل بلزوم عدم جواز بيع شىء مما يعلم عادة التوصل به الى به محرم، لو تم هذا الاستدلال فيمنع معاملة أكثر الناس. و الجواب عن الآية المنع من كون محل النزاع معاونه مع ان الاصل الاباحه، و انما يظهر المعاونه مع بيعه لذلك انتهى، و وافقه فى اعتبار القصد فى مفهوم الاعانة جماعة من متأخرى المتأخرين كصاحب الكفاية و غيره.

أما اعتبار القصد بمعنى الاختيار و الارادة، الملازم للعلم معتبر قطعا، إذ مع عدم العلم بوقوع الحرام من الغير لا يحرم فعل المعنى لعدم صدق الاعانة بلا قصد كما لعله الظاهر، او لعدم تنجز حرمة على فرض صدق الاعانة إذا ترتب عليه المعان لفرض الجهل به، فعلى كل تقدير لا يحرم الفعل او لا تنجز حرمة مع عدم العلم، و عليه فلا ترتب ثمره على النزاع فى اعتبار القصد بهذا المعنى و عدمه فى صدق الاعانة.

(١) و أما القصد بمعنى الداعى و الغرض من الفعل، فهو الذى وقع الخلاف فى اعتباره و قد اعتبره مطلقا جماعة منهم المحقق الثانى، و اختار جماعة آخرون عدم اعتبار كذلك، و نسب ذلك الى الأكثر.

و المصنف قدس سره تبعا، للمحقق الاردبيلي فصل بين الموارد، باعتبار فى بعض الموارد و هو ما إذا لم تصدق الاعانة عرفا بدونه، كما إذا لم تنحصر فائدة مقدمة الحرام التى قصد الفاعل بفعالها الوصول إليها فى المشروط المحرم، كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا، و عدم اعتباره فى لا مورد الآخر و هو ما إذا صدق ذلك عرفا مع عدم القصد كما إذا انحصرت فائدتها فى المشروط المحرم

كحصول العصا في يد الظالم المستعير لها من غيره لضرب أحد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٠٨

...

وقد استدل لاعتباره مطلقاً: بأنه لو لا ذلك لزم عدم جواز بيع شيء مما يعلم عادة التوصل به الى محرم، فيمنع معاملته أكثر الناس.

ولعدم اعتباره كذلك بإطلاق على أفعال مع عدم اقترانها بهذا القصد في جملة من النصوص: كالنبي المروي عن الكافي عن مولانا الصادق عليه السلام: من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه «١».

والعلوي الوارد في الطين المروي عن الكافي عنه عليه السلام: فإن أكلته و مت كنت قد اعنت على نفسك «٢»، ونحوهما ما ورد في أعوان الظلمة «٣».

وفيهما نظر: إما الاول: فلانه إن أريد به النقض ببيع المأكولات والمشروبات مع العلم بأنه تحصل بها القوة على ارتكاب المعاصي، فيرد عليه: أنه لا تصدق الاعانة في أمثال هذه الموارد لجهة أخرى سيأتي التعرض لها بعد ذلك، وإن أريد به النقض بموارد بيع ما اقترن بالقصد تصدق الاعانة على الاثم عليه، ولا مانع من صدقها من الجهات الاخر.

فيرد عليه: انه لا مانع من الالتزام بفساد المعاملة في هذه الموارد.

و أما الثاني: فلان نصوص الطين اطلقت الاعانة فيها على أكل الطين، مجازاً أو بالعناية لوجوه:

الاول: ان موردها من قبيل ارتكاب الحرام نفسه، و الاعانة انما تصدق بالنسبة الى فعل الغير كما سيجيء.

الثاني: ان أكل الطين بنفسه موجب للقتل لا انه اعانة على ما يوجب القتل.

الثالث: ان في موردها لا يعلم بترتب الحرام على فعل الفاعل كما هو ظاهرها، وقد تقدم اعتبارها ذلك في صدقها، مع ان استعمالها أعلم من الحقيقة، و أصالة الحقيقة انما يرجع اليها لتشخيص المراد بعد معلومية الموضوع له، لا لتشخيص الموضوع له بعد معلومية المراد.

(١) الوسائل، باب ٥٨ من أبواب الطعمة المحرمة.

(٢) الوسائل، باب ٥٨ من أبواب الطعمة المحرمة.

(٣) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٠٩

...

و به يظهر ما في نصوص أعوان الظلمة، مع انه سيجيء ان المحرم انما هو عون الظالم

مطلقاً حتى في المباحات لا عونه في فعل الحرام.

فتحصل: انه دليل على اعتباره مطلقاً، ولا على عدمه كذلك.

و المصنف قدس سره لما رأى صدقها في بعض الموارد مع عدم القصد، مثل إعطاء السيف لمن يريد قتل المظلوم و عدم صدقها في بعض موارد اخر مع عدم القصد التجأ الى الالتزام باعتبار القصد، الا في ما إذا انحصرت فائدة الشرط المعان عليه في لا مشروط المحرم.

و لكن الظاهر عدم اعتبار القصد في صدقتها كما يظهر من لا رجوع الى موارد صدقتها بدون القصد بعد عدم كونها من المشترك اللفظي، و عدم تصوير جامع بين الفعل مع القصد في بعض الموارد، و بدونه في آخر.

و أولى من ذلك في عدم الاعتبار قصد الغير حينما يعان على الشرط لفعل المشروط المحرم، كما عن ظاهر المصنف قد سره حيث التزم بأنه تصدق الاعانة على الاثم إذا اعانه على شرط الحرام مع العلم بصرفه في لاحرام و كان غرض المعين ذلك، ما لم يقصد الغير لفعل الحرام، فإنه لا دليل عليه شرعا، و لا عرفا اللهم إلا ان يقال ان مراد المصنف من ما ظاهره ذلك غيره، و سيأتي الكلام في بيان مراده فانتظر.

و الظاهر عدم صدق الاعانة على كل فعل يتوقف عليه صدور الحرام من الغير، بل الظاهر اختصاصهما بما يكون من المقدمات الفاعلية لفعله، و بعبارة أخرى: ما يقع في سلسلة علل فعل فاعل الاثم، و لا تصدق على إيجاد نفس الفاعل، او حفظ حياته، و لا تهيئة موضوع الفعل.

و بذلك يظهر وجه عدم حرمة توليد الفاسق لمن يعلم ان في نسله من يرتكب الذنب، و عدم حرمة بيع المأكولات و المشروبات مع العلم بأنه يحصل للمشتري قوة على المعصية، و عدم حرمة تجارة التاجر مع العلم بأنه يأخذ العاشر منه العشور، و عدم حرمة سفر الحاج الذي يعلم انه يؤخذ منه المال ظلما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١٠

هذا و ربما زاد بعض المعاصرين على اعتبار القصد وقوع المعان عليه في تحقق مفهوم الاعانة في الخارج (١) و تخيل انه لو فعل فعلا بقصد تحقق الاثم الفلاني من الغير فلم يتحقق منه لم يحرم من جهة صدق الاعانة بل من جهة قصدها بناء على ما حرره من حرمة الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحققه، و انه لو تحقق الفعل كان حراما من جهة القصد الى المحرم، و من جهة الاعانة و فيه تأمل.

كما انه ظهر الفرق بين هذه الامثلة و بين إعطاء العصا لمن يريد ضرب المظلوم و تسليط المار على العنب و ما شابههما. كما انه ظهر انه لا بد من الالتزام بحرمة نقل التاجر أمواله الى الكمر ك الذي عينه الظالم لأخذ العشور فيه، فإن ذلك ليس كأصل التجارة من محققات موضوع الظلم، بل من مقدمات الظلم، و الفرق بينهما كالفرق بين تسليط الخمار على العنب و إيجاد العنب. و بالجملة: بعد التدبر فيما ذكرناه لا أظن أن يبقى مورد لا يحرز صدق الاعانة أو عدمه حتى نحتاج الى الإحالية على العرف، ثم ان هذا كله في المعين.

و أما في المعان فيعتبر أمران:

الاول: بقاء الاختيار في المعان بأن لا يكون فعل المعين علة تامه لصدور الفعل منه،

إذ حينئذ لا يكون صدور الفعل من المعان معصية و إثما، فلا يكون فعل المعين إعانة على الاثم، نعم اذا كان المحرم هو ذلك الفعل الذي هو اسم المصدر و لم يلاحظ في تحققه حيث الانتساب أو كان عنوان الحرام هو العنوان الاعم الصادق على السبب و المباشر حرم فعل المعين لكن لا من باب حرمة الاعانة على الاثم بل من جهة اخرى غير مربوطة بالمقام.

الثاني: تحقق الفعل المعان عليه منه، و هو الذي ذكره المصنف قدس سره بقوله:

(١) "و ربما زاد بعض الاساطين على اعتبار القصد اعتبار وقوع المعان عليه في تحقق مفهوم الاعانة في لخارج،" إذ مع عدم تحققه لا يكون فعل المعين اعانة على الاثم، بل كاني تخيل كونه كذلك، نعم كان فعله تجريبا و يعاقب عليه من هذه الجهة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١١

فإنه حقيقة الاعانة على الشيء هو الفعل بقصد حصول الشيء سواء حصل أم لا، و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر عن الغير بقصد التوصل اليه فهو داخل في الاعانة على الاثم، و لو تحقق الحرام لم يتعدد العقاب (١) و ما أبده ما بين ما ذكره المعاصر و بين

ما يظهر من الاكثر من عدم اعتبار القصد، فعن المبسوط الاستدلال على وجوب بذل الطعام لمن يخاف تلفه بقوله صلى الله عليه وآله: من أغان على قتل مسلم و لو بشرط كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله (٢) و قد استدل في التذكرة على حرمة بيع السلاح من اعداء الدين بأن فيه اعانة على الظلم (٣) و استدل المحقق الثاني على حرمة بيع العصير المتنجس ممن يستحله بأن فيه اعانة على الاثم.

و لنعم ما أفاده بعض مشايخنا المحققين قدس سره حيث قال: و يمكن استشعار ذلك من قوله: من أكل الطين فمات فقد أغان على نفسه و في آخر فإن اكلته و مت فقد اعنت على نفسك و المصنف قدس سره لم يذكر وجهها لما اختاره من عدم اعتبار ذلك، سوى تكرار مدعاه و هو كما ترى.

(١) نعم ما ذكره من أنه لو تحقق الحرام لم يتعدد العقاب، متين، إذ مع ترتب الحرام لا- يكون فعل المعين تجرؤا بل معصية حقيقة، فليس عليه غير عقاب واحد.

(٢) الظاهر ان استدلال شيخ الطائفة بقوله صلى الله عليه وآله «١» لوجوب بذل الطعام لخائف التلف، انما يكون بالفحوى و الاولوية كما يصرح بذلك المصنف قد سره فيما سيأتي و كيفية الاستدلال به حيثئذ: انه اذا كان المعين على قتل مسلم يكتب بين عينيه انه آيس من رحمة الله فالقاتل نفسه بترك بذل الطعام الموجب لتلفه اولى بأن يكون كذلك، و على ذلك فيتم الاستدلال لا انه اجنبى عن المقام بالمرّة، فإنه على هذا لا يدعى كون ترك البذل اعانة على الاثم كما لا يخفى.

(٣) سيأتي ان حرمة بيع السلاح لأعداء الدين ليست من باب الاعانة على الاثم بل لاجل نصوص خاصة فانتظر.

(١) عوالى اللاكلى. ٢، ص ٣٣٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١٢

و قد استدل المحقق الاردبيلي قدس سره على ما حكى عنه من القول بالحرمة في مسألتنا بأن فيه اعانة على الاثم، و قد قرره على ذلك في الحدائق فقال: انه جيد في حد ذاته لو سلم من المعارضة بأخبار الجواز و في الرياض، بعد ذكر الاخبار السابقة الدالة على الجواز، قال: و هذه النصوص و إن كثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها، بل ربما كان بعضها صريحا لكن في مقابلتها للاصول و النصوص المعتضدة بالعقول إشكال انتهى. (١) و الظاهر ان مراده بالاصول قاعه حرمة الاعانة على الاثم، و من العقول حكم العقل بوجوب التوصل الى دفع المنكر مهما أمكن و يؤيد ما ذكره من صدق الاعانة بدون القصد إطلاقها في غير واحد من الاخبار (٢) ففي النبوى المروى في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام من أكل الطين فمات فقد أغان على نفسه، و في العلوى الوارد في الطين المروى «١» أيضا في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام فإن أكلته و مت فقد اعنت على نفسك «٢» و يدل عليه غير واحد مما ورد في أعوان الظلمة و سيأتي.

و حكى انه سأل بعض الاكابر، و قيل له: انى رجل أخيط للسلطان ثيابه فهل ترانى داخلا بذلك في أعوان الظلمة، فقال له: المعين من يبيعك الابرو الخيوط، و أما أنت فمن الظلمة.

(١) الظاهر ان مراده بها ما ذكره المصنف قدس سره أى قاعدة حرمة الاعانة على الاثم.

و الوجه في عدم العمل بالنصوص الخاصة في مقابلها لعله هو ما ذكره العامة النائيني قدس سره الذى تقدم في المقام الاول مع الجواب عنه.

و أما ما احتمله بعض الاعاظم من ان يكون مراده بها أصالة الفساد.

فهو بعيد غايته إذ عدم العمل بالنص الخاص في مقابل الاصل العملي غير معهود من الفقهاء.
(٢) قد تقدم عند الاستدلال على عدم اعتبار القصد الغائي، كيفية الاستدلال بهذه النصوص و الجواب عنه فراجع.

(١) الوسائل باب ٥٨ من أبواب الاطعمة و الاشربة، حديث ٦.

(٢) الوسائل باب ٥٨ من أبواب الاطعمة و الاشربة، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١٣

و قال المحقق الاردبيلي قدس سره في آيات أحكامه في الكلام على الآية، الظاهر ان المراد الاعانة على المعاصي مع القصد او على الوجه الذي يصدق انها اعانة مثل ان يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فيعطيه اياها او يطلب القلب لكتابة ظلم فيعطيه اياه و نحو ذلك مما معونه عرفا، فلا تصدق على التاجر الذي يتجر لتحصيل غرضه انه معاون للظالم العاشر في أخذ العشور و لا على الحاج الذي يؤخذ منه المال ظلما و غير ذلك، مما لا يحصى فلا يعلم صدقتها على بيع العنب ممن يعمله خمرا او الخشب ممن يعمله صنما، و لذا ورد في الروايات الصحيحة جوازه و عليه الاكثر و نحو ذلك مما لا يخفى، انتهى كلامه، و رفع مقامه.

و لقد دقق النظر (١) حيث لم يعلق صدق الاعانة على القصد، و لا أطلق القول بصدقه بدون بل علقه بالقصد او بالصدق العرفي و إن لم يكن قصد لكن أقول:

لا شك في انه إذا لم يكن مقصود الفاعل من الفعل وصول الغير الى مقصده و لا إلى مقدمة من مقدماته، بل يترتب عليه الوصول من دون قصد الفاعل فلا يسمى اعانة كما في تجارة التاجر بالنسبة الى أخذ العشور و مسير الحاج بالنسبة الى أخذ المال ظلما، و كذلك لا إشكال فيما إذا قصد الفاعل بفعله و دعاه اليه وصول الغير الى مطلبه الخاص، فانه يقال: انه اعانة على ذلك المطلب فإن كان عدوانا مع علم المعين به صدق الاعانة على العدوان، و انما الاشكال فيما إذا قصد الفاعل بفعله وصول الغير الى مقدمة مشتركة بين المعصية و غيرها مع العلم بصرف الغير اياها الى المعصية، كما إذا باعه العنب فإن مقصود البائع تملك المشتري له و انتفاعه به فهي اعانة له بالنسبة الى أصل تملك العنب، و لذا لو فرض ورود النهي من معاونته هذا المشتري الخاص في جميع اموره او في خصوص تملك العنب حرم بيع العنب عليه مطلقا.

(١) قد مر ان صدق الاعانة على العمل بلا قصد في بعض الموارد عرفا آية عدم اعتباره في صدقتها مطلقا فراجع، و تقدم أيضا ان عدم صدقتها في بعض موارد آخر كتجارة التاجر بالنسبة الى أخذ العشور، ليس لاجل عدم القصد، بل لفقد شيء آخر مما يعتبر في صدقتها وجوده.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١٤

فمسألة بيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا نظير إعطاء السيف او العصا لمن يريد قتلا او ضربا حيث ان الغرض من الاعطاء هو ثبوته بيده و التمكن منه، كما ان الغرض من بيع العنب تملكه له فكل من البيع و الاعطاء بالنسبة الى اصل تملك الشخص و استقراره في يده إعانة إلا ان الاشكال في ان العلم بصرف ما حصل باعانة البائع و المعطى في الحرام هل يوجب صدق الاعانة على الحرام أم لا، فحاصل محل الكلام هو ان الاعانة على شرط الحرام مع العلم بصرفه في الحرام هل هي اعانة على الحرام أم لا، فظهر الفرق بين بيع العنب و بين تجارة التاجر و مسير الحاج (١) و ان الفرق بين إعطاء السوط للظالم و بين بيع العنب لا-وجه له، و ان اعطاء السوط إذا كان اعانة كما اعترف به فيما تقدم من آيات الاحكام (كان بيع العنب كذلك كما اعرف به في شرح الارشاد فإذا بنينا على ان شرط الحرام حرام مع فعله توصلا الى الحرام (٢) كما جزم به بعض، دخل ما نحن فيه في الاعانة على المحرم فيكون بيعا لعنب اعانة على تملك العنب المحرم مع قصد التوصل به الى التخميم، و إن لم يكن اعانة على نفس التخميم او على شرب الخمر.

و ان شئت قلت: ان شراء العنب للتخمير حرام كغرس العنب لاجل ذلك،

فالبائع انما يعين على الشراء المحرم، نعم لو لم يعلم ان الشراء لاجل التخمير لم يحرم،

و ان علم انه سيخمر العنب بإرادة جديده منه، و كذا الكلام فى بائع الطعام على من يرتكب المعاصى فانه لو علم ارادته من الطعام المبيع التقوى به عند التملك على المعصية حرم البيع منه.

(١) قد عرفت ان الفرق بينهم، ليس فى ان التاجر لا- يقصد بتجارته وصول العاشر الى أخذ العشور، و لا- إلى مقدمة من مقدماته بخلاف بائع العنب، و لا- ان بيع العنب اعانة على شرط الحرام المحرم بخلاف تجارة التاجر، بل ان تجارة التاجر من قبيل تهيئة الموضوع و بيع العنب من قبيل ايجاد مقدمة من مقدمات الفعل.

(٢) ظاهر المصنف و المحقق النائنى، التسالم على حرمة مقدمة الحرام إذا أتى بها توصلا الى الحرام، و انما الكلام فى ان منشأ هذا الحكم هل هو التجرى، او الملازمة بين حرمة الشيء و حرمة مقدمته.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢١٥

و أما العلم بأنه يحصل من هذا الطعام قوة على المعصية يتوصل بها اليها فلا يوجب التحريم هذا، و لكن الحكم بحرمة الاتيان بشرط الحرام توصلا اليه قد يمنع الى من حيث صدق التجرى، و البيع ليس اعانة عليه و ان كان اعانة على الشراء الا انه فى نفسه ليس تجريا (١) فإن التجرى يحصل بالفعل المتلبس بالقصد و توهم ان الفعل مقدمة له فيحرم الاعانة (٢) مدفوع بأنه لم يوجد قصد الى التجرى حتى يحرم و الا لزم التسلسل فافهم. (٣) نعم لو ورد النهى بالخصوص عن بعض شروط الحرام كالغرس للخمر دخل الاعانة عليه فى الاعانة على الاثم، كما انه لو استدللنا بفحوى ما دل على لعن الغارس على حرمة التملك للتخمير حرم الاعانة عليه أيضا بالبيع، فتحصل مما ذكرناه ان قصد الغير لفعل الحرام معتبر قطعاً فى حرمة فعل المعين، و ان محل الكلام هى الاعانة على شرط الحرام بقصد تحقق الشرط دون المشروط، و انها هل تعد اعانة على المشروط فتحرم أم لا؟

و لكن الاظهر كما حققه فى الاصول عدم الحرمة، و ان قصد المعصية مع عدم التلبس بها، او بما يعتقد كونه حراما لا يكون حراما و ان اشتغل بالمقدمات.

(١) قد مر ان التجرى الذى يعاقب عليه هو التجرى بإتيان ما يعتقد كونه حراما و الاشتغال بمقدمات الحرام و لو بقصد التوصل الى الحرام لا يعاقب عليه و لا يكون محرما،

ثم مع الاغماض عن ذلك و تسليم كونه محرما من باب التجرى بما ان الفعل حينئذ حرام بذاته لكونه جزء من المحرم و البيع الخارجى على الفرض اعانة عليه فهو اعانة على الاثم

(٢) محصله بعد اصلاحه بأن المراد من كون الفعل مقدمة، كونه مقدمة داخلية اى جزء من الكل المحرم يرجع الى ما ذكرناه و عليه.

(٣) فالجواب عنه بأن الشراء مقدمة للتجى المحرم، فحرمة ان ثبت لا- بد و أن تكون لاجل كونه مقدمة للحرام فيكون تجريا، و حيث ان كونه تجريا يتوقف على القصد،

فلا بد فيه من القصد الى التجرى و هو على الفرض معدوم، و على فرضه ينقل الكلام الى ذات الشراء و هكذا الى ان يتسلسل كما فى المتن مع توضيح منا.

غير تام إذ لا يعتبر القصد المزبور أى قصد التوصل به الى التجرى فى حرمة المقدمة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢١٦

فلا تحرم ما لم يثبت حرمة الشرط من غير جهة التجرى و ان مجرد بيع العنب ممن يعلم انه سيجعله خمرا من دون العلم بقصده ذلك

من الشراء ليس محرماً أصلاً لا من جهة الشرط ولا من جهة المشروط (١) و من ذلك يعلم ما فيما تقدم عن حاشية الارشاد من أنه محل الكلام فيما يعد شرطاً للمعصية الصادرة عن الغير، فما تقدم من المبسوط من حرمة ترك بذل الطعام لخائف التلف مستنداً الى قوله عليه السلام من أعان على قتل مسلم الخ. محل تأمل، الا ان يريد الفحوى و لذا استدل في المختلف بعد حكاية ذلك عن الشيخ بوجوب حفظ النفس مع القدرة و عدم الضرر.

ثم انه يمكن التفصيل (٢) في شروط الحرام المعان عليه بين ما ينحصر فائده و منفعته عرفاً في المشروط المحرم كحصول العصا في يد الظالم المستعير لها من غيره لضرب أحد فإن ملكه للانتفاع به في هذا الزمان ينحصر فائده عرفاً في الضرب و كذا من استعار كأساً ليشرب الخمر فيه و بين ما لم يكن كذلك كتمليك الخمار للعنب، فإن منفعته التمليك و فائده غير منحصرة عرفاً في الخمر حتى عند الخمار فيعد الاول عرفاً اعانته على المشروط المحرم بخلاف الثاني.

الداخليه، و انما هو معتبر في لمقدمات الخارجية و لعله لذلك أمر بالفهم.

(١) إن أراد بذلك اعتبار قصده حين صدور الفعل من المعين، و ان ان أتى المعين بشرط الحرام مع علمه بأن الغير يصرفه في الحرام بإرادته جديدة منه بداعي ذلك، لا تصدق الاعانة على الاثم: لعدم قصد ذلك الغير لفعل الحرام حين صدور الفعل من المعين، كما لعله الظاهر منه فقد عرفت عند بيان تنقيح موضوع الاعانة، انه لا دليل على اعتبار ذلك لا عرفاً و لا شرعاً، و إن اراد اعتبار صدور الحرام من الغير قصداً حين ما يصدر حتى يتصف بالحرمة، فهو متين كما تقدم الكلام فيه عند بيان ما يعتبر في المعان، إلا انه لا يتم على مسلكه و هو عدم اعتبار وقوع المعان عليه إذ لو لم يكن ذلك معتبراً في صدقها فعدم اعتبار صدوره عن قصد أولى بعدم الاعتبار كما لا يخفى.

(٢) و فيه مضافاً الى ما تقدم عند تنقيح موضع الاعانة ان العزم على ان يصرف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١٧

و لعل من جعل بيع السلاح من أعداء الدين حال قيام الحرب من المساعدة على المحرم، و جوز بيع العنب ممن يعمله خمراً كالفاضلين في الشرائع و التذكرة و غيرهما نظر الى ذلك و كذلك المحقق الثاني حيث منع من بيع العصير المتنجس على مستحله مستنداً الى كونه من الاعانة على الاثم و منع من كون بيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمراً من الاعانة، فإن تملك المستحل للعصير منحصر فائده عرفاً عنده في الانتفاع به حال النجاسة بخلاف تملك العنب، و كيف كان فلو ثبت تميز موارد الاعانة من العرب فهو و الا فالظاهر مدخليه قصد المعين:

نعم يمكن الاستدلال على حرمة بيع الشيء ممن يعلم انه يصرف المبيع في الحرام بأن دفع المنكر كرفعه واجب و لا- يتم الا بترك البيع فيجب (١) و إليه أشار المحقق الاردبيلي قدس سره حيث استدل على حرمة بيع العنب في المسألة بعد عموم النهي عن الاعانة بأدلة النهي عن المنكر.

الشيء في مصرف خاص لا يوجب حصر فائده فيه.

مع انه يمكن ان يقال ان صدق الاعانة على الاثم في اعطاء العصا للظالم المستعير لها من غيره لضرب المظلوم، انما يكون لظهور الحال في ان المعطى قصده الغائي من الاعطاء ذلك لا سيما و ان العارية عبارة عن الاذن في الانتفاع و عليه فلا وجه للتفصيل المزبور.

(١) هذا هو الوجه الثاني: مما استدل به لحرمة بيع الشيء ممن يعلم انه يصرفه في الحرام و هي ادلة النهى عن المنكر استدل بها المحقق الاردبيلي قدس سره لحرمة بيع العنب في المسألة و تقريب الاستدلال بها انه كما يجب رفع المنكر كذلك يجب دفعه، و لا يتم الا بترك البيع، فيصير ترك البيع واجبا و فعله حراما و لا أقل من انه معصية.
و لكن يرد على الاستدلال بأدلة النهى عن المنكر: انه و إن كان لا معنى لرفعه المنكر.
إذ ما وقع لا يمكن إعدامه و رفعه، بل الرفع فى هذا المقام أريد به الدفع، مثلا من شرع منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١٨

و يشهد بهذا ما ورد من انه لو لا ان بنى أمية وجودا من يجبي لهم الصدقات و يشهد جماعتهم ما سلبوا حقنا (١) دل على مذمة الناس فى فعل ما لو تركوه لم يتحقق المعصية من بنى أمية، فدل على ثبوت الذم لكل ما لو ترك لم يتحقق المعصية من الغير، و هذا و ان دل بظاهره على حرمة بيع العنب و لو ممن يعلم انه سيجعله خمرا مع عدم قصد ذلك حين الشراء الا انه لم يقد دليل على وجوب تعجيز من يعلم انه سيهم بالمعصية، و انما الثابت من النقل و العقل القاضى بوجوب اللطف و وجوب ردع من هم بها و أشرف عليها بحيث لو لا الردع لفعلها او استمر عليها.

فى شرب الخمر فبالنسبة الى المقدار من الشرب الذى تحقق لا معنى لرفعه و لا لإيجابه و بالنسبة الى الباقي يكون دفعا، فالنهي عن المنكر مطلقا ايجاب للدفع لا الرفع.

إلا أن الادلة أى ادلة النهى عن المنكر بحسب المدلول اللفظى، مختصة بمن شرع فى الحرام، فالاستدلال بها لوجوب ردعه من هم به و اشرف عليه يتوقف على إحراز وجود المناط فيه، بدعوى ان المناط هو عدم وجود المنكر فى الخارج، و دونه خرط القتاد، و إلا لزم الالتزام بأن ترك إيجاد الفاعل للحرام و إبقائه، و تهيئته، و تهيئته الموضوع للحرام، كتجارة التاجر بالنسبة الى أخذ العشور من قبيل الفعل الواجب، لكون كل واحد منها موجبا لعدم وجود المنكر فى الخارج.

و مع الاغماض عن ذلك، ما به يدفع المنكر انما هو ترك الاقباض لا ترك البيع، و على فرض كونه ترك البيع، و بنينا على وجوب دفع المنكر، غاية ما يثبت بهذا الدليل هي الحرمة لا الفساد: لما حققناه فى أول الكتاب من أن حرمة المعاملة لا تلازم فسادها.
(١) و قد استشهد المصنف لوجوب دفع المنكر بخبر ابن أبى حمزة عن الامام الصادق عليه السلام لو لا ان بنى أمية وجدوا لهم من يكتب و يجبي لهم الفىء و يقاتل عنهم و يشهد جماعتهم لما سلبوا حقنا «١».

(١) الوسائل، باب ٤٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢١٩

ثم إن الاستدلال المذكور انما يحسن مع علم البائع بأنه لو لم يبعه لم يحصل المعصية لانه حينئذ قادر على الردع، اما لو لم يعلم ذلك أو علم بأنه يحصل منه المعصية بفعل الغير فلا يتحقق الارتداع بترك البيع، كمن يعلم عدم الانتهاء بنهيه عن المنكر. (١)

و كيفية الاستدلال به: ان الظاهر منه كون وجه حرمة الجباية و حضور الجماعة:

انهما يوجبان سلب الحق الذى هو محرم، فبعد الغاء الخصوصية يكون الاستفادة منه حرمة كل ما يوجب تركه عدم تحقق المعصية من الغير.

و فيه: إنه لا وجه لإلغاء الخصوصية، مع احتمال ان يكون لسلب الخلافة الذى هو من أعظم المحرمات لكونه المنشأ و الاساس لصدور

سائر المنكرات خصوصية.

أضف الى ذلك كله: انه لو سلم كون دفع المنكر كرفعه واجبا و اغمض عن سائر الايرادات و سلمنا ثبوت حرمة بيع الشيء ممن يعلم انه يصرفه في الحرام، كبيع العنب ممن يعلم انه سيجعله خمرًا، لكنه لا يدل ذلك على الحرمة مطلقًا، و إن يقصد ذلك حين الشراء، لان الأدلة المختصة بما إذا هم بالمعصية و أشرف عليها، و لا تشمل ما إذا كان سيهم بالمعصية و ذلك.

فإن أدلة النهي عن المنكر النقلية قد عرفت اختصاصها بمن شرع في الحرام، و غاية ما يمكن ان يقال هو التعدي عن موردها الى من همم الشروع فيه، فلا وجه للتعدي الى من سيهم بالشروع فيه.

و أما دليل العقل: و إن أثبتنا في هذا الشرح تبعًا للشيخ و العلامة و الشهيدين و غيرهم من الاساطين انه يدل على وجوب رفع المنكر و دفعه إلا ان المتيقن منه صورة الاشراف على الحرام.

و أما الخبر: فلان قصد بنى امية سلب حق أولياء الله معلوم، مع احتمال الاختصاص بمورده كما عرفت.

(١) و ملخص القول في المقام: انه تارة نلتزم بأن الواجب انما هو دفع كل فرد من أفراد المنكر بحيث يتعد الوجوب بتعدد أفراد المنكر، و أخرى نلتزم بأن الواجب هو دفع طبيعة المنكر، بمعنى ان الواجب هو حفظ وعاء الخارج من المنكر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢٠

و توهم ان البيع حرام على كل أحد فلا يسوغ لهذا الشخص فعله معتذرا بأنه لو تركه لفعله غيره مدفوع بأن ذلك فيما كان محرما على كل واحد على سبيل الاستقلال فلا يجوز لواحد منهم الاعتذار بأن هذا الفعل واقع لا محالة و لو من غيري فلا ينفع تركي له.

فعلى الاول: بما انه يحرم تخمير كل فرد من العنب مستقلا، لكون النهي المتعلق بالتخمير منحلًا- الى نواهي متعددة حسب ماله من الافراد، و لذا لو خمر فردا من العنب، ثم بعده خمر فردا آخر يعاقب عقابين، بخلاف ما اذا لم يعقبه بتخمير فرد آخر، فإنه يعاقب عقابا واحدا، فترك بيع كل فرد من الافراد دفع لمنكر خاص فهو واجب تركه آخرون أم لا.

و بعبارة اخرى: على هذا لا يكون الواجب شيئًا واحدا على المجموع، بل يكون الواجب متعددًا حسب تعدد افراد بيع العنب، فكل مكلف متوجه اليه تكليف خاص غير مربوط بغيره، فيجب عليه ترك البيع، و ان كان جاهلا- بأنه لو لم يبيعه ببيعه غيره، بل و ان علم بحصوله.

نعم لو علم بأنه لو ترك البيع يبيعه غيره، و كان ذلك الغير عازما على البيع، و كان يبيعه موجبا لترك ذلك البيع، يمكن القول بالجواز من جهة انه كما يكون في الفرض ترك البيع دفعا لفرد من المنكر، كذلك يكون البيع دفعا لمنكر آخر و هو بيع الغير.

٢- و حيث ان المفروض انه أيضا يهتم بالبيع بحيث لو لم يبيع هذا يبيعه ذاك، فهو دفع للمنكر فيجب و بما انه لا يمكن الموافقة لهما فلا محالة يتخير بينهما، فيجوز له البيع أيضا.

و لكن ذلك يتم فيما لم يتمكن من دفع بيع الغير بوجه آخر، و الا فيجب ترك البيع و ذلك الوجه كما لا يخفى، فتدبر، فإن ذلك مع دقته قابل للمنع، فإنه لو كان بيع الغير حراما يكون بيع نفسه أيضا حراما لعين ذلك الملاك، و عليه فلا يكون دفع المنكر المنطبق على البيع واجبا، فإن دفع المنكر بفعل الحرام لا- يجب، هذا فيما إذا كان المشتري عازما على تخمير أحد العنبيين، و إلا فلا وجه للقول بالجواز أصلا كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢١

أما إذا وجب على جماعة شيء واحد كحمل ثقل مثلا بحيث يراد منهم الاجتماع عليه، فإذا علم واحد من حال الباقي عدم القيام به و الاتفاق معه في إيجاد الفعل كان قيامه بنفسه بذلك الفعل لغوا فلا يجب، و ما نحن فيه من هذا القبيل، فان عدم تحقق المعصية من مشتري العنب موقوف على تحقق البيع من كل بائع،

فترك المجموع للبيع سبب واحد لترك المعصية، كما ان بيع واحد منهم على البدل شرط لتحقيقها فإذا علم واحد منهم عدم اجتماع الباقي معه في تحصيل السبب و المفروض ان قيامه منفردا لغو سقط وجوبه. (١)

(١) و على الثانى: بما ان دفع المنكر انما يكون بترك المجموع البيع، و لا- يتحقق بترك البائع مع تصدى الغير له، فقد يقال بعدم وجوب ترك البيع كما فى المكاسب و تبعه المحقق النائيني قدس سره بدعوى انه لا يتحقق الارتداع بترك البيع، فهو كمن يعلم عدم الانتهاء بنهيه عن المنكر، و بعبارة اخرى: بعد كون الواجب على الجميع شيئا واحدا و هو ترك المجموع للبيع، فإذا علم واحد عدم قيام غيره به كان قيامه بنفسه بذلك الفعل لغوا فلا يجب.

و لكن هذا الوجه فاسد، و هو يتضح بعد بيان كيفية وجوب فعل واحد على جماعة.

و حاصلها انه: لا يكون الواجب على كل فرد ذلك الفعل لا مطلقا لكونه غير مقدور له و لا مشروطا بموافقة الآخرين، و إلا لزم عدم تحقق العصيان بترك الجميع، و هو خلاف الفرض، فلا- محيص عن الالتزام بكونه غرضا من الفعل الواجب على كل فرد أى الغرض الاقصى، لا الغرض الموجب لتوجه التكليف، و إلا لما صح تخلفه عن فعل كل واحد، فيجب على كل فرد الاقدام بما فى وسعه من المقدمات، و عليه فلا وجه لدعوى ان قيامه به بالاتيان بما فى وسعه مع علمه بترك الغير لغو، فإن اللغوية بمعنى عدم ترتب الغرض الاقصى لا توجب سقوط التكليف.

لا يقال: إن هذا الوجوب ليس نفسيا لعدم كون متعلقه مطلوبا أصليا، فإن المطلوب الاولى هو ذلك العنوان المترتب على فعل الجميع، و لا واجبا غيريا لعدم كون متعلقه مقدمة لواجب آخر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٢٢

و ما تقدم من الخبر فى بنى امية فالذم فيه انما هو على إعانتهم بالامور المذكورة فى الرواية و سيأتى تحريم كون الرجل من أعوان الظلمة حتى فى المباحات التى لا دخل لها برئاستهم فضلا عن مثل جباية الصدقات و حضور الجماعات و شبههما مما هو من أعظم المحرمات.

و قد تلخص مما ذكرنا ان فعل ما هو من قبيل الشرط لتحقيق المعصية من الغير من دون قصد توصل الى الغير به الى المعصية غير محرم لعدم كونها فى العرف إعانة مطلقا أو على التفصيل الذى احتملناه أخيرا، و أما ترك هذا الفعل فإن كان سببا يعنى علة تامة لعدم المعصية من الغير كما إذا انحصر العنب عنده و جب لوجوب الردع عن المعصية عقلا و نقلا.

فإنه يقال: ان الواجب النفسى ليس عبارة عن المطلوب الاولى، و إلا لزم عدم كون

شئ من الواجبات النفسية واجبا نفسيا، الا معرفة الله تعالى، بل هو عبارة عما وجب و لم يكن مقدمة لواجب آخر.

مع انه يمكن ان يقال: إن المطلوب الاولى فى الفرض هو ما ينطبق على فعل الجميع،

ففعل كل واحد جزء من الواجب النفسى لا مقدمة لحصوله.

و على ذلك ففى المقام دفع المنكر انما يكون بترك الجميع البيع، فيجب على كل واحد ان يترك البيع مستقلا، فلا يسوغ له الاعتذار ببناء الغير على عدم الترك أى الفعل فلا ينفع تركى.

و يؤيد ذلك الخبر «١» الوارد فى من يجبى المال الى بنى امية فانه عليه السلام حكم بحرمة الفعل بقول مطلق، و إن لم يترتب عدم سلب الحق على فرض ترك ما هو مقدمة لسلب الحق عنهم عليهم السلام.

(١) الوسائل، باب ٤٧، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢٣

و أما لو لم يكن سببا بل كان السبب تركه منضمنا الى ترك غيره، فإن علم او ظن) او احتمال (١) قيام الغير بالترك وجب قيامه به أيضا، و إن علم او ظن عدم قيام الغير سقط عنه وجوب الترك لان تركه بنفسه ليس برادع حتى يجب، نعم هو جزء للرادع المركب من مجموع تروك أرباب العنب لكن يسقط وجوب الجزء إذا علم بعدم تحقق الكل في الخارج، فعلم مما ذكرناه في هذا المقام ان فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير يقع على وجوه:

(احدها): ان يقع من الفاعل قصدا منه لتوصل الغير به الى الحرام، وهذا لا إشكال في حرمة لكونه اعانة. (٢) الثاني (: ان يقع منه من دون قصد لحصول الحرام و لا لحصول ما هو مقدمة له مثل تجارة التاجر بالنسبة الى معصية العاشر فإنه لم يقصد بها تسلط العاشر عليه الذي هو شرط لأخذ العشر، وهذا لا إشكال في عدم حرمة (٣).

(١) المراد به الاحتمال المساوي لقوله و ان علم او ظن، و الوجه في حكمه بالوجوب مع الظن او احتمال قيام الغير به.

مع انه في الموردین يشك في صدق عنوان الدفع الواجب بالشبهة المصدقية، و المختار عنده جريان البراءة فيه.

انما هو ما دل من النصوص على وجوب النهي عن المنكر مع احتمال التأثير.

و بذلك يظهر ما في كلمات المحشين في المقام التي ذكروها إيرادا على المصنف قدس سره.

نعم ما ذكروه من التهافت بين كلماته حيث انه مر منه آنفا عدم وجوب الترك إذا احتمال قيام الغير به و ارد عليه.

(٢) ما أفاده من عدم الجواز على القول بحرمة الاعانة على الاثم تام.

و لكن قد عرفت ما في المبني.

(٣) و لكن بناء على حرمة الاعانة على الاثم، الاظهر حرمة ذلك إذا كان الفعل واقعا في سلسلة علل فعل الغير المحرم لا في مثل

المثال المذكور الذي هو من قبيل إيجاد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢٤

الثالث: ان يقع منه بقصد حصول ما هو من مقدمات حصول الحرام عن الغير لا- لحصول نفس الحرام منه و هذا قد يكون من دون

قصد الغير التوصل بذلك الشرط الى الحرام كبيع العنب من الخمار المقصود منه تملكه للعنب الذي هو شرط لتخميره لا- نفس

التخمير مع عدم قصد الغير أيضا التخمير حال الشراء، و هذا أيضا لا إشكال في عدم حرمة (١) و قد يكون مع قصد الغير التوصل به

الى الحرام أعنى التخمير حال شراء العنب و هذا أيضا على وجهين:

(احدهما): ان يكون ترك هذا الفعل من الفاعل علة تامة لعدم تحقق الحرام من الغير و الاقوى هنا وجوب الترك و حرمة الفعل.

(و الثاني): ان لا يكون كذلك بل يعلم عادة او يظن بحصول الحرام من الغير من غير تأثير لترك ذلك الفعل و الظاهر عدم وجوب

الترك (٢) حيثئذ بناء على ما ذكرنا من اعتبار قصد الحرام في صدق الاعانة عليه مطلقا او على ما احتملنا من التفصيل.

الموضوع، فإنه يصدق عليه الاعانة على الاثم لما تقدم من عدم اعتبار القصد الغائي في صدقها ثم على فرض عدم صدقها يمكن ان

يقال بوجوب الترك بناء على وجوب دفع المنكر لكونه دفعا له.

(١) و لكن: هذا يتم بناء على اعتبار القصد الغائي في صدق الاعانة و عدم وجوب تعجيز من سيهم بالمعصية كما اختارهما المصنف

قدس سره فإنه على ذلك لا يشمل دليل وجوب دفع المنكر، و لاما دل على حرمة الاعانة على الاثم.

(٢) قد مر انه على القول بوجوب دفع المنكر، و حرمة الاعانة على الاثم لا- بد من القول بحرمة الفعل، و وجوب الترك في هذا

الفرض، فراجع ما حققناه آنفاً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢٥

ثم كل مورد حكم فيه بحرمة البيع من هذه الموارد الخمسة، فالظاهر عدم فساد البيع لتعلق النهي بما هو خارج عن المعاملة أعنى الاعانة على الاثم او المسامحة في الردع عنه (١) و يحتمل الفساد لإشعار قوله عليه السلام في رواية التحف المقدمة بعد طوله: و كل بيع ملهوبه و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله أو يقوى به الكفر و الشرك في جميع وجوه المعاصي او باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه الخ. (٢) بناء على ان التحريم مسوق لبيان الفساد في تلك الرواية كما لا يخفى لكن في الدلالة تأمل، و لو تمت لثبت الفساد مع قصد المشتري خاصة للحرام لان الفساد لا يتبعص.

(١) الظاهر ان مراده بذلك ان النهي إذا تعلق بالمعاملة يمكن دعوى ظهوره في الارشاد الى الفساد، و أما إذا تعلق بأمر خارج- أى كلى منطبق عليها كعنوان الاعانة على الاثم- لا مناص من حمله على إرادة الحرمة، و حيث انها لا تلازم الفساد فلا يستفاد منه الفساد، و المقام من قبيل الثاني لا الأول، و هو حق متين كما تقدمت الاشارة اليه.

(٢) الاستدلال بها يتوقف على أمور: الاول: اعتبارها سنداً. و الثاني: شمول جملة من جملاتها لما نحن فيه. الثالث: دلالتها على الفساد لا الحرمة، بناء على المختار عندنا و عنده، من عدم تلازم الحرمة مع الفساد.

أما الاول: فقد مر الكلام فيه في أول الكتاب، و عرفت ان الاظهر عندنا هو العدم.

و أما الثاني: فغاية ما يمكن ان يقال في وجه شمولها لما نحن فيه: ان كل معصية و منها الاعانة على الاثم، يتقرب بها الى الشيطان، فيشملمها قوله عليه السلام و كل ما يتقرب به الى غير الله او ان كل معصية داخله فيما يوهن به الحق فيشملمها قوله عليه السلام أو باب يوهن به الحق،

أو ان كل معصية يقوى بها الكفر و الشرك فيشملمها قوله عليه السلام أو يقوى به الكفر و الشرك في جميع وجوه المعاصي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢٦

القسم الثالث: ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأننا (١)

إشارة

بمعنى ان من شأنه ان يقصد منه الحرام، و تحريم هذا مقصور على النص إذ لا- يدخل ذلك تحت الاعانة خصوصاً مع عدم العلم بصرف الغير له في الحرام كبيع السلاح من أعداء الدين مع عدم قصد تقويهم، بل و عدم العلم باستعمالهم لهذا المبيع الخاص في حرب المسلمين، إلا ان المعروف بين الاصحاب حرمة (٢) بل لا خلاف فيها و الاخبار بها مستفيضة.

و لكن يرد على الجميع: ان ذلك كله يتوقف على حرمة البيع و قد مر عدمها.

و يرد على الاول: ان الظاهر ان المراد بما يوهن به الحق هو كل ما يوجب وهن المذهب لا كل معصية و لو لم تكن مربوطه به، إذ المراد من الحق ذلك.

و يرد على الثاني: ان المراد بما يتقرب به الى غير الله ما يعبد به غير الله كالصنم و الصليب لا كل معصية، و بذلك ظهر ما يرد على الثالث.

بيع السلاح لأعداء الدين

(١) لا يخفى انه بعد اختصاص النصوص بمورد خاص و هو بيع السلاح لأعداء الدين و البناء على عدم التعدي عن موردها و الالتزام بعدم كون مقتضى القواعد هي الحرمة في كل ما لا يقصد منه الحرام شأنًا، كما بنى على جميع ذلك المصنف قدس سره لا يحسن عنوان المسألة هكذا، بل كان الاولى عنوان المسألة بنحو يختص ببيع السلاح.

(٢) لا خلاف بين الاصحاب في حرمة بيع السلاح لأعداء الدين، و قد اختلفت كلماتهم في التعميم و التخصيص على أقوال: منها: ما عن الشيخين و الديلمى و الشهيد: و هو التحريم مطلقًا، لكن ظاهر بعضهم التحريم في بيع السلاح للكفار، و لم يتعرضوا لبيعه من المخالف، بل يمكن نسبة ذلك الى جميعهم، و عليه فلا يحرز ان يكون هذا قولًا في قبال ما اختاره صاحب المستند و تبعه بعض من تأخر عنه، و هو التحريم مطلقًا بالنسبة الى المشركين، و التفصيل بين حال المباينة منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٢٧

...

و الصلح بالنسبة الى المخالفين.
 و منها: التحريم في حال قيام الحرب، نسب ذلك الى المشهور.
 و منها: التحريم في حال المباينة، نسب ذلك الى جماعة.
 و منها: ما عن المسالك، و هو التحريم في حال الحرب و التهيؤ له.
 و منها: ما اختاره في الجواهر اولًا، و هو التحريم مع أحد الامرين من، القصد الى المساعدة، و قيام الحرب، و لكن بما انه يرجع عن ذلك في آخر كلامه، و يختار القول الثانى فلا يمكن جعل ذلك قولًا في المسألة.
 و منها: التحريم مع القصد الى المساعدة و قيام الحرب.
 و منها: التحريم مع قصد المساعدة خاصة. هذه هي مجموع أقوال المسألة.
 و أما الادلة فقد استدلل للتحريم مطلقًا بالنسبة الى الكفار بقوله تعالى (و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً «١»).
 و بقوله صلى الله عليه و آله: الاسلام يعلو و لا يعلى عليه «٢».
 و بقوله في خبر تحف العقول: او يقوى به الكفر و الشرك «٣».
 بدعوى ان بيع السلاح لأعداء السدين و لو في حال الهدنة، إثبات سبيل لهم على المسلمين،
 و إعلاء لكلمتهم و تقوية للكفر و الشرك.
 و لكن يرد على ذلك:

اولا ان هذه العناوين انما تنطبق على إقباض السلاح لا على بيعه.
 و ثانيا: سيأتى في مسألة بيع العبد المسلم من الكافر، انه يحتمل ان تكون الآية الشريفة واردة في مقام بيان ما يرجع الى أمر الآخرة، كما يحتمل ان يكون المراد بالسبيل الحجة، و عليهما فهي أجنبية عن المقام.

(١) سورة النساء، آية ١٤٢.

(٢) الوسائل، باب ١، من أبواب موانع الارث، حديث ١١.

(٣) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢٨

منها رواية الحضرمي فقال: دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام فقال له حكم السراج: ما تقول فيمن يحمل الى الشام من السروج و أداتها، قال: لا بأس انتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله و انتم في هدنة فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا اليهم السلاح و السروج.

و منها رواية هند السراج، قال: قلت لابي جعفر عليه السلام أصلحك الله اني كنت أحمل السلاح الى أهل الشام فأبيعه منهم، فلما عرفني الله هذا الامر ضقت بذلك و قلت: لا أحمل الى أعداء الله فقال: أحمل اليهم و بعهم فان الله يدفع بهم عدونا و عدوكم يعنى الروم فاذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا فمن حمل الى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك، و صريح الروايتين اختصاص الحكم بصورة قيام الحرب بينهم و بين المسلمين بمعنى وجود المباينة. (١) في مقابل الهدنة و بهما يقيد

و أما النبوي: فالظاهر منه ان الاسلام يغلب بنفسه على سائر الاديان. و بعبارة اخرى: ظاهره وروده في مقام التكوين، لا التشريع، مضافا الى انه مرسل.

و أما الخبر: فقد مر انه ضعيف لا يعاب به.

كما انه قد استدلل للتحريم بما دل على حرمة الاعانة على الاثم، و بما دل على وجوب دفع المنكر و قد مر انه على هذين الحكمين. فالعمدة إذا النصوص الخاصة و هي على طوائف:

الاولى ما دل على التحريم بالنسبة الى المخالفين في حال المباينة كصحيح الحضرمي «١» المذكور في المتن.

الثانية: ما دل على التحريم في حال قيام الحرب بالنسبة الى المخالفين كخبر «٢»

هند المذكور في المتن.

(١) الفرق بين المباينة، و قيام الحرب واضح كما سيمر عليك.

فتفسير الثاني بالاول غير صحيح.

(١) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٢٩

المطلقات جوازا أو منعا مع امكان دعوى ظهور بعضها في ذلك مثل مكاتبه الصيقل،

اشترى السيوف و أبيعها من السلطان أ جائز لى بيعها، فكتب لا بأس به.

و رواية على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن حمل المسلمين الى المشركين التجارة، قال: إذا لم يحملوا سلاحا فلا بأس،

و مثله ما في وصية النبي صلى الله عليه وآله لعلى عليه السلام يا على كفر بالله العظيم من هذه الامة عشر أصناف وعد منها بائع

السلاح من أهل الحرب.

الثالثة: ما دل على الجواز في حال الهدنة بالنسبة الى المخالفين كمكاتبه «١» الصيقل المذكورة في المتن.

و اختصاصها بحال الهدنة انما يكون من جهة ان عصر الراوى عصر الهدنة، و ليس الجواب مطلقا حتى يتمسك بعدم الاستفصال

لدعوى كونها مطلقة، بل وارد في مقام الجواب عن قضية شخصية مختصة بحال الهدنة، و أما اختصاصها بالمخالفين فلان المنصرف

من السلطان سلاطين الجور الذين كانوا في عصر الائمة عليهم السلام.

و بما ذكرناه ظهر ما في كلمات المصنف حيث ذكر هذا الخبر مثالا لما دل على الجواز مطلقا.

الرابعة: ما دل على المنع في البيع من المشركين مطلقا: كخبر علي بن جعفر «٢» عن أخيه عليه السلام المذكور في المتن فان مفهومه ثبوت البأس في حمل السلاح.

الخامسة: ما دل على المنع في البيع من أهل الحرب كالنبيوى الذى ذكره المصنف «٣» و ظاهره الاختصاص بحال قيام الحرب، فانه الظاهر من قوله من أهل الحرب، لان كل عنوان أخذ في الموضوع ظاهر في الفعلية، ولكنه مطلق من حيث كون المحارب كافرا أم مسلما.

السادسة: ما استدل به على الجواز في غير حال الفتنة مطلقا و هو مرسل السراج عن الامام الصادق عليه السلام عن بيع السلاح قال عليه السلام: لا تبعه في فتنة «٤».

(١) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

(٢) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

(٣) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يكتسب به حديث ٧.

(٤) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يكتسب به حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣٠

فما عن حواشى الشهيد من ان بيع السلاح حرام مطلقا في حال الحرب و الصلح و الهدنة لان فيه تقوية الكافر على المسلم، فلا يجوز على كل حال (١) شبه الاجتهاد في مقابل النص (٢) مع ضعف دليله كما لا يخفى.

أما على القول بثبوت المفهوم للقيود فواضح، و أما على عدمه فلان الراوى قال إنى أبيع السلاح فيستفاد من قوله لا تبعه في فتنة انه لا بأس به الا في هذه الصورة.

هذه هي تمام ما وصل اليها من النصوص.

و الحق في الجمع ان يقال: ان الاولين لا تنافى بينهما، فإن خبر هند لا مفهوم له، كى يدل على الجواز في غير حال الحرب، فهو و خبر الحضرمى مثبتان لا تنافى بينهما،

فمقتضاهما عدم الجواز بالنسبة الى المخالفين في حال المباينة.

و أما الثالثة: فهي تدل على الجواز في خصوص حال الهدنة، فهذه الطوائف لا تعارض بينها.

و أما الطائفة الرابعة المطلقة: فهي مختصة بالمشركين و لا تعم المسلمين المعادين، فلا وجه لتقييدها بما تقدم.

و أما الخامسة: فهي و إن اختصت بحال قيام الحرب إلا انه لا مفهوم لها كى تقيد إطلاق الطائفة الرابعة.

و أما السادسة: فهي لا تدل على الجواز في غير حال الفتنة، إلا على القول بمفهوم الوصف، فإن ما ذكر وجها للدلالة عليه على هذا القول فهو وجه للدلالة القيد على المفهوم مطلقا.

فتحصل: ان مقتضى الجمع بين النصوص هو الالتزام بالتحريم مطلقا بالنسبة الى الكفار، و التفصيل بين حال المباينة و حال الهدنة بالنسبة الى المخالفين.

و مما ذكرناه ظهر ما في كلمات القوم في المقام فلا وجه لاطالة الكلام في ذلك.

(١) كما انه ظهر أن ما اختاره الشهيد حق لا يتعدى عنه.

(٢) فلا مورد لما ذكره المصنف قدس سره انه شبه الاجتهاد في مقابل النص.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣١

ثم ان ظاهر الروايات شمول الحكم لما اذا لم يقصد البائع المعونة و المساعدة أصلاً بل صريح مورد السؤال في روايتي الحكم و الهند هو صورة عدم قصد ذلك (١) فالقول باختصاص حرمة البيع بصورة قصد المساعدة كما يظهر من بعض العبائر ضعيف جداً، و كذلك ظاهرها الشمول لما اذا لم يعلم باستعمال أهل الحرب للمبيع في الحرب، بل يكفي مظنة ذلك بحسب غلبة ذلك مع قيام الحرب بحيث يصدق حصول التقوى لهم بالبيع (٢) و حينئذ فالحكم مخالف للاصول صير اليه للاخبار المذكورة و عموم رواية تحف العقول المتقدمة، فيقتصر فيه على مورد الدليل و هو السلاح (٣) دون ما لا يصدق عليه ذلك كالمجن و الدرع و المغفر و سائر ما يكن وفاقاً للنهاية و ظاهر السرائر و أكثر كتب العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني للاصل.

نعم ما أورده عليه: بأن دليله ضعيف متين، لانه استدلال له بأن فيه تقوية الكافر على المسلم، و ظاهر ذلك هو الاستدلال بالآية الشريفة. و تمام الكلام انما هو بيان أمور:

(١) أضف اليه انه مع اطلاق الدليل لا وجه للاختصاص بمورد خاص.

(٢) هل يعتبر العلم باستعمال أهل الحرب للمبيع في الحرب كما عن جماعة، أم يكفي مظنة ذلك بحسب غلبة ذلك مع قيام الحرب بحيث يصدق حصول التقوى لهم بالبيع كما اختاره المصنف أم لا يعتبر الظن بذلك؟ وجوه: أقواها الاخير، فيحرم مع عدم الظن، بل يحرم مع العلم بعدم استعماله في المحاربة لإطلاق الأدلة الموافق للاعتبار، فإن تقوية الكفار و الكفر من حيث هي مبعوضة، و من الواضح ان بيع السلاح منهم تقوية لهم بنفسه، و كذلك تقوية المخالفين في حال المباينة. و بالجملة: بعد إطلاق الدليل لا وجه للتخصيص بمورد خاص، فالظاهر هو المنع مطلقاً.

(٣) ان المصنف قدس سره أفاد حيث ان الحكم مخالف للاصول فيقتصر فيه على مورد الدليل و هو السلاح دون ما لا يصدق عليه ذلك كالمجن و الدرع و المغفر و سائر ما يكن.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣٢

و ما استدلل به في التذكرة من رواية محمد بن قيس قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الفئتين من أهل الباطل يلتقيان ابيعهما السلاح، قال: بعهما ما يكنهما الدرع و الخفين و نحوهما، لكن يمكن ان يقال ان ظاهر رواية تحف العقول إناطة الحكم على تقوى الكفر و هن الحق (١) و ظاهر قوله عليه السلام في رواية هند: من حمل الى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا (٢) ان الحكم منوط بالاستعانة و الكل موجود فيما يكن أيضاً كما لا يخفى مضافاً الى فحوى رواية الحكم المانعة عن بيع السروج و حملها على السيوف السريجية لا يناسبه صدر الرواية مع كون الراوى سراجاً.

محصل ما يفيد في وجه الاقتصار على السلاح - امور - الاصل - و خبر محمد بن قيس «١». و اختصاص النصوص بالسلاح.

و لكن الاصل لا يرجع اليه مع اطلاق الدليل، و خبر محمد بن قيس لا يدل على المطلوب كما أفاده المصنف قدس سره.

و النصوص و ان اختص أكثرها بالسلاح الا ان بعضها كصحيح الحضرمي أخذ الموضوع فيه أعم من السلاح للتصريح بالسروج، و أداتها.

و دعوى ان المراد بالسروج السيوف السريجية.

مندفعة بأن السريجي يجمع على سريجيات، كما ان دعوى ان المراد بأداتها، أداة السيف، كما ترى لرجوع الضمير الى السروج.

نعم يقع الكلام في ان هذا الحكم هل هو مختص بأسباب الغلبة على العدو من السلاح و السروج و نحوهما، أم يعم كل ما يكن و ان

كان موجبا لازدياد القوة على الدفع و التوقى من قهره و بأسه؟ و قد استدل للثانى فى المتن.

(١) بأن ظاهر رواية تحف العقول اناطة الحكم على تقوى الكفر و وهن الحق.

(٢) و بأن ظاهر قوله عليه السلام فى خبر هند فمن حمل الى عدونا سلاحا يستعينون به علينا ان الحكم منوط بالاستعانة، و كل موجود فى كل ما يكن.

(١) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٣٣

و أما رواية محمد بن قيس فلا دلالة لها على المطلوب لان مدلولها بمقتضى ان التفصيل قاطع للشركة الجواز فيما يكن و التحريم فى غيره مع كون الفئتين من أهل الباطل، فلا بد من حملهما على فريقين محقونى الدماء إذ لو كان كلاهما او أحدهما مهدور الدم لم يكن وجه للمنع من بيع السلاح على صاحبه، فالمقصود من بيع ما يكن منهما تحفظ كل منهما عن صاحبه و ترسه بما يكن و هذا غير مقصود فيما نحن فيه بل تحفظ أعداء الدين عن بأس المسلمين خلاف مقصود الشارع، فالتعدى عن مورد الرواية الى ما نحن فيه يشبه القياس مع الفارق، و لعله لما ذكر قيد الشهيد فيما حكى عن حواشيه على القواعد اطلاق العلامة جواز بيع ما يكن بصورة الهدنة و عدم قيام الحرب، ثم ان مقتضى الاقتصار على مورد النص عدم التعدى الى غير أعداء الدين كقطاع الطريق الا ان الاستفادة من رواية تحف العقول اناطة الحكم بتقوى الباطل و وهن الحق، فلهذا يشمل ذلك و فيه تأمل. (١) ثم ان النهى فى هذه الاخبار لا يدل على الفساد (٢) فلا مستند له سوى ظاهر خبر تحف العقول الوارد فى بيان المكاسب الصحيحة و الفاسدة و الله العالم.

و فيهما نظر:

أما الاول: فلما مر مرارا من ضعف سنده.

و أما الثانى: فلانه لا يدل على ان تمام الموضوع هى الاستعانة اولا، و عدم شمول الاستعانة لشراء غير أسباب الغلبة على العدو ثانيا على ذلك، فإن أمكن الغاء الخصوصيات بفهم ان المناط هى تقوية الكفر و المخالف فهو، و إلا فلا بد من التخصيص بغير ما يتوقى به من قهر العدو و بأسه.

(١) لعل نظره الشريف الى ان المراد بالحق و الباطل فى الخبر كسائر الاخبار المتضمنة لهما، المذهب الحق و الباطل.

(٢) اذ النصوص ظاهرة فى الحرمة النفسية فان بعضها متضمن لبيان ترتب العقاب على البيع، و بعضها متضمن لقوله عليه السلام حرم عليكم الخ.

فما عن الاردبيلي من كون النهى إرشادا الى الفساد غير تام و قد حققنا فى أول الكتاب ان حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها، و أما خبر تحف العقول فهو ضعيف السند فالظاهر انه لا وجه للفساد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٣٤

النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها عند العقلاء

و التحريم فى هذا القسم ليس الا من حيث فساد المعاملة و عدم تملك الثمن (١) و ليس كالاكتساب بالخمير و الخنزير و الدليل على الفساد فى هذا القسم على ما صرح به فى الايضاح كون أكل المال يازائه أكلا بالباطل (٢) و فيه تأمل، لان منافع كثير من الاشياء التى ذكروها فى المقام يقابل عرفا بمال و لو قليلا بحيث لا يكون بذل مقدار قليل من المال يازائه سفها، فالعمدة ما يستفاد من الفتاوى (٣) و النصوص (٤) من عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة و كونها فى نظره كالمعدومة.

حكم بيع ما لا منفعة فيه

(١) لا ينبغي التوقف في عدم صحة البيع الواقع على ما لا منفعة له، و لو نادرة: لعدم صدق حقيقة البيع، و هي الاعطاء لا مجانا، بل بعوض، فإن ما لا منفعة فيه إعطاء الشيء في مقابله انما يكون مجانيا و بلا عوض، و لا تشمله سائر العناوين كالتجارة عن تراض. انما الكلام فيما له منفعة نادرة، فمقتضى العمومات هي الصحة لشمول جميع تلك العناوين من البيع، و التجارة عن تراض، و العقد له. و استدلال لعدم الصحة بوجوه:

(٢) هذا هو الوجه الاول و هو ان أكل المال في مقابله أكل للمال بالباطل فيشمله قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم ... الخ) «١».

الثاني: انه لا يكون مالا عرفا، فالمعاملة الواقعة عليه لا تكون بيعا، لانه على ما عن المصباح عبارة عن مبادلة مال بمال.

(٣) هذا هو الوجه الثالث: و هو الاجماع على ان الشارع المقدس لم يعتن بالمنافع النادرة.

(٤) هذا هو الرابع و هو ان الاخبار ظاهرة في عدم اعتناء الشارع بالمنفعة النادرة،

(١) النساء آية ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣٥

...

فإن اغلب موارد حكمه بفساد المعاملة، كالمعاملة على الاشربة المحرمة لا تخلو عن منفعة محللة نادرة و لو في حال الاضطراب، و من هذا القبيل لعن اليهود لبيعهم الشحوم مع كونها محرمة عليهم، فإن الظاهر ان المحرم عليهم هي المنافع الظاهرة لا مطلقها.

الخامس: قوله عليه السلام في خير تحف العقول في ضابط المعاملات المحللة و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فإن المراد الجهة الشائعة و إلا لم يخل شيء عن جهة صلاح.

السادس: ان بذل المال في مقابله سفهي.

و في الجميع نظر:

أما الاول: فلان أكل المال في مقابل ماله منفعة نادرة التي تكون غرضا للمشتري و يبذل المال بإزاء العين لاجل استيفائها لا يكون أكلا للمال بالباطل.

و أما الثاني: فلان الشيء إذا كان له منفعة و لو نادرة متعلقة للغرض و لو كان شخصا، يكون مالا عرفا مع انه سيأتي في كتاب البيع ان حقيقة البيع ليست ما ذكره صاحب المصباح، فانتظر.

و أما الثالث: فلان مثل هذا الاجماع لو ثبت لا يكون حجة لاحتمال استناد المجمعين الى بعض هذه الوجوه.

و أما الرابع: فلان المستفاد من الاخبار ان ما تكون منفعة الشائعة محرمة لا يعتنى الشارع بمنفعته النادرة. و بعبارة اخرى: مفادها الغاء المنفعة النادرة في جنب المنفعة الشائعة المحرمة لا إلغاء المنفعة النادرة مطلقا، مع انه قد تقدم في أول الكتاب منع الغائها في جنب الشائعة المحرمة أيضا، فراجع.

و أما الخامس: فمضافا الى ضعف سنده كما مر مرارا ان مقتضى إطلاق هذه الجملة جواز بيع كل ما فيه جهة من الصلاح و لو نادرة، و كون لازم ذلك جواز بيع جميع الاشياء ممنوع أولا، و لا محذور فيه ثانيا.

و أما السادس: فلان معاملة السفهية غير ممضأة شرعا لا المعاملة السفهية، مع ان بذل المال القليل لا يعد سفها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣٦

قال في المبسوط: ان الحيوان الطاهر على ضربين ضرب ينتفع به والآخر لا ينتفع به الى ان قال: وان كان مما لا ينتفع به فلا يجوز بيعه بلا خلاف مثل الاسد والذئب وسائر الحشرات مثل الحيات والعقارب والفار والخنافس والجعلان والحداء والرحمة والنسر وبغاث الطير وكذلك الغربان، انتهى (و ظاهر الغنية الاجماع على ذلك أيضا ويشعر به عبارة التذكرة حيث استدل على ذلك بخسة تلك الاشياء وعدم نظر الشارع الى مثلها في التقويم ولا يثبت يد لا حد عليها، قال: ولا اعتبار بما ورد في الخواص من منافعها لانها لا تعد مع ذلك مالا، وكذا عند الشافعي انتهى).

و ظاهره اتفاقنا عليه و ما ذكره من عدم جواز بيع ما لا يعد مالا مما لا إشكال فيه، و انما الكلام فيما عدوه من هذا، قال في محكي إيضاح النافع و نعم ما قال:

جرت عادة الاصحاب بعنوان هذا الباب و ذكر أشياء معينة على سبيل المثال، فإن كان ذلك لان عدم النفع مفروض فيها فلا نزاع و ان كان لان ما مثل به لا يصح بيعه لانه محكوم بعدم الانتفاع فالمنع متوجه في أشياء كثيرة انتهى.

و بالجملة فكون الحيوان من المسوخ او السباع او الحشرات لا دليل على كونه كالنجاسة مانعا، فالمتعين فيما اشتمل منها على منفعة مقصودة للعقلاء جواز البيع فكل ما جاز الوصية به لكونه مقصودا بالانتفاع للعقلاء فينبغي جواز بيعه الا ما دل الدليل على المنع فيه تعبدا.

فتحصل: ان الاظهر جواز بيعه.

نعم إذا كان المنفعة النادرة في بعض الحالات كحال الاضطرار و لم يكن ذلك الشيء قليل الوجود، او كان كذلك و لكن كانت مؤنة حفظه الى وقت الحاجة كثيرة لا- يصح بيعه، لان مثل هذا الشيء لا يبذلون العقلاء بإزائه الشيء، بل يرون بذل المال بإزائه إعطائه مجانا و بلا عوض.)* (

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣٧

وقد صرح في التذكرة بجواز الوصية بمثل الفيل والاسد وغيرهما من المسوخ والموديات و ان منعنا عن بيعها، و ظاهر هذا الكلام (١) ان المنع من بيعها على القول به للتعبد لا- لعدم المالية، ثم ان ما تقدم منه قدس سره من انه لا اعتبار بما ورد في الخواص من منافعها لانها لا تعد مالا، مع ذلك يشكل بأنه اذا اطلع العرف على خاصية في إحدى الحشرات معلومة بالتجربة او غيرها، فأى فرق بينها وبين نبات من الادوية علم فيه تلك الخاصية و حينئذ فعدم جواز بيعه و أخذ المال في مقابلة بملاحظة تلك الخاصية يحتاج الى دليل لانه حينئذ ليس أكلا للمال بالباطل، و يؤيد ذلك ما تقدم في رواية التحف من ان كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك حلال بيعه الخ.

وقد أجاد في الدروس حيث قال: ما لا- نفع فيه مقصودا للعقلاء كالحشار و فضلات الانسان، و عن التنقيح ما لا نفع فيه بوجه من الوجوه كالخنافس والديدان، و مما ذكرنا يظهر النظر فيما ذكره في التذكرة من الاشكال في جواز بيع العلق الذي ينتفع به لامتناع الدم و ديدان القز التي يصاد بها السمك، ثم استقر المنع، قال لندور الانتفاع فيشبهه) فيشمل (ما لا منفعة فيه إذ كل شيء فله نفع ما، انتهى (٢).

(١) و فيه: انه يمكن ان يكون حكمه بجواز الوصية بمثل الفيل و نحوه، مبتنيا على ان الوصية جائزة مع ثبوت حق الاختصاص في الموصى به، و لا يعتبر كونه مالا و ملكا فعدم جواز البيع حينئذ لا يكون للتعبد المحض.

(٢) و فيه: انه لا مانع من الالتزام بجواز كل ما له نفع ما.

فان قيل: انه يشك في صدق المال على مثل هذه الاشياء المستلزم للشك في صدق البيع المانع عن التمسك بالاطلاق. أجبنا عنه: بما سيأتي من عدم اعتبار المال بعنوانه في البيع، مع انه يمكن الحكم بصحة المعاوضة عليها لعمومات التجارة. فإن المعاملات غير محصورة في العناوين الخاصة المعنونة في كتب الفقهاء من البيع منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣٨

أقول: و لا- مانع من التزام جواز بيع كل ما له نفع ما، و لو فرض الشك في صدق المال على مثل هذه الاشياء المستلزم للشك في صدق البيع أمكن الحكم بصحة المعاوضة عليها (١) لعمومات التجارة و الصلح و العقود و الهبة المعاوضة و غيرها، و عدم المانع لانه ليس إلا أكل المال بالباطل و المفروض عدم تحققه هنا، فالعمدة في المسألة الاجماع على عدم الاعتناء بالمنافع النادرة و هو الظاهر من التأمل في الاخبار أيضا مثل ما دل على تحريم بيع ما يحرم منفعتة الغالبة مع اشتماله على منفعة نادرة محللة مثل قوله عليه السلام: لعن الله اليهود، حرمت عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها بناء على ان للشحوم منفعة نادرة محللة على اليهود لان ظاهر تحريمها عليهم تحريم أكلها أو سائر منافعها المتعارفة فلو لا ان النادر في نظر الشارع كالمعدوم لم يكن وجه للمنع عن البيع (٢) كما لم يمنع الشارع عن بيع ما له منفعة محللة مساوية للمحرمة في التعارف و الاعتداد، إلا ان يقال المنع فيها تعبد للنجاسة لا من حيث عدم المنفعة المتعارفة فتأمل.

و الصلح و نحوهما، بل كل ما يكون تجارة عن تراض تكون ممضأة شرعا.

(١) هذا مبنى على ان المعاملات غير محصورة في العناوين الخاصة المعنونة في كتب الفقهاء من البيع و الصلح و نحوهما بل كل ما يكون تجارة عن تراض تكون ممضأة شرعا، و الا فيتعين تقييد الصحة بما إذا انطبق على المعاوضة أحد تلك العناوين. (٢) و فيه: قد مر انه يمكن ان يكون النادر في جنب المنفعة الشائعة المحرمة كالمعدوم، و هذا لا يلزم كون النادر مطلقا كذلك.

و دعوى ان الملاك في عدم اعتناء الشارع بالمنفعة ان كان وجود المنفعة المحرمة فلازم ذلك المنع من بيع ماله منفعة محللة مساوية للمحرمة في التعارف و الاعتداد، و حيث لم يمنع عنه فيستكشف ان ذلك ليس هو الملاك، و ان كان كون المنفعة نادرة فلازمه الحكم بذلك مطلقا.

مندفعة بأنه يمكن ان يكون الملاك وجود كلا القيدين.

و عليه فلا وجه للتعدى عن مورد النصوص.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٣٩

و أوضح من ذلك قوله عليه السلام: في رواية تحف العقول في ضابط ما يكتسب به (١) و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلك كله حلال يبيعه و شراؤه الخ. إذ لا يراد منه مجرد المنفعة و إلا لعم الاشياء كلها (٢) و قوله في آخره انما حرم الله الصناعة التي يجى منها الفساد محضا نظير كذا و كذا الى آخر ما ذكره، فان كثيرا من الامثلة المذكورة هناك لها منافع محللة فان الاشربة المحرمة كثيرا ما ينتفع بها في معالجة الدواب بل المرضى، فجعلها مما يجى منه الفساد محضا باعتبار عدم الاعتناء بهذه المصالح لندرتها، الا- ان الاشكال في تعيين المنفعة النادرة و تميزها عن غيرها فالواجب الرجوع في مقام الشك الى أدلة التجارة و نحوها مما ذكرنا، و منه يظهر ان الاقوى جواز بيع السباع بناء على وقوع التذكية عليها للانتفاع البين بجلودها، و قد نص في الرواية على بعضها و كذا شحومها و عظامها، و أما لحومها فالمصرح به في التذكرة عدم الجواز معللا بندور المنفعة المحللة المقصودة منه كإطعام الكلاب المحترمة و جوارح الطير و يظهر أيضا جواز بيع الهرة، و هو المنصوص في غير واحد من الروايات و نسبه في موضع من التذكرة الى علمائنا بخلاف الفرد لان المصلحة المقصودة منه و هو حفظ المتاع، نادر. (٣)

(١) هذا ينافي ما ذكره آنفا من جعل هذه الجملة من الرواية مؤيدة لما بينه من ان مقتضى القاعدة هي الصحة فيما فيه منفعة نادرة مقصودة للعقلاء.

(٢) وهذا أيضا ينافي استحسانه لما عن الدروس و التنقيح من جعل عدة أشياء مما لا نفع له بوجه فتدبر.

(٣) وفيه مضافا الى ما تقدم من ان المنفعة النادرة توجب صحة البيع، انه لا نسلم كون منفعته أقل من منفعة الهرة. و عليه فيمكن الاستدلال لجواز بيع القرد بفحوى ما دل على جواز بيع الهرة «١». كما لا يخفى.

(١) الوسائل، باب ١٤، من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٠

ثم اعلم أن عدم المنفعة المعتد بها يستند تارة الى خسة الشيء كما ذكر من الامثلة في عبارة المبسوط و أخرى الى قلته كجزء يسير من المال لا يبذل في مقابلة مال كحبة حنطة، و الفرق ان الاول لا يملك و لا يدخل تحت اليد كما عرفت من التذكرة بخلاف الثاني فانه يملك و لو غصبه غاصب كان عليه مثله ان كان مثليا خلافا للتذكرة، فلم يوجب شيئا كغير المثلي (١) و ضعفه بعض بأن اللازم حينئذ عدم الغرامة فيما لو غصب صبرة تدريجا و يمكن ان يلتزم فيه بما يلتزم في غير المثلي فافهم.

و أما ما ورد فيه من النص المتضمن للمنع عن بيعه «١» فلضعف سنده لان في طريقه محمد بن الحسن بن شيمون، لا يعبا به.

(١) و اختلفت كلمات القوم في القسم الثاني فيما لو غصبه غاصب، ذهب بعضهم الى ضمانه مطلقا، و آخر الى عدم الضمان كذلك، و ثالث الى التفصيل بين المثلي و القيمي، و الضمان في الاول دون الثاني.

و الحق هو القول بالضمان مطلقا من غير فرق بين ما اذا تعقبه بعض ما يصير بسببه مالا عرفا ان اجتمع المجموع تحت اليد، أم لم يتعقبه ذلك، و ذلك في المثلي واضح، فإن اشتغال الذمة بالمثل لا يتوقف على ثبوت مائة له.

و دعوى انصراف ادلة الضمان و الاتلاف عن ذلك، غير مسموعة.

و أما في القيمي فقد يتوهم انه في صورة عدم التعقب لا شيء عليه، فإن اشتغال الذمة بالقيمة فرع ثبوت القيمة و المالية للتالف و إذ ليست فليس، و لكنه توهم فاسد، فان اشتغال الذمة بالقيمة ليس المراد به اشتغالها بالمالية كي يتوقف على ثبوتها للتالف، بل المراد به اشتغال الذمة بما يكون بقدره من شيء آخر و إن كان قليلا لا يقابل بالمال.

و تمام الكلام في ذلك موكول الى محل آخر.

(١) الوسائل باب ٣٧، من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤١

ثم ان منع حق الاختصاص في القسم الاول مشكل مع عموم قوله صلى الله عليه و آله: من سبق الى ما لم يسبق اليه احد من المسلمين فهو أحق به مع عد أخذه قهرا ظلما عرفا. (١)

النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه،

وهذا النوع وان كان افراده هي جميع الاعمال المحرمة القابلة لمقابلة المال بها في الاجارة و الجعالة و غيرهما الا انه جرت عادة الاصحاب بذكر كثير مما من شأنه الاكتساب به من المحرمات، بل و غير ذلك مما لم يتعارف الاكتساب به كالغيبه و الكذب و نحوهما، و كيف كان فنقتفي آثارهم بذكر أكثرها في مسائل مرتبة بترتيب حروف أوائل عنواناتها إن شاء الله فنقول:

(المسألة الاولى): تدليس الماشطة المرأة التي يراد تزويجها او الأمة التي يراد بيعها

إشارة

حرام (٢) بلا خلاف، كما عن الرياض و عن مجمع الفائدة الاجماع عليه و فعل المرأة ذلك بنفسها و يحصل بوشم الخدود، كما في المقنعة و السرائر و النهاية، و عن جماعة قال في المقنعة: و كسب المواشط حلال إذا لم يغشش و لم يدلن في عملهن فيصلن شعور النساء بشعور غيرهن من الناس و يشمن الخدود و يستعملن ما لا يجوز في شريعة الاسلام، فإن وصلن شعرهن بشعر غير الناس لم يكن ذلك بأس انتهى.

(١) الا ان يدعى اختصاصه بالسبق الى الاموال بقصد التمول، و إن كان ذلك قابلا للمنع، و على فرض ثبوت حق الاختصاص يضمن المتلف.

حكم تدليس الماشطة

(٢) المشهور بين الاصحاب حرمة تدليس الماشطة المرأة التي يراد تزويجها، و عن الرياض: نفى الخلاف فيه، و عن مجمع الفائدة: الاجماع عليها.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٢

و نحوه بعينه عبارة النهاية، و قال في السرائر: في عداد المحرمات، و عمل المواشط بالتدليس بأن يشمن الخدود و يحمرنها و ينقش بالايدي و الارجل و يصلن شعر النساء بشعر غيرهن و ما جرى مجرى ذلك، انتهى .

و حكى نحوه عن الدروس و حاشية الارشاد في القواعد وشم الخدود من جملة تدليس تأمل، لان الوشم في نفسه زينة، و كذا التأمل في التفصيل بين وصل الشعر بشعر الانسان و وصله بشعر غيره، فان ذلك لا مدخل له في التدليس و عدمه الا ان يوجه الاول بأنه قد يكون الغرض من الوشم ان يحدث في البدن نقطة خضراء

ولا- يخفى أن محل الكلام هو فعل الماشطة من حيث هو، و عليه فالأخبار «١» الواردة في الغش و التدليس أجنبية عن المقام. فانها مختصة بمن يعرض المغشوش و المدلس للبيع و الزواج، و لا تشمل فعل الماشطة بل فعلها مما يوجد به موضوع التدليس، فإذا لا دليل على حرمة فعلها سوى الاجماع المحكية و هي لا تصلح دليلا لذلك، فإن كلمات جماعة منهم قابلة للحمل على إرادة الحرمة إذا كان فعل الماشطة بقصد ترتب البيع او التزويج عليه، فتكون الحرمة حينئذ من جهة كونه إعانة على الاثم المحرمة باعتقادهم، و كلمات آخرين لو كانت مطلقة فيحتمل ان يكونوا ممن لا يرى اعتبار قصد ترتب المعان في صدق عنوان الاعانة، و على ذلك فلا يبقى و ثوق بثبوت اجماع تعبدى يمكن ان يستدل به.

و قد وردت روايات صريحة في جواز التمشيط: كصحيح ابن مسلم عن مولانا الصادق عليه السلام في حديث أم حبيب الخافضة ان النبي صلى الله عليه و آله قال لام عطية: ادنى منى، اذا انت قينت الجارية فلا تغسلي وجهها بالخرقة فان الخرقة تشرب ماء الوجه «٢».

و مرسل ابن أبي عمير عن رجل عن مولانا الصادق عليه السلام دخلت ماشطة على رسول الله صلى الله عليه وآله فقال لها: هل تركت عملك او اقامت عليه؟ فقالت: يا رسول الله أنا أعمله الا ان تنهاني عنه فانتهى عنه، فقال صلى الله عليه وآله: افعلى، فإذا مشطت فلا تجلى الوجه بالخرق فانه يذهب بماء الوجه و لا تصلى الشعر بالشعر «٣» و نحوهما غيرهما.

(١) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل، باب ١٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ١٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٣

حتى يتراءى بياض سائر البدن و صفائه أكثر مما كان يرى لو لا هذه النقطة، و يوجه الثانى بأن شعر غير المرأة لا يلتبس على الشعر الاصلى للمرأة، فلا يحصل التدليس به بخلاف شعر المرأة و كيف كان يظهر من بعض الاخبار المنع عن الوشم و وصل الشعر بشعر الغير (١) و ظاهرها المنع و لو فى غير مقام التدليس، فهى مرسله ابن أبى عمير عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام قال: دخلت ماشطة على رسول الله صلى الله عليه وآله فقال لها: هل تركت عملك أو أقمته عليه؟ فقالت: يا رسول الله أنا أعمله إلا ان تنهاني عنه، فانتهى عنه. فقال: افعلى فإذا مشطت فلا تجلى الوجه بالخرقة فانها تذهب بماء الوجه و لا تصلى الشعر بالشعر (شعر المرأة بشعر امرأة غيرها و أما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل بشعر المرأة).

و فى مرسله الفقيه لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بشعر (امرأة) غيرها.

و أما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل بشعر المرأة.

و عن معانى الاخبار بسنده عن على بن غراب عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وآله النامصة و المنتمصة و الواشرة و الموتشرة و الواصلة و المستوصلة و الواشمة و المستوشمة.

و دعوى انه يتعين تقييد اطلاقها بمرسل الفقيه قال عليه السلام: لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها.

و أما شعر المعز فلا بأس بأن توصله بشعر المرأة «١». مندفعه بضعف سنده للارسال أولاً، و كونه واردا فى حكم كسبها ثانياً. مضافاً الى ما ستعرف عند تعرض المصنف قدس سره له.

(١) قد ورد فى جملة من النصوص لعن الماشطة على أعمال أربعة الوصل و النمص و الوشم و الوشر، كالخبر المروى عن معانى الاخبار «٢» المذكور فى المتن.

(١) الوسائل، باب ١٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.

(٢) الوسائل، باب ١٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٤

قال الصدوق قال على بن غراب: النامصة التى تنتف الشعر، و المنتمصة التى يفعل ذلك بها، و الواشرة التى تشر أسنان المرأة و تغلجها و تحدها، و الموتشرة التى يفعل ذلك بها، و الواصلة التى تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها، و المستوصلة التى يفعل ذلك بها، و الواشمة التى تشم و شما فى يد المرأة أو فى شىء من بدنها و هو ان تغرز بدنها او ظهر كفها بابرء حتى تؤثر فيه، ثم تحشوها بالكحل او شىء من النورة فتخضر، و المستوشمة التى يفعل بها ذلك، و ظاهر بعض الاخبار كراهة الوصل (١) و لو بشعر غير المرأة مثل ما عن

عبد الله بن الحسن، قال: سألته عن القرامل، قال:

وما القرامل، قلت: صوف تجعله النساء في رءوسهن، قال إن كان صوفاً فلا بأس، وإن كان شعراً فلا خير فيه من الواصلة والمستوصلة، وظاهر بعض الاخبار الجواز مطلقاً، ففي رواية سعد الاسكاف، قال: سألت أو جعفر عن القرامل التي يضعها النساء في رءوسهن يصلن شعورهن قال: لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها قال: فقلت له: بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وآله لعن الواصلة والمستوصلة، فقال: ليس هناك انما لعن رسول الله صلى الله عليه وآله الواصلة التي تزني في شبابها فإذا كبرت قادت النساء الى الرجال فتلك الواصلة والمواصلة.

وفي خبر عبد الله بن سنان عن مولانا الصادق عليه السلام المروي عن الكافي قال عليه السلام:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله الواشمة والموتشمة والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه وآله «١». (١) اما الوصل، فإن أريد به ما فسر به في خبري «٢» سعد المذكور في المتن والساباطي. فحرمته من ضروريات الدين، وإن أريد به وصل الشعر بالشعر فسيجيء. الكلام فيه في الامر الثاني.

(١) الوسائل، باب ١٣٧، من أبواب مقدمات النكاح، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٠١، من أبواب مقدمات النكاح، حديث ٤-٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٥

...

و أما بقیة الامور المذكورة فلا يمكن الالتزام بحرمتها لوجوه:

الاول ان الخبرين ضعيفا السند. أما الاول فلعلی بن غراب و بهلول أبی تمیم و أما الثاني فلابن سنان الثاني: ان اللعن طلب للبعد من الله تعالى، و فعل المكروه أيضا يوجب البعد عن الله تعالى، فهو غير ظاهر في الحرمة فتأمل. الثالث: انهما مجملان و متشابهان، و تفسير علی بن غراب لا- يكون حجة علينا و يزدادان تشابها بعد ملاحظة خبری الاسكاف و الساباطي المفسرين للواصلة، بالفاجرة و القوادة، حيث ان هذا التفسير يوجب قوة احتمال ان يراد من سائر الجملات غير أعمال التمشيط.

مع انه لو سلم صحة سند خبر المعاني و عدم اجماله و ظهوره في الحرمة يتعين صرفه عن ظاهره بالنسبة الى جملة النامصة و المنتمصه لخبر علی بن جعفر عن أخيه عليه السلام: عن المرأة التي تحف الشعر من وجهها قال عليه السلام: لا بأس «١».

حكم وصل الشعر بالشعر

الامر الثاني: في حكم وصل الشعر بالشعر.

و ملخص القول في ذلك: ان النصوص الخاصة الواردة في المقام على طوائف:

الاولى ما دل على الجواز مطلقا كخبر الساباطي المتقدم.

الثانية: ما دل على المنع مطلقا كخبر عبد الله بن الحسن قال: سألته عن القرامل،

قال: و ما القرامل؟ قلت: صوف تجعله النساء في رءوسهن قال عليه السلام: إذا كان صوفاً فلا بأس به و إن كان شعراً فلا خير فيه من

الواصلة و الموصولة «٢».

(١) الوسائل، باب ١٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٨.

(٢) الوسائل، باب ١٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٦

...

بتقريب ان نفى الخير بقول مطلق دليل المنع.

و خبر الحسين بن أبي سعيد عن القاسم بن محمد عن علي عليه السلام عن امرأة مسلمة تمشط العرائس - الى ان قال - لا بأس. و لكن لا تصل الشعر بالشعر «١».

و مرسل ابن أبي عمير المتقدم، إذا لزيادة المذكورة في ذيله في المكاسب و أما شعر المعز.. الخ، فهي من سهو القلم.

الثالثة: ما دل على جواز وصل شعر المرأة بشعر المعز و عدم جواز وصله بشعر امرأة غيرها كمرسل الفقيه المتقدم.

و الجمع بين هذه الطوائف يقتضى الالتزام، بجواز الوصل بشعر المعز، و عدم الجواز في الوصل بغيره مطلقا لا اختصاص المنع بالوصل بشعر المرأة كما لا يخفى.

الرابعة: ما دل على جواز وضع القرامل التي تضعها النساء في رؤوسهن وصلنه بشعورهن، اذا كان ذلك بعنوان التزين للزوج كخبر سعد الاسكاف المتقدم، و النسبة بينها و بين ما تقدم و ان كانت عموما من وجه، و مقتضى الجمع بين النصوص البناء على الحرمة اذا لم يكن بعنوان التزين للزوج.

و دعوى عدم الفرق كما ترى، إلا ان ما في ذيله: فقلت له: بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه و آله لعن الواصلة و الموصولة فقال: ليس هناك انما لعن رسول الله صلى الله عليه و آله الواصلة و الموصولة التي تزني في شبابها فلما كبرت قادت النساء الى الرجال، فتلك الواصلة و الموصولة، يوجب تعين رفع اليد عن ظهور تلك النصوص في الحرمة، و ذلك لان الظاهر من السؤال ان السائل توهم التنافي بين ما دل على جواز وصل الشعر بعنوان التزين للزوج، و ما دل على المنع عن الوصل بشعر المرأة مطلقا، و المعصوم عليه السلام في مقام دفع التوهم تعرض لما ظاهره عدم المنع عنه، و ان ما يوهم ظاهره المنع اريد به غير ذلك.

(١) الوسائل، باب ١٩، من أبواب ما يكتسب به حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٧

و يمكن الجمع بين الاخبار بالحكم بكراهة وصل مطلق الشعر (١) كما في رواية عبد الله بن الحسن و شدة الكراهة في الوصل بشعر المرأة، و عن الخلاف و المنتهى الاجماع على أنه يكره وصل شعرها بشعر غيرها رجلا كان أو امرأة.

لا يقال: انه يدل على ان لعن النبي صلى الله عليه و آله الواصلة و الموصولة أريد به لعن الزانية و القوادة، لا ان كل ما تضمن النهي عن ذلك لم يرد ظاهره.

فإنه يقال: إنه على ذلك يبقى سؤال السائل بلا جواب، إذ ضرورى ان السائل مراده بقوله: بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه و آله.. الخ انه قد ورد المنع عن ذلك. فالجواب بما يختص ببعض تلك الأدلة كما ترى. و عليه فلا يبعد دعوى صراحة جوابه عليه السلام في عدم المنع عنه مطلقا،

و يؤيد ذلك الاجماع المدعى على عدم الحرمة.
 و قد استدل على المنع فى شعر الانسان، بأن شعر الغير لا يجوز الصلاة معه.
 و فيه: ما حققناه فى الجزء الرابع من فقه الصادق من جواز الصلاة معه، مع انه غير مربوط بما هو محل الكلام و هو حكم وصل الشعر بالشعر من حيث هو.
 و أما دعوى كون شعر الغير عورة، فمندفعة بأن ذلك انما هو فى الشعر المتصل، مع انه لا يتم بالنسبة الى شعر المحارم كالزوجة الاخرى للرجل، مع انه غير مربوط بما هو محل البحث كما لا يخفى.
 فتحصل: ان الاظهر جواز وصل الشعر بشعر المرأة أيضا، نعم يكره الوصل بشعر الانسان لا سيما شعر المرأة.
 و أما الوصل بشعر غير الانسان فلا دليل على كراهته أيضا، إذ المطلقات قيدت بما هو صريح فى الجواز بالنسبة الى شعر غير الانسان.
 (١) و استدلال المصنف قدس سره على الكراهة بأنه مقتضى الجمع بين الاخبار كما فى رواية عبد الله بن الحسن، فى غير محله، إذ قد عرفت ان إطلاقها يقيد بما هو صريح فى عدم البأس بأن يوصل بشعر غير الانسان، و عليه فلا وجه للاستدلال به على الكراهة.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٨
 و أما ما عدا الوصل مما ذكر فى رواية معانى الاخبار فيمكن حملها أيضا على الكراهة لثبوت الرخصة من رواية سعد فى مطلق الزينة (١) خصوصا مع صرف الامام للنبوى (٢) الوارد فى الواصلة عن ظاهره المتحد سياقاً مع سائر ما ذكر فى النبوى و لعله اولى من تخصيص عموم الرخصة بهذه الامور (٣).

(١) و فيه: ان خبر سعد متضمن لجواز التزين للزوج، و النسبة بينه و بين ما عن معانى الاخبار عموم من وجه، ففى مورد الافتراق و هو فعل تلك الامور لغير الزوج الفعلى لا صارف لخبر معانى الاخبار عن ظاهره، و هى الحرمة.
 و دعوى انه بعد صرفه عن ظاهره بالنسبة الى، الوصل و الى، تنف الشعر و البناء على كراهتهما، لما دل على جوازهما، يتعين البناء على كراهة غيرهما مما تضمنه الخبر لوحدة السياق.
 مندفعة بأن الكراهة و الحرمة كالوجوب و الاستحباب خارجتان عن حريم الموضوع له و المستعمل فيه. بل هما امران ينتزعا من الترخيص فى فعل المنهى عنه و عدمه، و عليه فلو ورد الترخيص فى فعل أحد الامور التى تعلق بها النهى، يتعين البناء على كراهته، و حرمة أخواته. فتدبر. فالصحيح هو ما ذكرناه فراجع.
 (٢) و فيه انه بعد صرف النبوى فى الواصلة يكون هو بالنسبة الى سائر جملة أظهر فى الحرمة، اللهم إلا ان يكون مراده ان هذا الصرف يوجب إجمال سائر جملة لاحتمال ان يكون المراد بها غير اعمال التمشيط، فلا يصلح دليلاً على الحرمة. و لكنه يصلح لان يستند اليه البناء على الكراهة لقاعدة التسامح.
 و لكن يرد عليه: ان قاعدة التسامح لو جرت فى المكروهات- مع انه محل نظر- انما تجرى فيما اذا كان الخبر واضح المراد ضعيف السند لا فيما اذا كان المراد منه غير معلوم. و بذلك ظهر انه لا وجه للبناء على كراهة غير الوصل من اعمال التمشيط.
 (٣) لو كان دليل عموم الرخصة شاملاً- لمطلق التزين كان ما ذكر متيناً، إذ عمدة اعمال التمشيط هى تلك الامور، و لكن بما انه يختص بالتزين للزوج، فالنسبة بينهما عموم من وجه كما تقدم، فبالنسبة الى مورد الاجتماع- و هو التزين بتلك الامور للزوج- لو قدم منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٤٩

مع انه لو لا الصرف (١) لكان الواجب اما تخصيص الشعر (٢) بشعر المرأة او تقييده بما اذا كان هو أو أحد أخواته فى مقام التدليس فلا دليل على تحريمها فى غير مقام التدليس كفعل المرأة المزوجة ذلك لزوجها خصوصا بملاحظة ما فى رواية على بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن المرأة تحف الشعر عن وجهها، قال: لا بأس، و هذه أيضا قرينة على صرف اطلاق لعن النامصة فى النبوى عن

ظاهرة بإرادة التدليس او الحمل على الكراهة.

نعم قد يشكل الامر في وشم الاطفال من حيث انه إيذاء لهم بغير مصلحة (٣) بناء على ان لا- مصلحة فيه لغير المرأة المزوجة الا التدليس بإظهار شدة بيان البدن و صفائه بملاحظة النقطة الخضراء الكدرة في البدن لكن الانصاف ان كون ذلك تدليسا مشكل بل ممنوع بل هو تزيين للمرأة من حيث خلط البياض بالخضرة فهو تزيين لا موهم لما ليس في البدن واقعا من البياض و الصفا.

دليل التزيين او ذلك الدليل فلا كلام، و الا فيتساقطان و يرجع الى أصالة الاباحة، و لا وجه للرجوع الى المرجحات، لان دلالة كل منها للمجمع انما تكون بالاطلاق لا بالعموم.

(١) الظاهر انه غلط و كانت النسخة الصحيحة مع انه لو لا الحمل على الكراهة.

(٢) المتعين هو هذا بعد اصلاحه بالتخصيص بشعر الانسان اذ لا وجه للتخصيص بخصوص شعر المرأة كما تقدم، و أما الاحتمال الثاني و هو الحمل على صورة التدليس فمما لا وجه له و لا قرينة عليه فالالتزام به بلا وجه.

و منه يظهر انه لا- مورد للبناء على الاجمال، بدعوى دوران الامر بين الاحتمالين و القول بأنه لا- دليل على تحريمها في غير مقام التدليس.

(٣) و فيه ان المصلحة في وشم الاطفال هي التزيين كما في غيرهم و فيهم بالنسبة الى ثقب الاذان و الانوف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٠

نعم مثل نقش الايدي و الارجل بالسواد يمكن ان (١) يكون الغالب فيه إرادة ايها بياض البدن و صفائه و مثله الخط الاسود فوق الحاجبين أو وصل الحاجبين بالسواد لتوهم طولهما و تقوسهما، ثم ان التدليس بما ذكرنا انما يحصل (٢) بمجرد رغبة الخاطب او المشتري، و ان علما ان هذا البياض و الصفا ليس واقعا بل حدث بواسطة هذه الامور فلا يقال: انها ليست بتدليس لعدم خفاء أثرها على الناظر، و حينئذ فينبغي أن يعد من التدليس لبس المرأة أو الامة الثياب الحمراء و الخضراء الموجبة لظهور بياض البدن و صفائه و الله العالم.

ثم ان المرسل المتقدمة عن الفقيه دلت على كراهة كسب الماشطة مع شرط الاجرة المعينة (٣) و حكى الفتوى به عن المقنع و غيره، و المراد بقوله عليه السلام إذا

(١) لم يظهر لى و لغيرى الفرق بين نقش الايدي و الارجل بالسواد، و بين الوشم و الظاهر ان الجميع جائزة كانت بقصد التزيين او التدليس، في غير مقام المعاملة و التزويج و الا فالجميع محرمة.

(٢) و فيه ان التدليس ليس عبارة عن فعل ما يوجب زيادة رغبة المشتري كى يصدق مع علم المشتري بأن هذا البياض و الصفا ليس واقعا بل هو تلبس الامر على الغير بإخفاء نقص موجود في المبيع أو اظهار كمال مفقود فيه فانه من الدلس و هو الظلمة و عليه فلا مورد لقوله و حينئذ فينبغي ان يعد من التدليس الخ سواء أريد به كونه منه حقيقة أم أريد به كونه منه حكما كما هو واضح.

كراهة كسب الماشطة

(٣) استفاد المصنف من مرسل الفقيه كراهة كسب الماشطة مع شرط الاجرة المعينة، و حكى الفتوى بها عن المقنع.

و فيه انه لا- مفهوم له كى يدل على ثبوت البأس مع شرط الاجرة المعينة، الا على القول بحجية مفهوم الوصف، مع ان ثبوت البأس ظاهر في المنع لا الكراهة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥١

قبلت ما تعطى البناء على ذلك حين العمل و الا فلا يلحق العمل بعد وقوعه ما يوجب كراهته (١) ثم ان اولوية قبول ما يعطى و عدم مطالبة الزائد (٢) اما لان الغالب عدم نقص ما تعطى عن أجره مثل العمل الا ان مثل الماشطة و الحجام و الختان و نحوهم كثيرا ما يتوقعون ازيد مما يستحقون خصوصا من أولى المروءة و الثروة و ربما يبادرون الى هتك العرض إذا منعوا و لا يعطون ما يتوقعون من الزيادة أو بعضه الا استحياء و صيانة للعرض.

و أما منطوقه فالظاهر منه هو العمل بالاجرة، لا لأن الاجارة مع عدم تعيين الاجرة فاسدة، فانه لو كان المرسل ظاهرا في إرادة الاجارة كان مقيد الاطلاق دليل الفساد، بل لان الكسب مع عدم المشاركة و قبول ما يعطى ليس الا العمل بقصد الاجرة، و عليه فيوجب الخبر تقييد ما دل على استحقاق اجرة المثل، فان مقتضى اطلاق المرسل قبول ما تعطى و ان كان أقل من أجره المثل اللهم إلا أن يقال ان الخبر انما يدل على اولوية عدم مطالبة الازيد.

و عليه فلا وجه لتقييد تلك الادلة بل يجب على من عمل له إيفاء تمام ما يستحقه من أجره المثل، نعم لو رضى بذلك أى يأخذ ما تعطى حين العمل لا- يجب عليه ذلك: فانه لا تكون مع هذا الرضا، و البناء حين العمل، و استعمالها مبني على ذلك، ذمته مشغولة بأزيد من ما تعطى.

لا يقال: إن هذا ينافى ما دل على كراهة استعمال الاجير مع عدم المقاطعة.

فإنه يقال: إنه انما يكون حكما متوجها الى المعمول له، و هذا حكم متوجه الى العامل، مع انه لو سلم كون الموجه اليه الحكم فيهما واحدا، يتعين تقييد اطلاق دليل الكراهة بهذا الخبر كما لا يخفى.

(١) و فيه ان الظاهر من المرسل عدم البأس فى كسبها مع هذين القيدين، أى عدم المشاركة، و قبول ما تعطى فيكون المكروه الكسب المنتهى الى عدم القبول المستلزم للتشاجر و التباغض و لا محذور فى الالتزام بذلك.

(٢) بعد ما عرفت من عدم حرمة عمل الماشطة فهو عمل محترم قابل لان يقع عليه المعاوضة، فمقتضى القواعد جواز ان تعمل بالاجارة و ان تعمل بالاجرة كما هو الشأن فى جميع الاعمال غير المحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٢

و هذا لا يخلو عن شبهة فأمرنا فى الشريعة بالقناعة بما يعطون و ترك مطالبة الزائد، فلا ينافى ذلك جواز مطالبة الزائد و الامتناع عن قبول ما يعطى إذا اتفق كونه دون أجره المثل، و أما لان المشاركة فى مثل هذه الامور لا يلىق بشأن كثير من الاشخاص لان المماكسة فيها خلاف المروءة و المسامحة فيها قد لا يكون مصلحة لكثرة طمع هذه الاصناف فأمرنا بترك المشاركة و الاقدام على العمل بأقل ما يعطى و قبوله و ترك مطالبة الزائد مستحب للعامل و ان وجب على من عمل له إيفاء تمام ما يستحقه من أجره المثل فهو مكلف وجوبا بالايفاء و العامل مكلف ندبا بالسكوت و ترك المطالبة خصوصا على ما يعتاده هؤلاء من سوء الاقتضاء او لان المولى فى حق العامل قصد التبرع بالعمل (١) و قبول ما يعطى على وجه التبرع أيضا فلا ينافى ذلك ما ورد من قوله عليه السلام لا تستعملن أجيرا حتى تقاطعه.

أما المرسل فالظاهر منه هو الثانى لا: لان الاجارة مع عدم تعيين العوضين، فاسدة فإنه لو كان المرسل ظاهرا فى إرادة الاجارة كان مقيد الاطلاق دليل الفساد.

بل لان الكسب مع عدم المشاركة و قبول ما يعطى ليس الا العمل بقصد الاجرة و عليه فيوجب الخبر تقييد ما دل على استحقاق اجرة المثل كما مر مفصلا.

(١) هذا الاحتمال ينافى ظهور قوله لا بأس بكسب الماشطة، فان العمل بقصد التبرع لا يصدق عليه الكسب.

تزيين الرجل بما يحرم عليه

الثانية: المشهور بين الاصحاب ان تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب حرام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٣

المسألة الثانية: تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب حرام

إشارة

لما ثبت في محله من حرمتها على الرجال (١) و ما يختص بالنساء من اللباس كالسوار و الخلخال و الثياب المختصة بهن في العادات على ما ذكره في المسالك، و كذا العكس أعنى تزيين المرأة بما يختص بالرجال كالمنطقة و العمامة و يختلف

(١) الكلام في هذه المسألة في مقامين:

الاول لا ريب في حرمة لبس الرجل الحرير و الذهب لاستفاضة النصوص بها.

و أما حرمة التزيين بهما له و لو بغير اللبس فقد وقع فيها الخلاف و الكلام، و قد استدلوا لها بخبر روح بن عبد الرحيم عن الامام الصادق عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه و آله لامير المؤمنين عليه السلام: لا تختتم بالذهب فانه زينتك في الآخرة «١».

و بخبر النميري عنه عليه السلام و جعل الله الذهب في الدنيا زينة النساء فحرم على الرجال لبسه «٢».

و بأنه لعدم تعارف اتخاذ اللباس من الذهب يتعين حمل النصوص على ارادة مطلق التزيين به.

و في الجميع نظر:

أما الاول: فلانه ضعيف، اذ في طريقه غالب بن عثمان الهمداني و هو ضعيف، مع انه يدل على انه زينة الرجل في الآخرة و هذا لا يلازم حرمة التزيين به في الدنيا.

و أما الثاني: فلانه مرسل اذ الشيخ رواه عن رجل عن الحسن بن علي، مع انه يدل على جواز التزيين به للنساء لا عدم جوازه للرجال، بل تغيير التعبير في الرجال و انه حرم عليهم لبسه يشعر بجواز ما عدا اللبس من أفراد التزيين.

و أما الثالث: فلان عدم تعارف كون اللباس أى الثوب و نحوه بتمامه من الذهب، لا ينافي حرمة اللبس خاصة، لكون اللبس أعم من لبس الثوب و نحوه لصدفه على التختيم.

فتحصل: انه لا دليل على تحريم مطلق التزيين به، و يؤيد ذلك ما دل من النصوص على جواز شد الأسنان به، و في بعضها تجويز تشبك الثنية بالذهب فالأظهر جوازه.

(١) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب لباس المصلي، حديث ١، كتاب الصلاة.

(٢) الوسائل، باب ٣٠، من أبواب لباس المصلي، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٤

باختلاف العادات، و اعترف غير واحد بعدم العثور على دليل هذا الحكم عدا النبوي المشهور المحكى عن الكافي و العلل لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال (١) و في دلالة قصور لان الظاهر من التشبه تأنث الذكر

حكم تشبه كل من المرأة و الرجل بالآخر

(١) المقام الثاني: في تشبه كل من الرجل و المرأة بالآخر، بان يلبس كل منهما لباس الآخر المختص به. وقد استدلت لعدم الجواز بجملة من النصوص المتضمنة للنهي عن التشبه، و ان الله و رسوله لعنا المتشبهين من الرجال بالنساء، و المتشبهات من النساء، بالرجال منهما:

النبوي المروى في الوسائل عن الكافي مسندا عن عمرو بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: رسول الله صلى الله عليه و آله في حديث: لعن الله المحلل و المحلل له، و من تولى غير مواليه، و من ادعى نسبا لا- يعرف، و المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال الحديث «١».

و قد دلت جملة من النصوص الاخر على صدور الجملة الاخيرة من النبي صلى الله عليه و آله مثل ما رواه الصدوق في العلل عن زيد بن علي عن آبائه عن الامام علي عليه السلام انه رأى رجلا- به تأنت في مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله فقال له: اخرج من المسجد رسول الله صلى الله عليه و آله يا

لعنة رسول الله، ثم قال عليه السلام: سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله يقول: لعن الله المتشبهين ... الخ «٢».

و خبر يعقوب بن جعفر الوارد في الراكبة و المركوبة، و فيهن قال رسول الله صلى الله عليه و آله لعن الله المتشبهين «٣».

و فيه: ان هذه النصوص كلها ضعيفة السند.

أما الاول: فلعمرو بن شمر الذي قال

(١) الوسائل، باب ٨٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٨٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٣) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب النكاح المحرم، حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٥

و تذكر الانثى لا مجرد لبس أحدهما لباس الآخر مع عدم قصد التشبه.

و يؤيده المحكى عن العلل ان عليا عليه السلام رأى رجلا به تأنت في مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله فقال له: اخرج من مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله يقول لعن الله الخ، و في رواية يعقوب بن جعفر الواردة في المساحة ان فيهن قال رسول الله صلى الله عليه و آله لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء الى آخره، و في رواية أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام لعن رسول الله صلى الله عليه و آله المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال و هم المخثون و اللاني ينكحن بعضهن بعضا.

النجاشي في حقه: انه ضعيف جدا زيد احاديث في كتب جابر الجعفي.

و أما الثاني: فلحسين بن علوان الكلبي و عمرو بن خالد التبري العامي.

و أما الثالث: فليعقوب بن جعفر حيث إنه لا ذكر له في كتب الرجال.

و دعوى صاحب الجواهر و تبعه السيد في حاشيته ان قصور السند منجر بالشهرة، مندفع بان ما أفتى به القوم في كتبهم و ذكروه في العناوين انما هو تزيين الرجل بما يحرم عليه، و لم ينقل هو قدس سره التعميم الا عن المسالك، بل يمكن ان يقال ان نفس عدم ذكر العكس و التصريح بما يحرم عليه دون كل ما يختص بالنساء، دليلان على عدم التعميم، و على ذلك فالشهرة غير ثابتة.

و مع الاغماض عن ذلك فلا- دلالة فيه على حرمة التشبه في اللباس لما دل من النصوص على حصر المراد به في المخنثين و المساحقات كخبر يعقوب المتقدم المذكور في المتن فان تقديم الظرف يفيد الحصر.
مع ان للمنع عن دلالة اللعن على الحرمة مجالا واسعا، اذ الظاهر من اللعن مطلق الابعاد الذي يجتمع مع الكراهة.
مضافا الى ان الظاهر من تشبه الرجل بالمرأة تأنثه باللواط، و من تشبه المرأة بالرجل تذكره بالسحق.
و أما التشبه في اللباس، فهو تشبه مقيد لا المطلق فتدبر، و يؤيده خبر أبي خديجة المذكور في المتن «١».

(١) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب النكاح المحرم، حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٦

نعم في رواية سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يجر ثيابه، قال: انى لاكره ان يتشبه بالنساء.
و عنه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام كان رسول الله صلى الله عليه و آله يزر الرجل ان يتشبه بالنساء و ينهى المرأة ان تشبه بالرجال في لباسها، و فيهما خصوصا الاولى بقرينة المورد ظهور في الكراهة (١) فالحكم المذكور لا يخلو عن إشكال.

فان قوله: و هم المخنثون ... الخ ظاهر في الحصر.

أورد عليه المصنف بايرادين آخرين:

احدهما ان التشبه متقوم بالقصد و لا يتحقق بدونه، ذكره قبل أسطر و أيده بعض المحققين بان التشبه من التفاعل و هيئة التفاعل قد اعتبر في تحقق مفهومها القصد، و هذا هو الفارق بين التشبه و الشباهة، حيث ان الثانية تستعمل في موارد الشباهة القهرية غير القصدية، كما يقال زيد شبيه بعمر و في الجمال، و الاول لا يستعمل في هذه الموارد.
و فيه: انه لا ريب في عدم صدق التشبه في موارد الشباهة القهرية، و لكن ذلك لاجل اعتبار العلم و الالتفات في حصول وجه الشبه في الخارج لا- لأجل اعتبار القصد بالمعنى الذي اراده الشيخ قدس سره الذي لا دليل عليه، بل أطلق التشبه في النصوص على جر الثوب و المساحقة و اللواط مع عدم صدور شئ منها بقصد التشبه.

(١) الثاني: ظهور بعض الاخبار كخبري سماعة المذكورين في المتن «١». في الكراهة و هما يوجبان صرف ظهور النبوى عن الحرمة.
و فيه: انه لم ار وجها لدعوى ظهور الثاني منهما في الكراهة، فان مادة النهى ظاهرة في الحرمة و الزجر بل هي أظهر منه فيها.
و أما الاول: فان كان وجه دعوى ظهوره في الكراهة قوله عليه السلام انى لاكره ان يتشبه بالنساء ففيه: ان الكراهة في الروايات أعم من الكراهة المصطلحة و إن كان لاجل الاجماع

(١) الوسائل، باب ١٣، من أبواب أحكام الملابس، حديث ١ و ٢ كتاب الصلاة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٧

...

على عدم حرمة ما في مورده و هو جر الثوب، ففيه: انه بعد فرض خروج الكراهة و الحرمة عن حريم المستعمل فيه و الموضوع له و كونهما أمرين انتزاعيين من الترخيص في الفعل و عدمه هو لا يرجع الى محصل.
و قد أورد عليه الاستاذ الاعظم بايراد آخر و هو: ان المراد من التشبه فيه اما ان يكون مطلق التشبه، او خصوص التشبه في الطبيعة، كتأثت الذكر، و تذكر المرأة أو التشبه الجامع بين التشبه في الطبيعة و التشبه في اللباس.

أما الاول: فبديهي البطلان، و الا لزم حرمة اشتغال الرجل باعمال المرأة كتنظيف البيت و الكنس و الغزل و نحوها، و حرمة اشتغال المرأة باعمال الرجل كالسقى و الزرع و نحوهما، مع انه لا يمكن الالتزام بها، و لم يلتزم بها أحد. و أما الثالث: فلا يمكن الالتزام به لعدم الجامع بينهما، فيتعين الثاني.

و فيه: انه يمكن اختيار الاول و دفع ما ذكره بان التشبه انما يصدق بالنسبة الى الافعال المختصة بكل منهما بحسب الطبع، أو الجعل كلبس كل منهما لباس الآخر و وصل الرجل حاجبيه بالوسمة و تحميره وجهه بالصبغ الذي تستعلمه النساء و ما شابه ذلك، و أما الافعال التي ذكرها دام ظلّه فليس شيء منها مختصا باحدهما كما لا يخفى على من راجع العرف و الافعال المتداولة بينهم، فالصحيح ما ذكرناه.

و منها: النبوي المروي عن مجمع البيان عن أبي امامة انه صلى الله عليه و آله قال: أربيع لعنهم الله من فوق عرشه و آمنت عليه الملائكة- الى ان قال- و الرجل يتشبه بالنساء و قد خلقه الله ذكرا، و المرأة تتشبه بالرجال و قد خلقها الله انثى «١». و فيه: انه مرسل غير مجبور بالشهرة، مع انه يرد عليه ما تقدم من ان الظاهر من التشبه المطلق تأنث الذكر باللواط و تذكر الانثى بالسحق، و لعل هذا النبوي أظهر من

(١) المستدرک باب ٧٠، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٨

...

سابقه في ذلك بقرينه قوله و قد خلقه الله ذكرا.

و منها: ما عن الصدوق في الخصال مسندا عن الجعفي عن الامام الباقر عليه السلام: لا يجوز للمرأة ان يشبه بالرجل لان رسول الله صلى الله عليه و آله لعن المتشبهين من الرجال بالنساء و لعن المتشبهات من النساء بالرجال «١». و يرد عليه: مضافا الى ما أوردناه على سابقه من ان الظاهر من التشبه تذكر الانثى بالسحق، انه ضعيف السند، لان من رواه محمد بن عماره و ابنه جعفر و هما مجهولان.

و بما ذكرناه ظهر ما في خبر دعائم الاسلام عن جعفر بن محمد عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه و آله نهى النساء ان يكن متعطلات من الحلوى او يتشبهن بالرجال «٢».

و ما عن فقه الرضا عليه السلام: لعن رسول الله صلى الله عليه و آله سبعة وعد منهم المتشبهه بالرجال و المتشبهه بالنساء «٣».

و أما ما تضمن النهي عن تأنث الذكر فظهوره في إرادة اللواط لا يقبل الانكار، و احتمال إرادة تزيين الرجل بزينة النساء منه كما في حاشية المحقق الايرواني قدس سره غريب.

و قد يستدل لحرمة تشبه كل من الرجل و المرأة بالآخر في اللباس بخبري سماعه المتقدمين، و في أحدهما: قال في الرجل يجر ثيابه: اني لاكره ان يتشبه بالنساء.

و في الآخر: كان رسول الله صلى الله عليه و آله يزحر الرجل ان يتشبه بالنساء و ينهى المرأة ان تشبه بالرجال في لباسها «٤».

و أجاب عن الاستدلال بهما المصنف بما تقدم من أن ظاهرهما الكراهة، و قد مر ما فيه آنفا.

(١) المستدرک باب ٩، من أبواب أحكام الملابس حديث ١.

(٢) المستدرک باب ٩، من أبواب أحكام الملابس، حديث ٤.

(٣) المستدرک باب ٩، من أبواب احكام الملابس حديث ٢.

(٤) المستدرک باب ١٣، من أبواب احكام الملابس حديث ١-٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٥٩

ثم الخنثى يجب عليها ترك الزيتين (١) المختصتين بكل من الرجل و المرأة كما صرح به جماعة لانها يحرم عليها لباس مخالفها في الذكورة و الانوثة و هو مردد بين اللبس فتجنب عنهما مقدمه لانهما من قبيل المشتبهين المعلوم حرمة أحدهما، و يشكل بناء على كون مدرک الحكم حرمة التشبه بان الظاهر عن التشبه صورة

و أجاب عنه الاستاذ الاعظم: بان المراد من التشبه فيهما هو ان يتزيا كل من الرجل و المرأة بزى الآخر لا مجرد لبس كل من الرجل و المرأة لباس الآخر، و الا لزم حرمة لبس كل من الزوجين لباس الآخر لبعض الدواعي كبرد و نحوه.

و فيه: ان التشبه يصدق مع وقوع وجه الشبه في الخارج مع الالتفات و العلم كما صرح به دام ظله، فلبس كل منهما لباس الآخر مع العلم و الالتفات تشبه به في اللباس الذي هو المنهى عنه في الخبرين، و لا وجه لاعتبار ان يتزيا كل منهما بزى الآخر في مفهوم التشبه. و ما ذكره من ان لازم البناء عن عدم اعتبار ذلك حرمة لبس كل من الزوجين لباس الآخر لبرد و نحوه، ليس من التوالى الفاسدة التي لا يمكن الالتزام بها على هذا المسلك، فالصحيح في الجواب عنهما: انهما ضعيفان للارسال.

فتحصل: انه لا دليل على حرمة تشبه الرجل بالنساء و المرأة بالرجال في اللباس و الاصل الاباحة.

(١) بناء على كون الخنثى المشكل طبيعة ثالثة غير الرجل و المرأة كما اختاره جمع لا ريب في جواز ان تلبس لباس كل من الرجل و المرأة حتى بناء على حرمة التشبه في اللباس او مطلقا، كما لا يخفى، و أما بناء على كونها داخله تحت أحد العنوانين، فيجب عليها ترك الزيتين سواء اعتبر في مفهوم التشبه القصد أم لا، و على الثاني سواء اعتبرنا العلم بصدور الفعل كما بنينا عليه، أم لا، أما على الاخير فواضح، و أما على الثاني فلان العلم الذي اعتبرناه أعم من التفصيلي و الاجمالي الموجود في الخنثى و أما على الاول فلانها تعلم بحرمة التزين باحدى الزيتين بقصد التشبه بمن اختصت به فيجب عليها الاجتناب عنهما للعلم الاجمالي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦٠

علم المتشبه. (١)

المسألة الثالثة: التشبيب بالمرأة المعروفة المؤمنة المحترمة،

إشارة

و هو كما في جامع المقاصد ذكر محاسنها و إظهار شدة جبهها بالشعر حرام على ما عن المبسوط و جماعة كالفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني (٢) و استدل عليه بلزوم تفضيحها و هتك حرمتها (٣).

و أما بناء على عدم ثبوت كونها داخله تحت أحد العنوانين و عدم ثبوت كونها طبيعة ثالثة، فمقتضى أصالة الاباحة جواز كلتا الزيتين عليها للشك في حرمتها و عدم العلم بحرمة إحداها عليها.

(١) و بما ذكرناه ظهر، ما في قوله قدس سره و يشكل بناء على كون مدرک الحكم حرمة التشبه بان الظاهر عن التشبه صورة علم المتشبه.

كما انه ظهر عدم تامة تسليم السيد الفقيه و المحقق الايرواني ما ذكره المصنف قدس سره ان كان ما ذكره من التعليل من جهة

اعتبار القصد في مفهومه.

التشيب بالمرأة الاجنبية

(٢) يقع الكلام في مواضع اربعة:

الاول: في حرمة التشيب بالمرأة في الجملة و عدمها.

الثاني: في حرمة الاستماع على فرض حرمة و عدمها.

الثالث: في الخصوصيات التي اعتبروها فيه.

أما الموضوع الاول: ففيه قولان، و قد استدل للحرمة بوجوه:

(٣) هذا هو أول الوجوه و هو ان التشيب تقيح و هتك للمشيب بها و إهانته لها فيحرم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦١

ايدائها (١).

وفيه: ان التشيب بذكر المحاسن، و إظهار شدة الحب من دون ان يشتمل على ما ينافي العفاف و التستر لا يكون هتكا لها و إهانته و تفضيحا، لا سيما إذا كان اظهار شدة الحب من غير جهة الميل الشهوى الى المشيب بها، كذكر محاسن مخدرات الرسالة و اظهار شدة جبهن بجهة الولاية.

نعم إذا اشتمل على ما ينافي العفاف و التستر يكون هتكا لها، إلا انه ينطبق عليه لاجل ما اشتمل عليه لا نفسه، و لعل هذا هو مراد من أجاب عن هذا الدليل بان النسبة بين عنواني الاهانة و الهتك في مورد.

و الغريب ان الاستاذ الاعظم عند بيان مورد افتراق التشيب عن الهتك بعد اختياره كون النسبة بين العنوانين عموما من وجه، ذكر ما إذا كان التشيب في حال الخلو مع عدم اطلاع أحد عليه، أو فيما إذا كان ذلك في جواب سؤال السائل المرید ان يخطبها، إذا مضافا الى ما تقدم من عدم انطباق عنوان الهتك عليه مطلقا، انه لو سلم ذلك لا يفرق بين كون ذلك في جواب المرید للخطبة و غيره، بعد هدم كون ذكر المحاسن وحده من التشيب، بل مع الاقتران بشدة الحب.

و أما الايراد عليه بأن محل كلامنا هو حرمة التشيب بعنوانه الأولى، فإثبات حرمة بعنوانه عرضي خروج عن محل الكلام، ففي غير محله لو سلم كونه هتكا متلقا كما لا يخفى.

(١) هذا هو الوجه الثاني و هو انه ايداء للمشيب بها و هو حرام.

وفيه: أولا: ان النسبة بين الإيداء و التشيب عموم من وجه، لو لم ندع عدم كونه إيداء مطلقا ما لم يشتمل على ما ينافي العفاف و التستر المحرم بعنوان الهتك و الفحش.

و ثانيا: ان الإيداء بفعل المباح مع عدم قصد الإيداء لا دليل على حرمة، و إلا لزم البناء على حرمة كل فعل ترتب عليه أذى الغير و إن كان ذلك الفعل مستحبا، بل لو كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦٢

و إغراء الفساق بها (١) و إدخال النقص عليها و على أهلها (٢) و لذا لا ترضى النفوس الآبية ذوات الغيرة و الحمية ان يذكر ذاكر عشق بعض بناتهم و أخواتهم بل البعيدات من قراباتهم، و الإنصاف ان هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحريم مع كونه أخص من المدعى، إذ قد لا يتحقق شيء من المذكورات في التشيب بل و أعم منه من وجه فان التشيب بالزوجة قد توجب أكثر المذكورات، و يمكن ان يستدل عليه بما سيجيء من عمومات حرمة اللهو و الباطل (٣).

واجبا يقع التزاحم بين الحكمين، وهذا مما لا يمكن الالتزام به، أ لا ترى انه ليس لفقهاء ان يتفوه بحرمة صلاة إمام الجماعة إذا تأذى الغير من كونه إماما يقتدى به الناس.

و ثالثا: تحقق الايذاء يتوقف على سماعها و إطلاقها عليه، فلو تشبب بها و لم تسمع لا يتحقق الايذاء كما لا يخفى.

(١) هذا هو الوجه الثالث و هو انه إغراء الفساق بها.

و فيه: ان ذلك بمجرد لا دليل على حرمة الا ان يرجع الى الايذاء و قد عرفت ما فيه.

(٢) هذا هو الوجه الرابع و هو انه ادخال النقص عليها و على أهلها.

و فيه: انه ممنوع صغرى و كبرى، و لا يخفى وجه منعها بعد الاحاطة بما ذكرناه.

(٣) هذا هو الوجه الخامس و حاصله ان التشبيب من اللهو و الباطل، فيكون حراما لعمومات حرمة اللهو و الباطل الآتية.

و فيه: انه لا يمكن الالتزام بحرمة كل لهو و باطل و الا لزم حرمة أغلب الافعال المباحة و هي كل ما اشغل عن ذكر الله و رسوله و ذكر القيامة.

مع انه قدس سره لا يلتزم بحرمة كل لهو و باطل كما يصرح به في محله.

مضافا الى المنع من صدق اللهو و الباطل على كل تشبيب، فان الشعر الذي ينشأ أو ينشد في ذلك المقام ربما يشتمل على ما يخرج عن ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦٣

ما دل على حرمة الفحشاء (١) و منافاته للعفاف المأخوذ في العدالة - ٢.

و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب و لو بعيدا تهيج القوة الشهوية بالنسبة الى غير الحليلة (٣) مثل ما دل على المنع عن النظر لانه سهم من سهام إبليس.

(١) هو الوجه السادس: و هو ان التشبيب من الفحشاء و قد دل الكتاب العزيز على حرمة ذلك «١».

و فيه: ان كون التشبيب من الفحشاء، أول الكلام و لم يدل دليل على كونه منها.

(٢) السابع، انه مناف للعفاف الماخوذ في العدالة في صحيح ابن أبي يعفور عن مولانا الصادق عليه السلام الوارد في تعيين ما به تعرف عدالة الرجل ان تعرفوه بالستر و العفاف «٢».

و فيه: انه ان اعتبرنا في العدالة خصوص العفاف من المحرمات، فيرد عليه: ان كون التشبيب منها أول الكلام، و ان كان المعتبر أعم من ذلك، و من ما يكون عفافا عن ما ينافى العرف و العادة، كما هو الظاهر من من يعتبر في العدالة ترك ما ينافى المروءة.

فيرد عليه: ان كون التشبيب منافيا للعفاف في بعض الموارد مجالا واسعا.

(٣) الثامن: فحوى ما دل من النصوص على حرمة كل ما يوجب تهيج القوة الشهوية بالنسبة الى غير الحليلة، و هي طائفتان:

الاولى ما دل على المنع عن النظر الى الاجنبية «٣». و في بعضها التعليل بانه سهم من سهام إبليس، و في بعضها التعليل بانه بذر الشهوات، و في بعضها النظرة بعد النظرة تزرع في القلب الشهوة، و كفى بها لصاحبها فتنة.

(١) النحل، آية ٩٠- النور، آية ٩١.

(٢) الوسائل، باب ٤١، من أبواب الشهادات، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ١٠٤، من أبواب مقدمات النكاح

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦٤
و المنع عن الخلوة بالأجنبية لأن ثالثهما الشيطان (١).

وجه دلالة هذه النصوص بالفحوى على حرمة التشبيب: انه إذا كان النظر حراما لأنه سبب يؤثر في إيمان الناظر، و يوجب وقوع صاحبه في الفتنة و يزرع في قلبه الشهوة،
فالتشبيب أولى بالحرمة، لأن تأثير الكلام في تحقق هذه الأمور أشد من تأثير النظر.
وفيه: أولا: كون هذه الأمور علة يدور الحكم مدارها محل نظر بل منع، إذ مضافا الى ضعف سند، ما علل الحكم فيه لا يمكن الالتزام بذلك، و الا لزم البناء على عدم حرمة النظر مع عدم استلزامه لذلك، و هذا مما لم يتفوه به فقيه، و ليس له ذلك، فلا محالة تكون من قبيل الحكمة لا يدور الحكم مدارها، فلا وجه للتعدى عن مورد النصوص.
و ثانيا: لا نسلم كون التشبيب أشد تأثيرا من النظر الذى هو أقوى أفراد المهيج للشهوة: و ثالثا: ان النسبة بين التشبيب و تهيج القوة الشهوية، هي العموم من وجه.

حكم الخلوة بالأجنبية

(١) الثانية: ما دل على عدم جواز الخلوة بالأجنبية «١» و هي كثيرة و فى بعضها التعليل بأن ثالثهما الشيطان.
و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على حرمة الخلوة من جهة ان الشيطان فى تلك الحالة ثالثهما و يهيج القوة الشهوية، و حيث ان التشبيب يهيج القوة الشهوية أزيد من تهيجها الخلوة، فهو أولى بالتحريم.
وفيه: أولا: ان ما ذكر فى تلك النصوص من قبيل الحكمة للحكم لا العلة كى يدور مدارها الحكم كما تقدم.

(١) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب مقدمات النكاح- و المستدرک، باب ٧٧، منها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦٥

...

و ثانيا: انه لا شاهد لكون العلة تهيج القوة الشهوية، و لعلها كون الخلوة من المقدمات القريبة للزنا، فان تلك الحالة مظنة الوقوع فى هذه المهلكة العظمى، بل هذا هو الظاهر منها، و عليه فلا وجه لقياس التشبيب عليها.

و ثالثا: لا دليل على حرمة الخلوة.

فان النصوص التى استدلوها بها على حرمتها ضعيفة السند.

و دعوى انجبار ضعفها بالشهرة.

مندفعة بانها بما ان جملة من تلك النصوص كخبر مسمع عن مولانا الصادق عليه السلام فيما أخذ رسول الله صلى الله عليه و آله البيعة على النساء و لا يقعدن مع الرجال فى الخلاء «١» و نحوه غيره،

دالة على حرمة قعود الرجل مع المرأة فى بيت الخلاء الذى كان متعارفا فى زمان الجاهلية و لذا قيده بالعود، و لم يقيد الرجال بغير المحارم.

و جملة اخرى منها كخبر موسى بن إبراهيم عن الامام الكاظم عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله من كان يؤمن بالله و

اليوم الآخر فلا يبيت في موضع يسمع نفس امرأة ليست له بمحرم «٢». و نحوه غيره، داله على حرمة نوم الرجل في محل يسمع نفس الاجنبية الذي تكون النسبة بينه وبين الخلوه هي العموم من وجه.
و جملة ثالثة تدل على حرمة نوم الرجل مع المرأة تحت لحاف واحد «٣».
و طائفة رابعة منها كخبر الجعفریات عن الامام على عليه السلام: ثالثة من حفظهن كان مصونا من الشيطان الرجيم و من كل بلية: من لم يخل بامرأة لا يملك منها شيئا.. الخ «٤». و نحوه غيره، غير ظاهرة في الحرمة، إذ هي تدل على ان من خلا باجنبية لا يكون مصونا من

-
- (١) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب مقدمات النكاح، حديث ١.
(٢) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب مقدمات النكاح، حديث ٢.
(٣) الوسائل، باب ١٠، من أبواب حد الزنا.
(٤) المستدرک، باب ٧٧، من أبواب مقدمات النكاح، حدى
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦٦

و كراهة جلوس الرجال في مكان المرأة حتى يبرد المكان (١) و برجحان التستر عن نساء أهل الذمة لأنهن يصفن لأزواجهن (٢).

الوقوع في الزنا و غيره من البليات، و هذا لا يلزم حرمة الخلوه كما لا يخفى، و لم يعلم استناد من أفتى بالحرمة الى خصوص ما هو ظاهر فيها كما يظهر لمن راجع كتب الحديث و الفتوى،
حيث انهم يذكرون هذه المسألة، ثم في مقام ذكر النصوص يذكرون النصوص المتقدمة او بعضها غير الدال على حكم المسألة، فلا وجه لهذه الدعوى.

مع ان للمنع عن إفتاء المشهور بالحرمة مجالا واسعا، و إن قال العلامة المجلسي في مرآة العقول في تحريم الخلوه مع الاجنبية ذكره الاصحاب، لعدم تعرض الاكثر له، و انما أشار اليه في باب الطلاق من ذكره و لم يذكر أحد في باب النكاح، و هذا بنفسه كاشف عن عدم كونها محرمة عندهم كما أشار اليه صاحب الجواهر قال: و لا شهرة محققة للاصحاب.
فالاظهر عدم حرمة الخلوه مع الاجنبية، و تؤيده النصوص الدالة على جواز صحبة غير المحرم في طريق الحج و غيره «١».
المستلزمة للخلوة في بعض الاحيان، و في بعضها التعليل بأن المؤمن ولى المؤمنة.

(١) التاسع: فحوى ما دل على كراهة أمور:

- □
منها جلوس الرجل في مكان المرأة ما لم يبرد المكان: كخبر السكوني عن مولانا الصادق عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه و آله إذا جلست المرأة مجلسا فقامت عنه فلا يجلس في مجلسها حتى يبرد «٢».
(٢) و منها: انكشاف المرأة بين يدي اليهودية و النصرانية كخبر حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام: لا ينبغي للمرأة ان تنكشف بين يدي اليهودية و النصرانية فانهن يصفن ذلك لازواجهن «٣».
الوسائل،

-
- (١) الوسائل، باب ٥٨، من أبواب وجوب الحج و شرائطه.
(٢) الوسائل، باب ١٤٥، من أبواب مقدمات النكاح و آدابه، حديث ١.
(٣) الوسائل، باب ٩٨، من أبواب مقدمات النكاح و آدابه، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦٧

و التستر عن الصبي المميز الذي يصف ما يرى (١) و النهى فى الكتاب العزيز عن) أن يخضعن بالقول فيطمع الذى فى قلبه مرض (و عن) أن يضربن بارجلهن و ليعلم ما يخفين من زينتهن ((٢) إلى غير ذلك فى المحرمات و المكروهات التى يعلم منها حرمة ذكر المرأة المعينة المحترمة بما يهيج الشهوة عليها خصوصا ذات البعل التى لم يرض الشارع بتعريضها للنكاح بقول رب راغب فيك،

(١) و منها: عدم التستر عن الصبي المميز كخبر السكونى عن سيدنا الصادق عليه السلام قال سال أمير المؤمنين عليه السلام عن الصبي يحجم المرأة؟ قال عليه السلام: إذا كان يحسن يصف فلا «١» و نحوه غيره.

و فيه: أولا: ان فحوى هذه الأدلة- على فرض ثبوت كون العلة لهذه الاحكام- هى اثاره القوة الشهوية و ثبوتها فى التشبيب هى كراهة التشبيب لا حرمة إذ لا وجه للاستدلال بما دل على كراهة شىء لحرمة شىء آخر فيه مناط ذلك الحكم. و ثانيا: انه لم يحرز كون مناط الكراهة هو ذلك، و لذا لم يفت أحد بكراهة الانكشاف بين يدي المسلمة إذا كانت تصف لزوجها، بل ظاهر ما ورد فى الصبي المميز استحباب التستر عنه بنفسه لكونه مميز الا لكونه يصف لغيره و يوجب ذلك اثاره قوته الشهوية، و الوصف فى الخبر انما يكون كناية عن التمييز كما لا يخفى، كما ان الظاهر ان رجحان التستر عن نساء أهل الذمة انما يكون لثلا يطلع أزواجهن على محاسن النساء المسلمات.

(٢) العاشر: النهى فى الكتاب العزيز عن خضوع النساء بالقول لثلا يطمع الذى فى قلبه مرض «٢» و عن) أن يضربن بارجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن) «٣». بدعوى ان التشبيب يوجب طمع من قلبه مرض أثر من الخضوع بالقول، كما انه أشد تائيرا من الضرب بالارجل، فاذا كانا هما منهيها عنهما فالتشبيب أولى بان يكون كذلك.

(١) الوسائل، باب ١٣٠، من أبواب مقدمات النكاح، حديث ٢.

(٢) الاحزاب، آية ٣٣.

(٣) النور، آية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٦٨

...

و فيه: ان الخضوع بالقول و الضرب بالارجل ليسا محرمين قطعا فلا محيص عن

صرف النهى عن ظاهره، و عليه فلا يبقى مورد للاستدلال بفحواهما لحرمة التشبيب كما مر.

فتحصل: انه لا دليل على حرمة التشبيب من حيث هو ما لم ينطبق عليه أحد العناوين المحرمة كالفحش و الغيبة و التهمة و الهتك و نحوها.

و أما الموضوع الثانى: فالظاهر عدم حرمة الاستماع و إن ثبت حرمة التشبيب لعدم الدليل، و قد استدلل المحقق الايروانى على حرمة- بعد بنائه على حرمة التشبيب و اعتبار وجود المخاطب- بان الوجوه القاضية بتحريم التشبيب قاضية بحرمة عنوان منطبق على المركب من القول و السماع، فكان كل منهما دخيلا فى تحقق الحرام، فيحرم كل منهما فى عرض الآخر.

و فيه: ان التشبيب انما ينطبق على القول، و السماع سماع له لا انه محقق عنوان التشبيب، و عدم حرمة التشبيب الا مع وجود المخاطب لا يلزم حرمة السماع.

و بالجملة: بعد كون المحرم هو التشيب وهو انما ينطبق على القول، و السماع لو اعتبر فلنما هو شرط الحرمة لا مقوم لتحقيقه، لا وجه للقول بحرمة.

و لكن الانصاف ان بعض الوجوه المتقدمة كأدلة حرمة اللهو و الباطل، و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب تهيج القوة الشهوية، يقضى بحرمة الاستماع فى نفسه كالقول كما لا يخفى، و قد عرفت ان هذين الوجهين ضعيفان جدا.

و أما الموضوع الثالث: فلا أرى وجها لاعتبار كون التشيب بالشعر لعدم اختصاص شىء من الوجوه المتقدمة، بما إذا كان بالشعر، بل يمكن ان يقال: ان جملة من الوجوه المتقدمة لو تمت لاختصت بما إذا كان بغير الشعر، لما ذكره المحقق التقي قدس سره بقوله: ان التشيبات المتعارفة فى السنة الشعراء قديما و حديثا لاشتمالها على كثرة إغراقات و مبالغات لا يستفاد منها علم و لا يحصل منها اطلاع على حال الممدوح و صفاته و شمائله، بل ليست هى من قبيل حقيقة الاخبار فى شىء، و انما هى إنشاء و مدح على أنحاء مبالغات و إغراقات يعلم بعدم مطابقتها للواقع انتهى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٦٩

نعم لو قيل: بعدم حرمة التشيب بالمخطوبة قبل العقد، بل مطلق من يراد تزويجها لم يكن بعيدا لعدم جريان أكثر ما ذكر فيها، و المسألة غير صافية عن الاشتباه و الاشكال. (١) ثم ان المحكى عن المبسوط و جماعة جواز التشيب بالحليلة بزيادة الكراهة عن المبسوط، و ظاهر الكل جواز التشيب بالمرأة المبهمة بان يتخيل امرأة و يتشيب بها. و أما المعروفة عند القائل دون السامع سواء علم السامع إجمالا بقصر معينة أم لا، ففيه أشكال.

(١) ظاهر المصنف قدس سره الميل الى جواز التشيب بالمخطوبة.

حيث قال: لو قيل بعدم حرمة التشيب بالمخطوبة قبل العقد بل مطلق من يراد تزويجها لم يكن بعيدا. و فيه: ان مقتضى جميع الوجوه المتقدمة حرمة التشيب بها، حتى أولوية مناط حرمة النظر، فانها أيضا ممن يحرم النظر اليها، و مجرد ثبوت جواز النظر فى الجملة لا مستمرا من حين إرادة التزويج الى حين وقوع النكاح لاستعلام الحال لا يقتضى جواز التشيب مطلقا. نعم اعتبار كون المشيب بها غير الحليلة فى محله، لاختصاص الوجوه المتقدمة بغيرها كما هو واضح. و أما اعتبار كونها معروفة فظاهر الجميع على ما ذكره الشيخ الاعظم البناء عليه.

و لكن أكثر الوجوه المتقدمة مختصة بالمعروفة و لا- تشمل المرأة المتهمة و الخيالية، و مقتضى بعضها، ككون التشيب من اللهو الباطل، و كونه من الفحشاء، و منافيا للعفاف الماخوذ فى العدالة، حرمة التشيب بها أيضا.

و أما المعروفة عند القائل دون السامع فمقتضى أكثر الوجوه حرمة التشيب بها، و هى جميع ما اعتمد عليه المصنف قدس سره فى هذا الحكم.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٧٠

و فى جامع المقاصد كما عن الحواشى الحرمة فى الصورة الاولى، و فيه إشكال من جهة اختلاف الوجوه المتقدمة للتحريم، و كذا إذا لم يكن هنا سامع.

و أما اعتبار الايمان فاختره فى القواعد و التذكرة و تبعه بعض الاساطين لعدم احترام غير المؤمنة، و فى جامع المقاصد كما عن غيره حرمة التشيب بنساء أهل الخلاف و أهل الذمة لفحوى حرمة النظر اليهن، و نقض بحرمة النظر الى نساء أهل الحرب مع انه صرح بجواز التشيب بهن، و المسألة مشككة من جهة الاشتباه فى مدرك أصل الحكم و كيف كان فاذا شك المستمع فى تحقق شروط الحرمة لم يحرم عليه الاستماع كما صرح به فى جامع المقاصد.

و أما التشيب بالغلام فهو محرم على كل حال (١) كما عن الشهيدين و المحقق الثانى و كاشف اللثام لانه فحش محض فيشتمل على

الاعراض بالقبیح.

و عن المفاتيح ان فی اطلاق الحكم نظرا، و الله العالم.

و مما ذكرناه ظهر انه لا وجه لاعتبار الشيخ قدس سره وجود السامع، و لا كون المشبب بها مؤمنة كما لا يخفى.

(١) أما الموضوع الرابع: ففي المكاسب) و أما التشيب بالغلام فهو محرم على كل حال كما عن الشهيدین .)

و فيه: إن التشيب به إن كان بما يشتمل على ما ينافي عفافه، كما إذا اشتمل على انه لا يدفع يد لامس، و انه في عرضة ذلك، لا ريب في حرمة لانه فحش محض، و هتك و إهانة و تهمه او غيبة، و إلا- فان كان التشيب لتمنى الوصول الى المحرم الشرعى كاللواط فكذلك فانه جرأة على معصية الله تعالى، و أما إذا لم يكن باحد النحويين و كان مجرد ذكر المحاسن و إظهار شدة الحب به فلا وجه لحرمة، نعم أكثر الوجوه المتقدمة في المرأة جارية هنا، إلا انه عرفت عدم دلالة شىء منها على حرمة التشيب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧١

المسألة الرابعة: تصوير صور ذوات الارواح حرام (١)

إشارة

إذا كانت الصورة مجسمة بلا خلاف فتوى و نسا و كذا مع عدم التجسم وفاقا لظاهر النهاية و صريح السرائر و المحكى عن حواشى الشهيد و الميسية و المسالك و إيضاح النافع و الكفاية و مجمع البرهان و غيرهم للروايات المستفيضة.

التصوير حرام

(١) الرابعة لا خلاف في حرمة التصوير في الجملة، كما في المكاسب و الحدائق، و في الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، بل المنقول منه مستفيض، و الاقوال فيها خمسة:

الاول: حرمة التصاوير مطلقا سواء كانت مجسمة أم غيرها، سواء كانت لذوات الارواح أم غيرها، و عن المختلف: نسبة هذا القول الى ابن البراج و ظاهر أبى الصلاح.

الثاني: حرمة التصاوير مطلقا إذا كانت مجسمة، و قد نسب ذلك الى الشيخين و سلا و هو ظاهر العلامة في التبصرة حيث قال: كعمل الصور المجسمة.

الثالث: حرمة تصاوير ذوات الارواح سواء كانت مجسمة أم غيرها، اختاره المصنف قدس سره في المتن وفاقا لجماعة من الاساطين على ما نقله عنهم.

الرابع: حرمة تصاوير ذوات الارواح إذا كانت مجسمة، و هذا هو المتفق عليه، و اختاره جمع من الاساطين المعاصرين و ممن يقرب عصرنا.

الخامس: حرمة تصاوير ذوات الارواح مطلقا و غيرها إذا كانت مجسمة، استظهره السيد من بعض.

و النصوص الواردة في المقام على طوائف:

الاولى: ما دل على حرمة التصاوير مطلقا مجسمة كانت أم غيرها، لذوات الارواح و غيرها: كخبر محمد بن مسلم عن الامام الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن الامام على عليه السلام قال: اياكم و عمل الصور فانكم تسألون عنها يوم القيامة «١».

(١) المستدرک، باب ٧٥، من أبواب ما یکتسب به، حدیث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧٢

مثل قوله عليه السلام: نهى ان ينقش شىء من الحيوان على الخاتم، وقوله عليه السلام: نهى عن تزويق البيوت، قلت: و ما تزويق البيوت، قال تصاویر التماثيل (١) و المتقدم عن تحف العقول و صنعته صنوف التصاویر ما لم يكن مثال الروحاني، و قوله عليه السلام فى عدة أخبار: من صور صورة كلفه الله يوم القيامة ان ينفخ فيها و ليس بنافخ.

و قد ضعفه الاستاذ الاعظم لقاسم بن يحيى.

و فيه: ان ابن الغضائرى و ان ضعف الرجل و تبعه العلامة فى الخلاصة، إلا- انه يمكن عده من الحسان لان الرجل كثير الرواية و الاصحاب أفتوا بمضامين رواياته، و الاجلاء كأحمد بن محمد بن عيسى و غيره يروون عنه، و هذا يشير الى اعتمادهم عليه، و لم يضعفه شيخ من المشايخ العظام الماهرين بأحوال الرجال على ما ذكره المولى الوحيد، و هذه بضميمة كثرة خطأ ابن الغضائرى فى التضعيفات، و عدم بناء العلامة فى الخلاصة على التدقيق يوجب الاطمينان بعدم ضعفه. فتأمل. فإن جعل مثل هذا الخبر مدركا للحكم الشرعى لا يخلو عن إشكال كما لا يخفى.

و أورد عليه المحقق التقى قدس سره بعدم العلم بظهور الصورة فيما يشمل غير المجسمة، بل يظهر من بعض الاخبار الاختصاص بالمجسمة كمقابلته عليه السلام النقش للصورة فى حدیث المناهى «١». المذكور فى المتن.

و فيه: ان الصورة لو لم تكن مختصة بغير المجسمة لا تكون مختصة بها كما تشهد له كثير من النصوص الواردة فى الصلاة فى بيت او مسجد فيه تصاویر، أو تماثيل، كخبر على بن جعفر: سألت أخى موسى عليه السلام عن مسجد يكون فيه تصاویر و تماثيل يصلى فيه؟ فقال عليه السلام: تكسر رءوس التماثيل و تلتطخ رءوس التصاویر و يصلى فيه و لا بأس «٢» و نحوه غيره.

(١) و أما حدیث المناهى: فمضافا الى ضعف سنده یرد عليه ما ذكره السيد الفقيه من أن ما اشتمل على كلمة النقش خبر آخر عن النبى صلى الله عليه و آله نقله الامام عليه السلام فلا مقابلة فى كلام النبى، و الامام أراد ان ينقل اللفظ الصادر عنه.

(١) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما یکتسب به، حدیث ٦ و ١. و باب ٣ من أبواب المساكن، حدیث ١.

(٢) الوسائل، باب ٣٢، من أبواب مكان المصلی، حدیث ١٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧٣

و قد يستظهر اختصاصها بالمجسمة من حيث ان نفخ الروح لا تكون الا فى الجسم و ارادة تجسيم النقش مقدمة للنفخ، ثم النفخ فيه خلاف الظاهر، و فيه ان النفخ يمكن تصوره فى النقش (١) بملاحظة محله بل بدونها كما فى أمر الامام الاسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر فى مجلس الخليفة أو بملاحظة لون النقش الذى هو فى الحقيقة أجزاء لطيفة من الصبغ. و الحاصل ان مثل هذا لا يعد قرينه عرفا على تخصيص الصورة بالمجسم.

و بالجملة: لا- ينبغى التوقف فى شمول الصورة للمجسمة و غيرها، و إرادة المجسمة منها فى بعض النصوص كإرادة غيرها منها فى آخر لا تصلح قرينه للاختصاص بشىء منهما.

و أما النصوص الاخر التى استدلو بها لهذا القول و ادعى ظهورها فى حرمة التصوير مطلقا، فليس فى شىء منها دلالة على ذلك، فانها على قسمين:

الاول: ما تضمن المنع عن التمثال: كخبر اصبح بن نباتة قال أمير المؤمنين عليه السلام: من جدد قبرا، أو مثل مثالا فقد خرج عن الاسلام «١». و نحوه غيره.

الثاني: ما تضمن النهي عن تصوير التماثيل، كخبر الحضرمي عن عبد الله بن طلحة عن الامام الصادق عليه السلام جعل من أكل السحت تصوير التماثيل «٢» و نحوه غيره.

و كلا القسمين مختصان بالمجسم.

أما الاول فلان المثال ظاهر في المجسم ولا يصدق على غيرها، إذ مثال الشيء عبارة عن مماثلة من جميع الجهات الست، كما يظهر لمن راجع موارد استعماله في العرف العام، و تؤيده النصوص المتقدم بعضها الظاهرة في ان المثال غير الصورة.

(١) و بذلك ظهر أن ما أفاده المصنف في وجه عدم اختصاصها بالمجسم بقوله ان النفخ يمكن تصويره في النقش غير مربوط بما هو وجه الاختصاص.

(١) التهذيب، ج ١، باب دفن الميت، ص ١٣٠- و الوسائل، باب ٣، من أبواب المساكن، حديث ١.

(٢) المستدرک، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧٤

و أظهر من الكل صحيحة محمد بن مسلم سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر، قال: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان، فان ذكر الشمس و القمر قرينة على إرادة مجرد النقش و مثل قوله عليه السلام من جدد قبرا او مثل مثالا فقد خرج عن الاسلام، فان المثال و التصوير مترادفان (١) على ما حكاه كاشف اللثام عن أهل اللغة من ان الشائع من التصوير و المطلوب منه هي الصور المنقوشة على أشكال الرجال و النساء و الطيور و السباع دون الاجسام المصنوعة على تلك الاشكال و يؤيده ان الظاهر أن الحكمة في التحريم هي حرمة التشبه بالخالق في إبداع الحيوانات و أعضائها على الاشكال المطبوعة التي يعجز البشر عن نقشها على ما هي عليه فضلا عن اختراعها، و لذا منع بعض الاساطين عن تمكين غير المكلف من ذلك، و من المعلوم ان المادة لا دخل لها في هذه الاختراعات العجيبة فالتشبه انما يحصل بالنقش و التشكيل لا غير.

(١) و ما ذكره المصنف قدس سره من ان المثال و الصورة مترادفان على ما حكاه كاشف اللثام عن أهل اللغة، غير تام، و مجرد شيوع الصورة من عمل التصاوير دون غيرها من المادة المصنوعة على تلك الاشكال لا يصلح قرينة لصرف هذه النصوص عن ظاهرها، إذ لا مانع من ورود النص لبيان حكم الافراد النادرة، و القبيح انما هو حمل المطلق على الفرد النادر مع ان الشيوع ممنوع.

و أما الثاني: فلانه مبني على التجريد، فمعناه جعل التماثيل و عملها، فيكون القسمان متحدين مفادا.

الطائفة الثانية: الاخبار الظاهرة في النهي عن التصاوير إذا كانت مجسمة لذوات الارواح و غيرها، و هي النصوص المانعة عن التمثال المتقدمة.

الطائفة الثالثة: ما يكون ظاهرا في حرمة تصاوير ذوات الارواح و إن لم تكن مجسمة، و هو ما رآه الصدوق بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن مولانا الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في حديث المناهي: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن التصاوير و قال

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧٥

و من هنا يمكن استظهار اختصاص الحكم بذوات الارواح فان صور غيرها كثيرا ما يحصل بفعل الانسان للدواعي الاخر غير قصد التصوير و لا يحصل به تشبه بحضرة المبدع تعالى عن التشبيه بل كل ما يصنعه الانسان من التصرف في الاجسام فيقع على شكل واحد

من مخلوقات الله تعالى، و لذا قال كاشف اللثام على ما حكى عنه في مسألة كراهة الصلاة في الثوب المشتمل على التماثيل انه لو عمت الكراهة لتماثيل ذى الروح و غيرها كرهت الثياب ذوات الاعلام لشبه الاعلام بالاخشاب و القصبات و نحوها و الثياب المحشوة لشبه طرائقها المخيطة بها بل الثياب قاطبة لشبه خيوطها بالاخشاب.

من صور صورة كلفه الله تعالى يوم القيامة أن ينفخ فيها و ليس بنافخ- الى ان قال- و نهى ان ينقش شىء من الحيوان على الخاتم «١». الطائفة الرابعة: ما يدل على حرمة تصاوير ذوات الارواح إذا كانت مجسمة و جواز تصاوير غيرها مطلقا كصحيح البقباق عن سيدنا الصادق عليه السلام فى قول الله عز و جل:

(يعملون له ما يشاء من محاريب و تماثيل (فقال: و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و شبهه «٢») فإن ذكر الرجال و النساء فيه انما يكون من باب المثال، و يشهد له ذيله.

و صحيح زرارة عن الامام الباقر عليه السلام: لا بأس بتماثيل الشجر «٣».

و صحيح محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر فقال: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان «٤».

(١) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.

(٢) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٤) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧٦

...

و ثانيا: انه على فرض عدم شيوعه و كونه نادرا بما ان السؤال انما يكون عن حكم

ذلك الفرد النادر، فلا وجه لجعل جوابه عاما، إذ لا يترتب محذور على تخصيصه بذلك المورد.

و ثالثا: ان التمثال المضاف إلى الشمس و القمر أريد منه النقش بتلك القرينة، و هذا لا يوجب إرادة النقش من التمثال المضاف الى الحيوان، فهذا الخبر لا دلالة له على حرمة تصوير ذى الروح إذا لم يكن مجسما.

و الاخبار المشتملة على نفخ الروح كخبر المناهى المتقدم و خبر سعيد عن مولانا الباقر عليه السلام: ان الذين يؤذون الله و رسوله هم المصورون يكلفون يوم القيامة ان ينفخوا فيها الروح «١» و نحوهما غيرهما.

و اختصاص هذه النصوص بذوات الارواح واضح، إذ الظاهر منها ان عدم القدرة على النفخ فى الصورة انما يكون لعجز النافخ، و عليه فلا بد و أن يكون المحل فى نفسه قابلا لذلك، فالشجر و الشمس و القمر و شبههما غير قابله للنفخ فى أنفسها.

و أما اختصاصها بالمجسمة فقد اختاره فى الجواهر: و علله بأن النصوص ظاهرة فى كون الصورة حيوانا لا ينقص منه شىء سوى الروح، و الظاهر ان مراده ان الظاهر منها حرمة تصوير ما لو نفخ فيه الروح لصار حيوانا متعارفا، و لا يكون المنفوخ فيه ناقصا عن مشابهة من المخلوقات بحسب الشكل و الجثة الا من حيث الروح فيؤمر بتتميمه بنفخ الروح فيه.

لا ما ذكره الاستاذ الأعظم من استحالة الامر بنفخ الروح فى النقوش الخالية عن الجسم، فإن الامر بالنفخ لا يكون الا فى محل قابل، و الصور المنقوشة فى الألواح غير قابله لذلك لاستحالة انقلاب العرض الى الجوهر، فعدم القدرة عليه ليس لعجز النافخ كما لا يخفى

على من راجع الجواهر.

(١) الوسائل، باب ٣، من أبواب أحكام المساكن، حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧٧

...

و على ما ذكرناه فلا يرد عليه شيء من الايرادين الذين ذكرهما المصنف قدس سره بعد أسطر بقوله: ان النفخ يمكن تصويره في النقش بملاحظة محله بل بدونها كما في أمر الامام الاسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر في مجلس الخليفة، او بملاحظة لون النقش الذي هو في الحقيقة أجزاء لطيفة من الصبغ المتقدم. أما الاول: فلان الظاهر منها ان الامر بالنفخ انما هو لاجل إحياء نفس الصورة لا محلها، و أمر الامام عليه السلام الاسد المنقوش بأخذ الساحر انما كان معجزة منه عليه السلام التي حقيقتها فعل ما يكون خارجا عن نوايس الطبيعة، و على أي تقدير كفيته غير معلومة لنا. و أما الثاني: فلانه إن أريد إحياء الاجزاء اللطيفة بما لها من الهيئة المرسومة، فهو لا يصير شيئا من الحيوانات المتعارفة، إذ ليس شيء من الحيوانات ذا جسم رقيق مسطح، و إن أريد جمعها و جعلها في صورة صغيرة من أحد الحيوانات ثم نفخ الروح فيها فهو كما ترى. و الاستاذ دام ظله حيث تخيل ان أساس استدلال صاحب الجواهر هو انتقال العرض الى الجوهر سلم هذا الجواب و قال: انه لا يلزم ذلك بل يلزم انتقال الجوهر الى جوهر آخر، و قد عرفت مراده قدس سره و انه الحق في المقام، و إرادة تجسيم النقش مقدمة للنفخ ثم النفخ فيه خلاف الظاهر.

فتحصل: اختصاص هذه النصوص بذوات الارواح إذا كانت مجسمة. هذه هي تمام نصوص الباب.

و أما مقتضى الجمع بينها، فمحصل القول فيه: ان الطائفة الثانية- مضافا الى ضعف سند جميعها- لا تنافي الطائفة الاولى لكونهما من قبيل المثبتين، فلا وجه لدعوى تقييدها بها.

و كذلك الطائفة الثالثة: فإنها متضمنة لحرمة تصوير ذى الروح و لا تدل على عدم حرمة تصوير غيره كى توجب تقييد الطائفة الاولى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧٨

...

و أما الطائفة الرابعة: فالصحيح منها من حيث دلالتها على عدم تحريم تصوير ذى الروح- مجسمة كان او غيرها- فإنها و إن اختصت بالمجسمة الا انها تدل على جواز غيرها بالفحوى، تقييد إطلاق الطائفة الاولى و تخصصها بذوات الارواح، فالباقي تحتها تصوير ذوات الارواح مطلقا، و أما من حيث تضمنها تحريم تمثال ذى الروح المختص بالمجسمة فلا تنافي مع الطائفة المطلقة، فلا وجه لتقييدها بها.

و أما الاخبار المشتملة لنفخ الروح فهي على قسمين:

الاول: ما تضمن ان من مثل مثالا كلف يوم القيامة ان ينفخ فيه الروح كمرسل ابن أبي عمير.

الثاني: ما تضمن ان من صور صورة كلف ان ينفخ فيها الروح.

أما القسم الاول: فهو لا ينافي المطلقة كى يوجب تقييدها، و أما القسم الثاني: فهو من جهة ظهوره في ان الصورة المحرمة هي ما يؤمر بنفخ الروح فيها، يدل على اختصاص الحكم بالمجسمة، و مقتضى القاعدة تخصيص المطلقة به، الا ان الروايات التي تكون بهذا المضمون كلها ضعيفة السند.

فتحصل: ان الجمع بين النصوص يقتضى الالتزام بحرمة تصاوير ذوات الارواح- سواء كانت مجسمة أم غيرها- و جواز تصاوير غيرها. هذا بناء على اعتبار خبر محمد بن مسلم المطلق المتقدم، و أما بناء على ضعف سنده، فالظاهر اختصاص الحكم بالمجسمة من ذى الروح، لعدم الدليل على الحرمة سوى الصحاح المختصة بهذا المورد، كما انه على القول باعتباره و اختصاص الصورة بالمجسمة كما اختاره صاحب الجواهر و المحقق التقي، لا بد من البناء على اختصاص الحرمة بالمجسمة، بل يمكن القول بالاختصاص حتى بناء على اعتبار خبر محمد بن مسلم، و عدم اختصاص الصورة بالمجسمة، بناء على اعتبار ان يكون المنقوش صورة حيوان تام- كما يأتى-، إذ النقش غير المجسم دائما صورة لجانب من جوانب ذى الصورة و الصورة جزء منه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٧٩

و إن كان ما ذكره لا يخلو عن نظر كما سيجيء هذا و لكن العمدة فى اختصاص الحكم بذوات الارواح أصالة الاباحة (١) مضافا الى ما دل على الرخصة مثل صحيحة ابن مسلم السابقة و رواية التحف المتقدمة.

و ما ورد فى تفسير قوله تعالى: (يعملون له ما يشاء من محاريب و تماثيل (من قوله: و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء و لكنها تماثيل الشجر و شبيهه، و الظاهر شمولها للمجسم و غيره فبها يقيد بعض ما مر من الاطلاق خلافا لظاهر جماعة حيث انهم بين من يحكى عنه تعميمه الحكم لغير ذى الروح و لو لم يكن مجسما لبعض الاطلاقات اللانزم تقيدها بما تقدم مثل قوله عليه السلام نهى عن تزويق البيوت و قوله عليه السلام من مثل مثلا- الى آخره، و بين من عبر بالتماثيل المجسمة بناء على شمول التمثال لغير الحيوان كما هو كذلك، فخص الحكم بالمجسم لان المتيقن من المقيدات للاطلاقات، و الظاهر منها بحكم غلبة الاستعمال و الوجود النقوش لا غير (٢).

و مما ذكرناه ظهر ضعف كل ما استدل به على سائر الاقوال، بل القول المختار، فلا وجه لاطالة الكلام فى ذلك.

(١) و فيه انه لا وجه للرجوع اليها مع وجود الدليل، فالعمدة هى الاخبار المرخصة.

(٢) مقتضى هذا البرهان كون المستدل قائلا بالقول الخامس المتقدم، لاما ذكره المصنف قدس سره إذ مقتضى الاطلاقات حرمة التصاوير مطلقا، فإذا كان المقيد دالا على خروج نقش غير ذى الروح فقط يكون الباقي تحت المطلقات تصاوير ذوات الارواح مطلقا و المجسمة من غيرها، و على ذلك فينحصر الجواب عنه بما ذكره المصنف قدس سره أخيرا بقوله: و بالجملة: التمثال فى الاطلاقات المانعة الخ.

و أما جوابه الاول، و هو لزوم الحمل على الكراهة، فغاية ما يمكن ان يقال فى توجيهه أحد أمرين:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٨٠

و فيه ان هذا الظهور لو اعتبر لسقط الاطلاقات عن نهوضها لاثبات حرمة المجسم فتعين حملها على الكراهة (١) دون التخصيص بالمجسمة، و بالجملة التمثال فى الاطلاقات المانعة مثل قوله: من مثل مثلا، ان كان ظاهرا فى شمول الحكم للمجسم كان كذلك فى الادلة المرخصة لما عدا الحيوان كرواية تحف العقول و صحيحة ابن مسلم، و ما فى تفسير الآية فدعوى ظهور الاطلاقات المانعة فى العموم و اختصاص المقيدات المجوزة بالنقوش تحكم (٢).

(١) الاول: ان الاطلاقات كالمقيدات مختصة بالنقوش و حيث ان نقش غير الحيوان دلت المقيدات على جوازه، و نقش الحيوان هو القائل بجوازه فيتعين حمل النهى فى الاطلاقات على الكراهة.

(٢) الثانى: ان مورد المقيدات كالمطلقات النقوش مطلقا.

و لكن شيئا منهما لا يتم.

أما الاول فلما عرفت من عدم ثبوت كونه قائلا بجواز نقش الحيوان.
و أما الثاني فلانه يصرح بان المقيدات مختصة بغير الحيوان فراجع كلامه.

جواز التصوير المتعارف في هذا الزمان

بقي في المقام فروع مهمة لا بد من التعرض لها في المقام.

الاول: لا ريب في انه لا فرق في حرمة التصوير بين كونه باليد او الطبع او النسخ او غير ذلك، فان المحرم إيجاد الصورة الصادق على جميع ذلك.

انما الكلام في التصوير، المتعارف في هذا الزمان.

لا اشكال فيه بناء على اختصاص الحرمة بالمجسمه كما لعله الاظهر على ما عرفت،
و أما بناء على شمول الحرمة لغيرها، فقد يقال كما عن الاستاذ الاعظم بجوازه.

و محصل ما ذكره في وجه ذلك وجوه ثلاثة:

الاول: انه ليس إيجادا للصورة المحرمة، فإن الانسان إذا وقف في مقابل الماكنة العكاسه يقع ظله على الماكنة، و يثبت فيها لاجل الدواء فيكون صورة لذي ظل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٨١

...

الثاني: ان لازم القول بحرمة ذلك القول بحرمة النظر الى المرأة، إذ لا فرق في حرمة

التصوير بين بقاء الصورة مدة قليلة او مدة مديدة.

الثالث: انه قد اشتهر انطباع صور الاشياء في شجرة الجوز في بعض الاحيان، فهل يحتمل ان يتفوه أحد بحرمة الوقوف ص مقابلها في ذلك الحين، و أى فرق بينه و بين أخذ العكس.

و في الجميع نظر:

أما الاول فلان في أخذ الصورة أمرين:

الاول ما ذكره دام ظله من وقوع الظل على الماكنة و إثباته فيها بالدواء.

الثاني: أخذ العكس من ذلك الظل المحفوظ هناك.

و الاول لا يصدق عليه الصورة، و انما هو عكس الصورة و لهذا لا يحرم لا لما ذكره،

و أما الثاني فهو صورة حقيقة و يصدق على فعله انه إيجاد للصورة.

و أما الثاني: فلانه يمكن أن يقال: إن الابصار ليس بالانطباع، بل إنما هو بخروج الشعاع، فيكون المبصر بالفتح، الانسان نفسه، لا صورته.

و أما الثالث: فلانه على القول بحرمة التصوير- و إن لم تكن مجسمة- لا مانع من الالتزام بحرمة الوقوف في مقابلها في ذلك الوقت اختيارا بقصد تحقق الصورة، و إن أبيت الا عن عدم حرمة فليكن ذلك دليلا على ضعف المبني.

فتحصل: انه على القول بحرمة التصوير مطلقا يحرم أخذ الصورة، أى العمل الثاني الذي يعمله المصور، و عليه، فلا يحرم على الانسان التمكين من أخذ صورته حتى على القول بحرمة التصوير مطلقا، إذ ما يتحقق بالوقوف في مقابل الماكنة العكاسه و يبقى بواسطة الدواء انما هو العكس لا- الصورة، و ما يؤخذ من ذلك العكس بالعمل الثاني غير مربوط به فلا وجه للقول بتحقيق الصورة بفعلهما

معها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٨٢

...

فان قيل ان الوقوف في مقابل الماكئة يكون اعانته على الاثم، إذ لو لا ذلك لما تمكن المصور من أخذ الصورة.

أجبنا عنه: بما مر ان الاعانة على الاثم في غير الموارد الخاصة التي ليس المقام منها لا دليل على حرمتها، مع ان صدقها على فعل ما يكون من قبيل ايجاد الموضوع محل تأمل و منع.

تصوير الملك و الجن

الفرع الثاني: قال في الجواهر: و الظاهر الحاق تصوير الملك و الجن بذلك، و تبعه السيد و الاستاذ الاعظم و عن ظاهر المحقق الاردبيلي: العدم.

و قد استدل للاول بوجوه:

الاول: صحيح محمد بن مسلم المتقدم: لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان «١»

بدعوى ان المراد من الحيوان المعنى اللغوي أى ما هو المصطلح عند أهل المعقول، و هو الجسم الحساس المتحرك بالارادة، و من البديهي ان هذا المفهوم يصدق على كل مادة ذات روح من أى عالم كانت.

وفيه: ان الحيوان و إن كان بحسب اللغة و فى اصطلاح أهل المعقول معناه ما ذكر الـ أن له مفهوما عرفيا، و هو بذلك المعنى لا يصدق على الملك و الجن و الشيطان.

و دعوى ان الموضوع فى الصحيح هو بما له من المعنى اللغوي.

مندفعة بأن الالفاظ التي تضمنها الصحيح كغيره من الأدلة المتكفلة لبيان الاحكام تنصرف الى مفاهيمها، العرفية بحسب ما ارتكز فى أذهان أهل المحاورات، و لهذا بنوا على انه عند تعارض العرف و اللغة فى مفهوم اللفظ يحمل اللفظ على المفهوم العرفي، سواء كان اخص من المفهوم اللغوي أو أعم منه.

(١) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٨٣

...

و ما ذكره الاستاذ الاعظم من أنه لو كان المراد منه مفهومه العرفي، لزم القول

بانصرافه عن الانسان أيضا، و لذا بنينا على انصراف ما دل على عدم جواز الصلاة فى أجزاء ما لا يؤكل لحمه عنه، مع انه لم يقل أحد هنا بالانصراف.

غريب، إذ الانصراف لو تم لازمه عدم شمول الصحيح للانسان، و كون مقتضى مفهومه جواز تصويره، الـ انه انما لا- يبنى عليه للتصريح بعدم جواز تصويره فى صحيح البقباق.

الثاني: ما فى خبر تحف العقول و صنعة صنوف التصاوير ما لم تكن مثل الروحاني «١» لصدق الروحاني عليهم.

وفيه: ان خبر تحف العقول لا يصح الاعتماد عليه لضعف سنده و اضطراب متنه كما تقدم فى أول الكتاب. و أورد على الاستدلال به السيد قدس سره فى حاشيته بأن مفهوم الخبر يعارض مع منطوق الصحيح المتقدم تعارض العامين من وجه فى الملك و الجن: فإن مقتضى منطوق الصحيح جواز تصويرهما، و مقتضى مفهوم الخبر عدم الجواز، و حيث انه لا مرجح لاحدهما من حيث الدلالة، فلا بد من الرجوع الى مرجحات السند، و بما ان الصحيح أقوى من حيث السند فلا بد من ترجيحه. و فيه: ان العامين من وجه إذا كانت دلالة كل منهما على حكم المجمع بالعموم يرجع الى المرجح السندى و ان كانت دلالة كل منهما بالاطلاق يتساقط «٢» الاطلاقان كما حققناه فى مبحث التعادل و التراجع فى الجزء الثانى من حاشيتنا على الكفاية فتأمل. و عليه فى المقام بما ان دلالة كل منهما فى المورد بالاطلاق يتساقطان فيرجع الى

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الاظهر هو الرجوع الى مرجحات السند فى العامين من وجه مطلقا- منه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٨٤

...

اطلاق خبر محمد بن مسلم الدال على حرمة التصوير مطلقا على فرض الاعتماد عليه، و الا فالى أصالة البراءة، فالعمدة فى الجواب ضعف الخبر سنداً.

الثالث: ما ذكره الاستاذ الاعظم أيضا و هو صحيح البقباق المتقدم، بدعوى ان الظاهر من قوله عليه السلام فيه و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و شبهه هو المقابلة بين ذى الروح و غيره من حيث جواز التصوير و عدمه، و ذكر الامور المذكورة فيه انما هو من باب المثال.

وفيه: انه لا ريب فى ظهوره فى ان الامور المذكورة فيه انما هو من باب المثال، الا انه هل المراد من العقدين السلبى و الايجابى حرمة تصوير ذى الروح مطلقا و جواز تصوير غيره، أم المراد بهما حرمة تصوير ذى الروح من عالم العناصر، و جواز تصوير غيره، فليس الصحيح ظاهرا فى شىء منهما، و القدر المتيقن هو الثانى فيرجع فى ذى الروح من عالم آخر الى البراءة.

فتحصل: انه لا دليل على حرمة تصوير الملك و الجن و الشيطان، بل مقتضى مفهوم صحيح محمد بن مسلم جوازه، و يضاف الى ذلك ان تصوير الملك و الجن و الشيطان تصوير للصورة الوهمية، و شمول دليل الحرمة لمثل ذلك محل تأمل و نظر. لا يقال: ان لازم ذلك عدم حرمة تصوير صورة حيوان لا مماثل له.

فإنه يقال: ان موضوع الحكم ليس هو صورة موجود خارجى بحيث لا بد و ان تنطبق الصورة على موجود خارجى، بل الموضوع هو ما يقال عرفا انه صورة للحيوان و لو لم يكن لشخصه تحقق خارجى، و أما تصوير الملك او الجن او الشيطان فيما ان صورته غير معلومة عند العرف فلا يقال للصورة انها صورة أحدهم الا بعد البناء على انه بهذه الصورة، فتدبر فانه دقيق.

نعم يمكن ان يقال بحرمة تصوير الجن و الملك بالنحو المتعارف فى تصويرهما بشكل واحد من الحيوانات، بناء على حرمة تصويرا لحيوان و إن لم يقصد كونه حيوانا، مع فرض

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٨٥

ثم انه لو عممنا الحكم لغير الحيوان مطلقا أو مع التجسم، فالظاهر ان المراد به ما كان مخلوقا لله سبحانه على هيئة خاصة معجبة للناظر على وجه يميل النفس الى مشاهدتها المجردة عن المادة او معها (١) فمثل تمثال السيف و الرمح و القصور و الابنية و السفن مما هو مصنوع للعباد و إن كانت فى هيئة حسنة معجبة خارج، و كذا مثل تمثال القصبات و الاخشاب و الجبال و الشطوط مما خلقه

الله لا على هيئة معجبة للناظر بحيث تميل النفس الى مشاهدتها و لو بالصور الحاكية لها لعدم شمول الادلة لذلك

الاعجاب ليس شرطا للحرمة

العلم بكونه صورة له، و سيأتي الكلام فى المبني فانتظر.

(١) هذا هو الفرع الثالث و هو متضمن لبيان أمرين:

الاول: انه لو عمنا الحكم لغير الحيوان يعتبر فى الحرمة تصوير ما يكون مخلوقا لله تعالى و لو بمعدات من العباد من زراعة و نحوها، فلا يحرم تصوير ما هو من مصنوعات البشر كالابنية و السيف و الرمح و شبهها، و الوجه فى اعتبار ذلك انصراف الادلة عنه، إذ لو كان ايجاد ذى الصورة جائزا فيجاد صورته اولى بالجواز، و يؤيده ما ذكره المصنف قدس سره من ان الظاهر ان حكمه حرمة التصوير هى حرمة التشبه بالخلق.

الثانى: انه يعتبر فى الحرمة ان يكون ذو الصورة على هيئة خاصة معجبة للناظر،

بحيث تميل النفس الى مشاهدة صورته، و لعل الوجه فى اعتباره ذلك ان المطلوب الغالب الوقوع من التصويرات و النقوش هو ما كان كذلك، فتكون الادلة منصرفه الى ما يكون بتلك الهيئة، أو ما ذكره آنفا من ان الظاهر ان حكمه الحرمة هى حرمة التشبه بالخالق فى إبداع ما يكون على شكل مطبوع يعجز البشر عن نقشه على ما هو عليه فضلا عن اختراعه.

و لكن الانصاف انه لا يصح الاعتماد على شىء منهما فى الحكم الشرعى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٨٦

...

أما الاول: فلان الانصراف الناشئ عن غلبة الوجود لا يصلح أن يكون مقيدا لإطلاقات.

و أما الثانى: فلان كون الحكمه ما ذكره قدس سره غير ثابت من الادلة الشرعية، و على فرض ثبوته لا تكون الحكمه مقيدة للإطلاق، و ليست كالعلة كما هو واضح، و الانصراف الناشئ عنها أيضا لا يصلح للتقييد، فالأظهر عدم اعتبار الاعجاب فى الحرمة. و أورد على المصنف قدس سره بإيرادين آخرين:

الاول: ما ذكره المحققان اليزدى و الشيرازى و هو: انه لو خصصنا الحكم بالحيوان أيضا لا بد من الاقتصار على ما كان كذلك، فلا وجه لاعتباره بناء على التعميم خاصة.

وفيه: ان المصنف قدس سره يدعى ان الحيوانات بأجمعها واجدة لهذه الهيئة، و لذا جعل الحكمه التى ذكرناها مؤيدة لاختصاص الحكم بالحيوان لاشتماله بأعضائه على الاشكال المطبوعة التى يعجز البشر عن نقشها على ما هى عليه.

الثانى: ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره و ارتضاه الاستاذ الاعظم، و هو:

ان الاعجاب الحاصل عند مشاهدة الصورة انما هو من نفس الصورة لكشفها عن كمال مهارة النقاش، و لو كانت صورة نمل او دود، و لذا لا يحصل ذلك الاعجاب من مشاهدة ذى الصورة.

وفيه: ان ذا الصورة إذا كان على هيئة معجبة أى هيئة يعجز البشر عن نقشها على ما هى عليه او يعسر عليه ذلك لا محالة تكون الصورة كذلك، و يكون ايجادها كاشفا عن مهارة النقاش، و الا فلا يكون كذلك و لا يكشف عن مهارته كما لا يخفى، و عدم حصول الاعجاب من مشاهدة ذى الصورة انما يكون فيما كثر وجوده لا مطلقا، و ذلك يكون فى الصورة أيضا فالصحيح ما ذكرناه

فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٨٧

هذا كله مع قصد الحكاية و التمثيل. فلو دعت الحاجة الى عمل شىء يكون شبيها بشىء من خلق الله و لو كان حيوانا من غير قصد الحكاية فلا بأس قطعاً (١) و منه يظهر النظر فيما تقدم عن كاشف اللثام.

لا يعتبر قصد الحكاية فى الحرمة

(١) هذا هو الفرع الرابع: ذكره المصنف قدس سره بقوله: هذا كله مع قصد الحكاية و التمثيل ... الخ.

و قد قيل فى بيان مراده وجوه:

الاول: ان مراده تخصيص الحرمة بما إذا كان المقصود هو التشبه و التصوير، و عدمها إذا كان الداعى الى التصوير هو الاكتساب بأن يجرى الناس و ينظروا اليه فيأخذ منهم على النظر اليها شيئاً.

وفيه: ان ثبوت الحرمة من الأدلة للصورة المفروضة كالبديهي، فلا يمكن ان ينسب اليه عدمه، مع انه خلاف الظاهر.

الثانى: ان مراده صورة عدم العلم و اتفاق ذلك.

وفيه: ان عدم الحرمة فى هذا الفرض واضح لا يحتاج الى بيان، إذ لا ريب فى اعتبار القصد فى اتصاف الفعل بالحرمة، فلو شرب الخمر باعتقاد انه ماء لا شىء عليه، مع انه خلاف ظاهر قوله: و لو دعت الحاجة الى عمل ... الخ كما لا يخفى.

الثالث: ان مراده الجواز فى حال الحاجة و الضرورة، و هو كما ترى خلاف ظاهر كلامه.

الرابع: ما ذكره الاستاذ الاعظم و هو: ان ايجاد ما هو شبيه بشىء يكون على نحوين:

أحدهما ما لو كان المقصود حكاية ذى الصورة، الثانى: ما يكون الغرض صنع شىء آخر، و يحصل التشابه بالمصادفة من غير قصد الحكاية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٨٨

...

الظاهر ان مراده ذلك، انما الكلام فى وجه التفصيل، و قد ذكر له وجهان:

الاول: ما ذكره الاستاذ الاعظم و هو: ان المذكور فى الروايات النهى عن التصوير و التمثيل، و لا يصدق ذلك مع عدم قصد الحكاية، و هذا نظير اعتبار قصد الحكاية فى صحة استعمال اللفظ فى المعنى، و بدون ذلك ليس هناك استعمال، و أوضح ذلك بالمثل بالطائرات المصنوعة فى زماننا، فإنها شبيهة بالطيور، و ادعى انه لا يتوهم أحد حتى الصبيان ان صانع الطائرة يصور صورة الطير.

وفيه: ان التصوير ليس من قبيل استعمال اللفظ فى المعنى، كى لا يصدق فى صورة العلم بكون ما يوجد صورة لشىء آخر و يتوقف على قصد حكاية ذى الصورة، و ذلك لانه فى الاستعمال الذى هو فعليه الوضع الذى حقيقته - على ما حققناه فى الجزء الاول من زبدة الاصول - التعهد بذكر اللفظ عند قصد تفهيم المعنى، عدم صدقه مع عدم قصد تفهيم المعنى واضح، و أما فى المقام فلم يدل دليل على اعتبار قصد الحكاية فى التصوير و ما ادعاه من عدم توهم أحد ان صانع الطائرة يصور الطير فى زماننا هذا واضح، و سره صيرورة هذه الصورة بعد صنع الطائرة مشتركة بين الحيوان و غيره. و سيأتى زيادة توضيح لذلك.

الثانى: ما ذكره السيد فى الحاشية و هو: ان الصورة حينئذ مشتركة بين الحيوان و غيره، فيكون تمييزه بالقصد.

وفيه: ان ذلك يتم فى بعض الموارد و لا يتم فى جميع موارد عدم قصد الحكاية.

توضيح ذلك: ان صنع شىء شبيه بالحيوان مع عدم قصد الحكاية يتصور على قسمين: الاول: اختراع شىء للمصلحة العامة شبيه بالحيوان من أول تحققه كصنع الطائرة.

الثانى: صنع شىء متحقق فى الخارج بأشكال آخر غير الحيوان كالكوز شبيها بالحيوان لا بقصد الحكاية بل لتسهيل شرب الماء منه مثلا، ففى القسم الاول يتم ما ذكره لان الصورة حينئذ تعد عرفا مشتركة بين الحيوان وغيره ولا يتم فى الثانى لان منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ١، ص: ٢٨٩

ثم ان المرجع فى الصورة الى العرف فلا- يقدر فى الحرمة نقص بعض الاعضاء (١) و ليس فيما ورد من رجحان تغيير الصورة بقلع عينها او كسر رأسها دلالة على جواز تصوير الناقص و لو صور بعض أجزاء الحيوان، ففى حرمة نظر بل منع (٢) و عليه فلو صور نصف الحيوان من رأسه الى وسطه فإن قدر الباقي موجودا بأن فرضه انسانا جالسا لا يتبين ما دون وسطه حرم، و إن قصد النصف لا غير لم يحرم الا مع صدق الحيوان على هذا النصف، و لو بدا له فى اتمامه حرم الاتمام لصدق التصوير باكمال الصورة لانه ايجاد لها، و لو اشتغل بتصوير حيوان فعل حراما حتى لو بدا له فى اتمامه، و هل يكون ما فعل حراما من حيث التصوير أو لا يحرم الا من حيث التجرى وجهان: من انه لم يقع الا بعض مقدمات الحرام بقصد

هذا الشكل ليس صورة الكوزيل هو صورة الحيوان خاصة، و بما ذكرناه ظهر ما هو الحق عندنا.
الثالث: الحكمة التى ذكرها المصنف قدس سره فإنه مع عدم قصد الحكاية لا يكون تشبها بالخالق.
وفيه: ما عرفت من عدم صحة جعل الحكمة لا سيما المستنبطة منها مناطا للحكم نفيًا و اثباتًا.

يعتبر الصدق العرفى فى حرمة التصوير

(١) هذا هو الفرع الخامس: ذكره المصنف قدس سره بقوله: ثم ان المرجع فى الصورة الى العرف... الخ .
و ظاهر ذلك المفروغية عن اختصاص الحكم بصورة حيوان تام، و عدم حرمة تصوير بعض اعضائه، بل ذلك صريح قوله فيما بعد ذلك.

(٢) و لو صور بعض أجزاء الحيوان ففى حرمة نظر، بل منع.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ١، ص: ٢٩٠

...

و الاظهر تمامية ما ذكره، لان الادلة متضمنة لحرمة تصوير الحيوان و الانسان، و هما ليسا من الالفاظ الصادقة على الكل و أجزاءه، بل يصدقان على الكل خاصة، و عليه فتصوير بعض أعضاء الحيوان لا دليل على حرمة لعدم صدق تصوير الحيوان عليه.

و بذلك ظهر فساد قول المحقق الايروانى قدس سره: ان من المحتمل قريبا حرمة كل جزء جزء او حرمة ما يعم الجزء و الكل، لما عرفت من عدم الوجه لذلك.

ثم ان ما ذكره من ان المدار على الصدق العرفى متين، فلا يقدر نقص بعض الاعضاء الذى لا يضر نقضه بالصدق العرفى و يحمل على المنقوش صورة الحيوان بالحمل الشائع لشمول الادلة له.

و قد يستدل لعدم الحرمة فى الفرض بالنصوص الدالة على رجحان تغيير الصورة بقلع عينها او كسر رأسها، بدعوى ان تلك النصوص تدل على ان نقص بعض الاعضاء و لو كان هو العين يكفى فى عدم الحكم.

وفيه: أولاً: انه حكم متعلق بمقام آخر، أى كراهة الصلاة و الصورة فى مقابل المصلى، أو نحو ذلك، ولا ربط له بالمقام. و ثانياً: انه حكم غير لزومى فلا وجه للتعدى عنه الى المقام. فإن قيل ان تلك النصوص تدل على جواز إبقاء الصورة الناقصة، و بالملازمة تدل على عدم حرمة الایجاد. اجبتا عنه: انه لا ملازمة بين جواز الابقاء و عدم حرمة الایجاد.

و يترتب على ما اخترناه تبعاً له قدس سره انه لو صور نصف الانسان من رأسه الى وسطه، فان قدر الباقي موجوداً كما اذا صور انساناً جالساً لا يتبين نصف بدنه او ملتفاً بالرداء او مغطى بالحاف و رأسه ظاهر فهو حرام، و الا فإن لم يصدق على النصف انه منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٩١

تحقيقه، و من ان معنى حرمة الفعل عرفاً ليس الا حرمة الاشتغال به عمداً (١) فلا يراعى الحرمة بإتمام العمل، و الفرق بين فعل الواجب المتوقف استحقاق الثواب على اتمامه و بين الحرام هو قضاء العرف فتأمل.

انسان، فلا يكون حراماً و إن صدق حرم.

و ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره: من ان صدق حيوان تام على النصف غير معقول، و صدق حيوان ناقص لا يجدى، غير تام لما حققناه فى الجزء الاول من زبدة الاصول فى مبحث الصحيح و الاعم من انه فى الالفاظ الموضوعه للمركبات ربما يكون الموضوع له عدة أجزاء فصاعداً، بمعنى ان بعض الاجزاء على فرض وجوده داخل فى المسمى و عدمه لا يضر بالصدق كما فى لفظ الدار، فإنه موضوع لحيطان و ساحة و غرفة، فلو زيد على ذلك شىء من سرداب و نحوه يدخل فى المسمى، و عدمه لا يضر بالصدق، و من هذا القبيل الاعلام الشخصية و أسماء الاجناس كالحيوان و الانسان، فإن زياداً مثلاً يصدق على الموجود الخارجى، فلو قطعت رجله و يده و نحوهما لا يكون ذلك مضراً بالصدق، كذلك لفظ الانسان و الحيوان، و على ذلك فيمكن صدق صورة الحيوان على تصوير نصفه كما لو صور من رأسه الى آخر بطنه، و على ذلك فإن صدق فهو حرام و الا فلا وجه للحرمة.

و على الفرض الثانى لو بدى له الاتمام حرم ذلك، لانه تصوير محرم، و لو اشتغل بتصوير حيوان و قبل اتمامه انصرف عن ذلك لم يفعل محرماً، إلا بعنوان التجرى إذ ما فعله ليس تصويراً كى يكون حراماً.

(١) و ما ذكره المصنف قدس سره بقوله: من ان معنى حرمة الفعل عرفاً ليس الا حرمة الاشتغال به عمداً، لو تم لا يقتضى ما رتب عليه من انه لا يراعى الحرمة بإتمام العمل، إذ لو سلمنا ان المحرم هو نفس الفعل لا الهيئة الاجتماعية الا انه لا ينبغي التأمل فى ان المحرم هو نفس نقش الاجزاء بشرط الانضمام و ما يصدق الصورة عليه، و الا فلا يكون حراماً، ففى الفرض بما انه لا يصدق صورة الحيوان على ما نقش فلا وجه للحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٢٩٢

...

لو اشترك اثنان فى عمل صورة

الفرع السادس: لو اشترك اثنان فى عمل صورة فإن نقش أحدهما جملةً من الاجزاء و لم يصدق صورة الحيوان على ما نقش و تممه آخر، فهل يكون المحرم هو فعل الثانى أم فعل كل منهما، أم انه لم يفعل واحداً منهما حراماً؟ وجوه بل أقوال. أقواها الاول، إذ المحرم هو إيجاد الصورة و هو انما يكون بفعل الثانى فهو الفاعل للحرام.

و استدلال المحقق الايرواني قدس سره للثاني: بأنه بناء على كون المحرم هو الاتيان بالهيئة الاجتماعية، أى ايجاد الصورة، يمكن ان يقال بأن كلا منهما فاعل للحرام، اذ الهيئة تحصل بفعل الجميع، فلولا نقش السابق للاجزاء السابقة لم تحصل الهيئة بفعل اللاحق. وفيه: ان ايجاد الصورة و تحصيل الهيئة انما يكون بفعل الثاني، و نقش السابق للاجزاء السابقة انما يكون ايجادا للمقدمة، فلو حرم لا بد و ان يكون من جهة الاعانة على الاثم، و قد عرفت انه لا دليل على حرمتها.

و استدلال للثالث: بأن المحرم هو فعل التصوير، أى نقش مجموع الاجزاء نفسها، و عليه فلم يفعل واحد منهما حراما، لان كلا منهما نقش بعض الاجزاء لا جميعها.

وفيه: ان ذلك و ان احتمله المصنف قدس سره الا انه خلاف الظاهر من الادلة، بل الظاهر منها هو حرمة ايجاد الصورة. و لو قارن نقشهما الاجزاء و تحصيل الهيئة بفعلهما فقد يقال بعدم حرمة فعلهما، لان كلا منهما نقش بعض الاجزاء لا جميعها. و يرد عليه ما عرفت آنفا.

و اختار السيد فى الحاشية ان كلا- منهما فعل حراما، و استدلال له: بأن فاعل ايجاد الصورة فى الرض هو مجموع الاثنين، و هما فاعل واحد و مصور واحد، فتحرم عليهما الصورة و عليه فإن كان المحرم هو نفس الفعل المركب فكل جزء صادر من أحدهما محكوم بالحرمة الضمنية، و على الوجه الآخر، يكون كل جزء حراما مقدما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٩٣

بقى الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه (١) فالمحكى عن شرح الارشاد للمحقق الاردبيلي قدس سره ان المستفاد من الاخبار الصحيحة و أقوال الاصحاب عدم حرمة إبقاء الصور (٢) انتهى و قرره الحاكي على هذه الاستفادة.

وفيه: ان ظاهر الادلة حرمة ايجاد الصورة، و كل واحد منهما لم يوجد الصورة بل أوجد بعضها، و المجموع ليس مكلفا واحدا كى يصح توجه التكليف اليه.

فالاولى ان يستدل له بأن المستفاد من الادلة كون الاثم هو ايجاد الصورة فى الخارج بلا نظر الى اشخاص الفاعلين و أفرادهم، و عليه فتدل على حرمة فعل كل منهما الآية الشريفة) و لا تعاونوا على الاثم و العدوان (فإن فعلهما تعاون على الاثم.

حكم اقتناء الصور المحرمة

(١) فى المتن بقى الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه.

و تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى مواضع.

الاول: وجوب محو الصورة و اعدامها و عدمه.

الثانى: جواز اقتناء الصور المحرمة و التزيين و اللعب بها.

الثالث: جواز ايقاع المعاملات عليها.

(٢) أما الموضع الاول: فالذى يظهر من كلام المحقق الاردبيلي قدس سره الذى ذكره المصنف هو عدم وجوب المحو، و ليس كلامه فى الاقتناء، و لا ملازمة بين عدم وجوب المحو و جواز الاقتناء الذى هو نوع انتفاع بها كما لا يخفى، و قد نسب فى الجواهر اليه القول بحرمة الإبقاء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٩٤

و ممن اعترف بعدم الدليل على الحرمة: المحقق الثانى فى جامع المقاصد مفرعا على ذلك جواز بيع الصور المعمولة و عدم لحوقها بآلات اللهو و القمار و أوانى التقدين، و صرح فى حاشية الارشاد بجواز النظر اليها لكن ظاهر كلام بعض القدماء حرمة بيع التماثيل و

ابتاعها، ففي المقنعة بعد ان ذكر فيما يحرم الاكتساب به الخمر و صنعائها و بيعها، قال: و عمل الاصنام و الصلبان و التماثيل المجسمة و الشطرنج و النرد و ما أشبه ذلك حرام و بيعه و ابتياعه حرام، انتهى.

و في النهاية و عمل الاصنام و الصلبان و التماثيل المجسمة و الصور و الشطرنج و النرد و سائر أنواع القمار حتى لعب الصبيان بالجوز و التجارة فيها و التصرف فيها و التكسب بها محظور انتهى، و نحوها ظاهر السرائر.

و يمكن ان يستدل للحرمة مضافا الى ان الظاهر من تحريم عمل الشيء مبغوضية و وجود المعمول ابتداء او استدامة (١).

و كيف كان: فقد استدل لوجوب المحو و حرمة الابقاء بوجهين:

(١) هذا أول الوجهين و حاصله ان الظاهر من تحريم عمل شيء مبغوضية و وجود المعمول ابتداء و استدامة، فما دل على حرمة عمل الصور يدل على وجوب محوها بعد وجودها.

و أوجب عنه كما في المكاسب و سيمر عليك: بأن الممنوع هو ايجاد الصورة و ليس وجودها مبغوضا حتى يجب رفعه.

و أورد عليه: بأن الايجاد عين الوجود، و التغاير بينهما انما يكون بالاعتبار، حيث انه بالنسبة الى الفاعل يكون ايجادا، و بالنسبة الى القابل يكون وجودا، و عليه فحرمة الايجاد عين مبغوضية الوجود و حرمة.

و فيه: أولا: ان الوجود المستمر في عمود الزمان ينحل باعتبار كونه في الآن الاول و في الآتات اللاحقة الى الحدوث و البقاء، و حرمة الايجاد و ان استلزم بالبرهان المزبور

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٩٥

...

حرمة الوجود في الآن الاول الذي هو عين الايجاد، بل من جهة اتحادهما يكون التعبير

بالملازمة مسامحة بل هما شيء واحد، الا ان الكلام انما هو في الوجود في الآتات اللاحقة الذي يعبر عنه بالبقاء، و ليس هو عين الايجاد، و معلوم ان حرمة الحدوث لا تلازم حرمة البقاء لا حكما و لا موضوعا، فما دل على حرمة الايجاد لا يدل على حرمة الابقاء الا اذا قامت قرينة على ان الوجه في النهي مبغوضية الاثر و الوجود المستمر في عمود الزمان كما في النهي عن بيع العبد المسلم بالكافر، فإن الظاهر - كما ستعرف في محله - ان الوجه في النهي مبغوضية تسلط الكافر على المسلم، و كما في النهي عن تنجيس المسجد الذي استفادوا منه و وجوب إزالة النجاسة عنه.

لا يقال: ان مقتضى الحكمة التي ذكرها المصنف قدس سره - و هي التشبه بالخالق - تلازم

حرمة الايجاد لحرمة الابقاء في المقام، فإنها ما دامت موجودة يكون التشبه متحققا.

فإنه يرد بأنه لم يثبت من الدليل كون الحكمة ذلك كما تقدم على انه لا وجه للتعدى من جهة الحكمة لعدم كونها من قبيل العلة. و ثانيا: انه لو سلم تلازم حرمة الايجاد لحرمة الوجود او اتحادهما، فغاية ما يقتضيه هذا البرهان حرمة الابقاء بالنسبة الى الموجد فقط، و الكلام انما هو في وجوب اتلافه على كل أحد، و ذلك بناء على كون دعوى حرمة الابقاء مبنية على اتحاد الايجاد و الوجود واضح، و أما بناء على كون دعوى حرمة الابقاء مبنية على اتحاد الايجاد و حرمة الوجود من الحكمة فلان مقتضاها حرمة ممن يكون ذلك تشبها له بالخالق و ليس هو الا الموجد.

و بالجملة: لا ملازمة بين حرمة عمل شيء و بين حرمة ابقائه، بل قد يجب الثاني مع حرمة العمل كما لو تولد أحد من الزنا فإن ايجاد حرام و ابقائه واجب، بمعنى انه يجب حفظه من التلف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٩٦

...

الثاني: خبر السكوني عن الامام الصادق عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: بعثني رسول الله صلى الله عليه وآله الى المدينة فقال: لا تدع صورة الا محوتها ولا قبرا الا سويته ولا كلبا الا قتلته «١». وفيه: أولا: انه ضعيف السند فتأمل. وثانيا: انه غير متضمن لقضية حقيقية بل وارد في واقعة خارجية شخصية، ولا نعلم ان الصور التي أمر صلى الله عليه وآله بمحوها بأى كيفية كانت فلعلها كانت أصناما. وأما ما ذكره المصنف قدس سره كما سيأتي من ان سياقه ظاهر في الكراهة من جهة عموم الامر بقتل الكلاب و تسوية القبور. فغير صحيح، اذ الامر انما هو بقتل كلاب المدينة لا مطلق الكلاب، و لعلها كانت موزيات. كما ان الامر بتسوية القبور انما هو في موضوع شخصي و لعله كانت القبور مسنمات. فتحصل: ان الاظهر عدم وجوب محو الصورة. و أما الموضوع الثاني: فالمعروف بين قدماء أصحابنا حرمة اقتنائها و التزيين بها، و لعل المشهور بين متأخري المتأخرين الجواز. و استدلل للاول بوجوه: الاول: الملازمة بين حرمة عمل شيء، و بين حرمة اقتنائه، و التصرف فيه، و التزيين به. وفيه: ما عرفت آنفا.

(١) الوسائل، باب ٣، من أبواب أحكام المساكن، حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٩٧

بما تقدم في صحيحة ابن مسلم (١) من قوله لا- بأس ما لم يكن حيوانا بناء على ان الظاهر من سؤال الراوى عن التماثيل سؤاله عن حكم الفعل المتعارف المتعلق بها العام البلوى و هو الاقتناء. (٢) و أما نفس اليجاد فهو عمل مختص بالنقاش، أ لا ترى انه لو سئل عن الخمر فأجاب بالحرمة او عن العصير فأجاب بالاباحة انصرف الذهن الى شربهما دون صنعتهما، بل ما نحن فيه اولى بالانصراف لان صنع العصور و الخمر يقع من كل أحد بخلاف صنع التماثيل.

(١) هذا هو الوجه الثاني و هو صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر فقال عليه السلام: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان «١».

(٢) و تقريبا الاستدلال به ليس ما ذكره المصنف قدس سره من ان الظاهر من سؤال الراوى عن التماثيل سؤاله عن حكم الفعل المتعارف المتعلق بها و هو الاقتناء: فإنه يرد عليه ما ذكره قدس سره من ان عمل الصور مما هور مركز في الاذهان، حتى ان السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفة حرمة عملها، بل من جهة ان الظاهر كون المقدر هو الفعل المتعلق بالتماثيل بعد وجودها كالاقتناء و التزيين و نحوهما، لاما هو علة لوجودها، أو ان حذف المتعلق يفيد العموم، فالمقدر أعم من العمل و الاقتناء و نحوهما. و أجاب عنه المحقق الايرواني بأن ثبوت البأس أعم من الحرمة. وفيه: ما عرفت من ظهوره في إرادة الحرمة، فهذا الصحيح أيضا يدل على حرمة الاقتناء.

الثالث: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أتاني جبرئيل قال: يا محمد إن ربك يقرؤك السلام و ينهى عن تزويق البيوت، قال ابو بصير: فقلت: و ما تزويق البيوت؟ فقال عليه السلام: تصاوير التماثيل (٢).

(١) الوسائل، باب ٣، من أبواب أحكام المساكن، حديث ١٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٩٨

و بما تقدم من الحصر في قوله عليه السلام في رواية تحف العقول (١) انما حرم الله الصناعة التي يجي منه الفساد محضا و لا يكون منه، و فيه شيء من وجوه الصلاح فان ظاهره ان كل ما يحرم صنعته. و منها التصاوير يجي منه الفساد محضا فيحرم جميع التقلب فيه بمقتضى ما ذكر في الرواية بعد هذه الفقرة.

فإن جوابه بقريته وقوعه تفسيرا لتزويق البيوت الذي هو بمعنى تزيينها يكون ظاهرا في إرادة الاقتناء و تزيين البيوت بها.

(١) هذا هو الوجه الرابع الذي ذكر لحرمة الاقتناء و هو الحصر في خبر تحف العقول، و حاصله ان مقتضى الحصر الاستفادة منه انه لا يحرم من الصنائع الا ما يجي منه الفساد محضا، و حيث ان عمل الصورة من الصنائع المحرمة فهو يدل على انما مما يجي منه الفساد محضا، و كل ما يجي منه الفساد محضا يحرم جمع التقلبات فيه، و منها الاقتناء كما دل على ذلك قوله عليه السلام فيه: و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها و قوله عليه السلام فيه أيضا: فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهي عنه- الى ان قال- فهو حرام بيعه و شرائه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و جميع التقلب فيه «١».

و فيه: أولا: ان الخبر ضعيف السند لا يستند اليه في الاحكام الشرعية كما تقدم في أول الكتاب.

و ثانيا: انه يدل على حرمة التقلب في ما حرم و هو في المقام صنعة التصاوير لا وجودها، فلا يدل على حرمة التقلب فيه، و الاقتناء تقلب فيه لا فيها.

و ثالثا: ما ذكره المصنف كما سيأتي و حاصل ما ذكره: ان حصر الصناعة المحرمة فيما يجي منه الفساد محضا بقريته الجملة السابقة الواردة في تقسيم الصناعات انما يكون بالنسبة الى حرمة الصنائع الآتية من قبل حرمة المصنوع و عدم وجود المنفعة المحللة له، فيدل على

(١) الوسائل باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٢٩٩

و بالنسبة الى- تدع صورة الا- محوتها و لا كلبا الا قتلته (١) بناء على إرادة الكلب الهراش المودى الذي يحرم اقتناؤه، و ما عن قرب الاسناد بسنده عن علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه عليه السلام قال: سألت عن التماثيل هل يصلح ان يلعب بها؟ قال: لا (٢) و بما ورد في إنكار ان المعمول لسليمان) على نبينا و آله و عليه السلام (هي تماثيل الرجال و النساء (٣) الانكار انما يرجع الى مشية سليمان للمعمول كما هو ظاهر الآية دون أصل العمل، فدل على كون مشية وجود التمثال من المنكرات التي لا يليق بمنصب النبوة.

انه انما تحرم الصناعة التي ليس لمصنوعها منفعة محللة و لا يحرم ما لمصنوعه جهة صلاح، و أما حرمة الصناعة الآتية من قبل نفس الصنع فهي ليس مشمولة لهذه الجلة، فلا يصح الاستدلال بها لاثبات ان عمل الصورة من الصناعات التي يجي منها الفساد محضا، لكونه حراما من جهة نفس الصنع لا من جهة المصنوع.

- (١) هذا هو الوجه الخامس و هو خير السكوني المتقدم و قد مر في الموضوع الاول ما يرد عليه.
- (٢) هذا سادس الوجوه و هو ما دل على حرمة اللعب بالتماثيل كخبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام عن التماثيل هل يصلح ان يلعب بها قال عليه السلام: لا «١» و نحوه مرفوع المثنى «٢».
- و فيه: اولاً: انها ضعيفا السند.
- و ثانياً: ان حرمة اللعب اعم من حرمة الاقتناء.
- و ثالثاً: ما ذكره المصنف من انها يدلان على انه لا يصلح اللعب بهما، و عدم الصلاحية اعم من الحرمة.
- و رابعاً: ما احتمله الاستاذ الاعظم من أن يكون المراد بالتماثيل هي القطع التي يلعب بها في الشطرنج التي هي على ستة أصناف، و كل صنف على صورة فيكونان أجنبيين عن المقام.
- (٣) هذا هو الوجه السابع و هو صحيح البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في تفسير

(١) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٠.

(٢) الوسائل، باب ٣، من أبواب أحكام المساكن، حديث ١٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٠٠

...

قوله تعالى: يعملون له ما يشاء من محاريب و تماثيل (قال عليه السلام: و الله ما هي تماثيل الرجال و النساء، و لكنها الشجر و شبهه «١»).

و تقريب الاستدلال به: ان الظاهر ان الانكار انما يرجع الى مشيئة سليمان للمعمول لا العمل اذ الموصول في ما يشاء مفعول يعملون و الضمير المحذوف المنصوب لما يشاء يرجع الى الموصول، فمتعلق المشيئة نفس المعمول و الا لزم تعلق العمل بالعمل، و حيث انه عليه السلام أنكر مشيئة سليمان لوجود تماثيل الرجال و النساء فيدل على ان وجودها من المنكرات.

لا يقال: ان لازم هذا البيان دلالة الحديث على وجوب المحو.

فانه يرد: بأنه يدل على ان سليمان لم يشأ ان يكون ما يعمل له للاقتناء و التزين تماثيل الرجال و النساء.

و قد أجيب عنه بوجوه:

الاول: ان الصانعين للتماثيل له هم الجن، فالاستدلال به على حرمة اقتناء الصور يتم بناء على حرمة التصوير على الجن، و هو غير ثابت.

و فيه: ان الخبر بالتقريب المتقدم انما يدل على حرمة اقتناء الصورة م غير نظر الى ان تحققها و صدورها عن الفاعل كان عصياناً أم لم يكن.

الثاني: ما ذكره الاستاذ الاعظم من ان الظاهر رجوع الانكار الى كون التصاویر المعمولة لسليمان تصاویر الرجال و النساء فلا يدل على مبغوضية العمل فضلاً عن مبغوضية المعمول، و الوجه فيه ان تصاویر الرجال و النساء و اقتناءها من الامور اللاهية التي لا تليق بمنصب النبوة بخلاف تصاویر الشجر و شبهه.

و فيه: ان هذا الجواب متين لو لم يكن في الآية الشريفة قوله تعالى: ما يشاء (و أما مع وجوده فلا يتم، إذ حينئذ يرجع الانكار الى مشيئة سليمان عليه السلام، فيدل على كون متعلق المشيئة الذي هو وجود المعمول بالتقريب المتقدم من المنكرات.

(١) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٠١

و بمفهوم صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام لا بأس بأن يكون التماثيل في البيوت اذا غيرت رءوسها و ترك ما سوى ذلك.

الثالث: ما ذكره المصنف بعد أسطر بقوله: فظاهره رجوع الانكار الى مشيئة سليمان على نبينا و آله و عليه السلام لعملهم بمعنى إذنه فيه أو الى تقريره لهم في العمل.

توضيحه: على ما ذكره بعض مشايخنا المحققين: ان مجرد الميل و الحب الى شيء مرجوح لا ينافي النبوة ما لم يظهر أثره، فهذه قرينة على رجوع الانكار الى الاذن أو التقرير.

و فيه: انه يمكن أن يكون راجعا الى وجود المعمول و أثره حينئذ اقتنائه، فعلى فرض ظهوره في نفسه في الرجوع الى نفس المعمول لا وجه لرفع اليد عنه بواسطة ذلك.

فالصحيح في الجواب ان يقال: انه انما يدل الحديث على ان اقتناء تماثيل الرجال و النساء لا يناسب مقام النبوة و هو أعم من الحرمه، اللهم ان يقال: ان فعل المكروه لا ينافي مقام النبوة، فالانكار دليل على الحرمه.

لا يقال: انه يدل على الحرمه في تلك الشريعة لا في هذه الشريعة.

فإنه يقال: ان تعرض الامام عليه السلام له يدل على بقاء هذا الحكم.

(١) هذا هو الوجه الثامن من ما استدلل به على حرمه الاقتناء «١».

و أجاب عنه الاستاذ الاعظم بأن البأس فيه محمول على الكراهة للصلاة.

و فيه: انه خلاف الظاهر، فإن الظاهر منه ثبوت البأس في وجود التماثيل في البيت لا في الصلاة.

وقد يقال: ان ثبوت البأس أعم من الحرمه.

و فيه: انه ظاهر في المنع ما لم يثبت الترخيص كما يظهر لمن راجع معناه اللغوي،

فالانصاف انه يدل على عدم جواز الاقتناء، و لكن ستعرف انه معارض بما دل على الجواز فيحمل على الكراهة.

(١) الوسائل، باب ٤ من أبواب أحكام المساكن، حديث ٣، كتاب الصلاة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٠٢

و رواية المثني عن أبي عبد الله عليه السلام ان عليا عليه السلام يكره الصور في البيوت بضميمة ما ورد في رواية اخرى مروية في باب الربا ان عليا عليه السلام لم يكن يكره الحلال (١).

و رواية الحلبي المحكية عن مكارم الاخلاق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أهدى إلى طنفسة (من الشام فيها تماثيل طائر، فأمرت به فغير رأسه فجعل كهية الشجر (٢) هذا و في الجميع نظر.

أما الاول: فلان الممنوع هو ايجاد الصورة و ليس وجودها مبغوضا حتى يجب رفعه، نعم قد يفهم الملازمة من سياق الدليل او من خارج كما ان حرمه ايجاد النجاسة في المسجد يستلزم مبغوضية وجودها فيه المستلزم لوجوب رفعها، و أما الروايات فالصحيحة الاولى غير ظاهرة في السؤال عن الاقتناء لان عمل الصور مما هو مركز في الاذهان حتى ان السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفة حرمه عملها إذ لا يحتمل حرمه اقتناء ما لا يحرم عمله.

(١) هذا هو الوجه التاسع و هو ما دل على كراهة الامام على عليه السلام وجود الصورة في البيوت كخبر المثني عن الامام الصادق

عليه السلام «١» و خبر حاتم بن اسماعيل عن جعفر عن أبيه «٢» فإن ذلك بضميمة ما دل على ان عليا عليه السلام لم يكن يكره

الحلال كصحيح أبي بصير «٣» يدل على حرمة اقتناء الصورة في البيوت.

و فيه: أولاً: ان الخبرين مجهولان، أما الاول فلمثنى، و أما الثانى: فلحاتم.

و ثانياً: ان المراد من ان عليا عليه السلام لم يكن يكره الحلال انه لم يكن يكره الحلال المتساوى الطرفين و الا- فهو كان كارها للمكروه قطعاً.

و بذلك يظهر ان المراد من الكراهة فى الخبرين ما يعم الكراهة الاصطلاحية.

(٢) هذا هو الوجه العاشر و هو خبر الحلبي «٤». عن أبي عبد الله عليه السلام المذكور فى المتن.

(١) الوسائل، باب ٣ من أبواب أحكام المساكن، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٣، من أبواب أحكام المساكن، حديث ١٤.

(٣) الوسائل باب ١٥ من أبواب أحكام الربا، حديث ١.

(٤) الوسائل، باب ٤ من أبواب أحكام المساكن، حديث ٧.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٠٣

و أما الحصر فى رواية تحف العقول فهو بقريئة الفقرة السابقة منها الواردة فى تقسيم الصناعات الى ما يترتب عليه الحلال و الحرام، و ما لا يترتب عليه الا الحرام اضافى بالنسبة الى هذين القسمين يعنى لم يحرم من القسمين الا ما ينحصر فائدته فى الحرام و لا يترتب عليه الا- الفساد، نعم يمكن ان يقال: ان الحصر وارد فى مساق التعليل و اعطاء الضابطة للفرق بين الصنائع لا لبيان حرمة خصوص القسم المذكور.

و أما النبوى فسياقه ظاهر فى الكراهة كما يدل عليه عموم الامر بقتل الكلاب و قوله عليه السلام فى بعض هذه الروايات و لا قبرا الا سويته.

و أما رواية على بن جعفر فلا تدل الا على كراهة اللعب بالصورة و لا بمنعها،

بل و لا الحرمة اذا كان اللعب على وجه اللهو، و أما ما فى تفسير الآية فظاهره رجوع الانكار الى مشيئة سليمان) على نبينا آله و عليه السلام (لعملهم بمعنى إذنه فيه، أو الى تقريره لهم فى العمل.

و أما الصحيحة فالبأس فيها محمول على الكراهة لاجل الصلاة أو مطلقاً مع دلالة على جواز الاقتناء و عدم وجوب المحو.

و أما ما ورد من ان عليا عليه السلام لم يكن يكره الحلال، فمحمول على المباح المتساوى طرفاه لانه عليه السلام كان يكره المكروه قطعاً و أما رواية الحلبي فلا دلالة لها على الوجوب أصلاً، و لو سلم الظهور فى الجميع فهى معارضة بما هو أظهر و أكثر (١). مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام ربما قمت اصلى و بين يدي

و فيه: مضافاً الى انه مرسل غاية ما يدل عليه مرجوحية كونها فى البيت للصلاة او مطلقاً، و لا يدل على الحرمة، إذ فعله عليه السلام لا يدل على اللزوم كما لا يخفى.

فتحصل: ان صحيح البقباق و خبر أبي بصير و صحيحى زرارة و محمد بن مسلم تدل على حرمة الاقتناء و التزين بها.

الا انه يتعين صرفها عن ظاهرها و حملها على ارادة الكراهة لاجل الصلاة او مطلقاً.

(١) لما أفاده فى المتن من أنها معارضة بما دل على جواز اقتناء الصور و التماثيل.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٠٤

كمرسل ابن ابي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام: سألته عن التماثيل تكون في البساط فتقع عينك عليها و انت تصلى فقال: إن كان لها عين واحدة فلا بأس، وإن كان لها عينان فلا «١».

و هذا المرسل بقريته التفصيل بين أن يكون لها عين واحدة أم عينان مختص بذوات الارواح، و لتضمنه لفظه التماثيل ظاهر في المجسمه، فهو يدل على جواز إبقاء المجسمه، و إن المنع انما هو لاجل الصلاة و هو يرتفع اذا كانت بعين واحدة، و احتمال وروده في مقام بيان حكم الصلاة خاصة و انه لا ينافي حرمة الاقتناء كما ترى خلاف الظاهر جدا.

و ما أورده الاستاذ الاعظم على الاستدلال به بأنه ضعيف للارسال، و ان ما اشتهر من ان مراسلات ابن ابي عمير من الامارات المعتمده فاسد لما نرى ان في مسنده رجالا ضعفاء، و نستكشف من ذلك ان مراسلات أيضا على هذا المنهج.

و دعوى انه لا يرسل الا عن الثقة دعوى جزافيه، إذ لم يثبت لنا ذلك بدليل عقلي او نقلي، مع انه لو سلمنا انه لا يرسل الا عن الثقة و لكن ثبوت الصحة عنده لا يوجب ثبوتها عندنا لاحتمال اكتفائه، في تصحيح الروايه بما لا نكتفي به نحن. غير تام، و ذلك لان مرسل ابن ابي عمير حجه لوجهين:

الاول: ما اشتهر من انه لا يرسل الا عن الثقة، و الدليل على هذا بنحو يخرج عن الدعوى الجزافيه ما عن الذكرى من أن الاصحاب اجمعوا على قبول مراسيله، و عن الكشي: ان أصحابنا يسكنون الى مراسيله.

و ما ذكره دام ظله من انه لو ثبت ذلك، أى انه لا يرسل الا عن الثقة، لا يجدى، إذ لعله يكتفى في تصحيح الروايه بما لا نكتفى به. غريب، اذ الدليل دل على انه لا يرسل الا عن الثقة، لا انه لا يرسل الا الخبر الصحيح عنده و عليه فارساله توثيق لمن ارسل عنه، فيكون كتوثيق النجاشي و غيره.

الثاني: انه من الطبقة الثالثه من الطبقات الثلاث من أصحاب الاجماع و قد حققنا

(١) الوسائل، باب ٤٥، من أبواب لباس المصلي، حديث ٧.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٠٥

الوساده فيها تماثيل طير فجعلت عليها ثوبا. (١) و روايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل طير او سبع أ يصلى فيه، قال: لا بأس.

و عنه عن أخيه عن البيت فيه صوره سمكه او طير يعبث به أهل البيت هل يصلى فيه؟ قال: لا، حتى يقطع رأسه و يفسد (٢).

في محله و أشرنا اليه في الجزء الثاني من فقه الصادق في مبحث الحيض ان المراد من قولهم اجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنهم اعتبار روايه من قيل في حقه ذلك لو صحت من أول السند اليه من دون اعتبار الوثاقه فيمن يروى عنه حتى لو روى عن معروف بالفسق، فضلا عما لو ارسل الحديث.

و بما ذكرناه في تقريب الاستدلال ظهر ضعف ما ذكره بعض مشايخنا المحققين قدس سرهم من عدم الدليل على جواز اقتناء المجسمه من ذوات الارواح مدعي ان نصوص الجواز عامه للمجسمه و غيرها، فخصص بما دل على المنع.

(١) و صحيح «١» الحلبي المذكور في المتن، و ظهوره في جواز الاقتناء لا ينكر، و حملة على ما اذا كان هناك مانع عن الازاله خلاف الظاهر قطعاً.

و دعوى انه ظاهر في غير المجسمه، ممنوعه اذ يمكن ان يكون في الوساده مجسمه من الطير منسوجه عليها كما لا يخفى، و عليه فلا وجه لرفع اليد عن ظهور التماثيل في المجسمه.

و ان شئت قلت: ان نصوص المنع عن الاقتناء مانعة عن اقتناء التماثيل، و هذا الصحيح مجوز له، فلا وجه لحمل إحدى الطائفتين على المجسمة، و الاخرى على غيرها بل يتعين الجمع بينهما، إما بأن المنع انما هو لاجل الصلاة، او الحمل على الكراهة.

(٢) و خبر «٢» على بن جعفر عن أخيه عليه السلام: المذكور في المتن و هو كالصريح في ان المنع انما هو لاجل الصلاة لا لنفسه. لا يقال: انه اعم من النصوص المانعة فإن الصورة اعم من المجسمة و غيرها.

(١) الوسائل، باب ٣٢ من أبواب مكان المصلي، حديث ٢ و ١٠.

(٢) الوسائل، باب ٣٢، من أبواب مكان المصلي، حديث ٢ و ١٠.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٠٦

و رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوسادة و البساط يكون فيه التماثيل قال: لا بأس به يكون في البيت، قلت: ما التماثيل؟ قال: كل شيء يوطأ فلا بأس به «١». و سياق السؤال مع عموم الجواب يأبى عن تقييد الحكم بما يجوز عمله كما لا يخفى.

و رواية أخرى لابي بصير، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام انا نبط عندنا الوسائد فيها التماثيل و نفرشها، قال: لا بأس منها بما يبسط و يفرش و يوطأ و انما يكره منها ما نصب على الحائط و على السرير «٢».

و عن قرب الاسناد عن علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام سألته عن رجل كان في بيته تماثيل او في ستر و لم يعلم بها و هو يصلي في ذلك البيت ثم علم ما عليه؟

قال عليه السلام: ليس عليه فيما لم يعلم شيء فإذا علم فليزغ الستر و ليكسر رءوس التماثيل، فإن ظاهره ان الامر بالكسر لاجل كون البيت مما يصلي فيه و لذلك لم يأمر عليه السلام بتغيير ما على الستر و اكتفى بنزعه «٣».

و منه يظهر ان ثبوت البأس في صحیحته زارة السابقة مع عدم تغيير الرءوس انما هو لاجل الصلاة، و كيف كان فالمستفاد من جميع ما ورد من الاخبار الكثيرة في كراهة الصلاة في البيت الذي فيه التماثيل الا اذا غيرت، أو كانت بعين واحدة أو القى عليها ثوب جواز اتخاذها و عمومها يشمل المجسمة و غيرها.

فإنه يرد بأن المراد بها في المقام هي المجسمة، فإن الصورة التي يلعب بها هي المجسمة،

إلى غير ذلك من النصوص الواردة في الابواب المتفرقة فإن ملاحظة مجموعها توجب القطع بجواز الاقتناء و إن كان بعضها أعم من تمثال ذى الروح و غيره، و بعضها ضعيف السند كجملة مما ذكره المصنف قدس سره في المقام، و بعضها مختصا بغير المجسمة، و بعضها عاما من هذه الجهة.

(١) الوسائل، باب ٤، من أبواب أحكام المساكن، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ٩٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤، مع اختلاف.

(٣) الوسائل، باب ٤٥، من أبواب لباس المصلي، حديث ٢٠.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٠٧

و يؤيد (١) الكراهة الجمع بين اقتناء الصور و التماثيل في البيت و اقتناء الكلب و الاناء المجتمع فيه البول في الاخبار الكثيرة مثل ما روى عنهم عليهم السلام مستفيضا عن جبرئيل) على نبينا و آله و عليه السلام (انا لا ندخل بيتا فيه صورة انسان، و لا بيتا يبال فيه، و لا بيتا فيه كلب و في بعض الاخبار إضافة الجنب اليها و الله العالم بأحكامه.

(الخامسة): التطفيف (٢) حرام**إشارة**

ذكره في القواعد في المكاسب، ولعله استطرادا و المراد اتخاذه كسبا بأن ينصب نفسه كيالا أو وزانا فيطفف للبائع.

(١) وجه التأييد ان وجود الكلب و الاناء المجتمع فيه البول و الجنب في البيت ليس من المحرمات قطعاً بل هو مكروه فكذلك اقتناء التماثيل لوحدة السياق.

الموضع الثالث: في جواز ايقاع المعاملات عليها و عدمه.

بناء على ما عرفت من جواز اقتنائها و التزيين بها في من الاشياء التي لها مالية و منفعة محللة، فمقتضى العمومات جواز ايقاع المعاوضة عليها، بل الظاهر من بعض النصوص الخاصة أيضا الجواز، و هو ما دل على اقتناء البسط و الوسائد التي فيها الصور فانها تشتري من السوق غالباً.

فحصل: ان المحرم خصوص عمل الصور.

و أما اقتنائها، و التزيين بها، و بيعها، و شرائها فجائزة.

حرمة التطفيف

(٢) و الظاهر انه هو التقليل وزنا و معنى كما في المصباح، و يشهد له ملاحظة سائر مشتقاته كالتطفيف الذي هو بمعنى القليل، و احتمال نقله عن ذلك و الوضع لخصوص التنقيص في الكيل و الوزن كما ترى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٠٨

و كيف كان فلا اشكال في حرمة و يدل عليه الادلة الاربعه، ثم ان البخس في العد و الذرع يلحق به حكماً و إن خرج عن موضوعه (١).

و التخصيص في الآية الشريفة بقوله تعالى: الذين إذا اکتالوا... الخ «١» إما أن يكون من جهة الغلبة فلا خصوصية للبخس في الكيل و الوزن، أو من باب إطلاق اللفظ الموضوع للطبيعة على صنف منها.

(١) و بذلك ظهر ان ما ذكره المصنف من ان البخس في العدو الذرع يلحق به حكماً و إن خرج عن موضوعه، غير تام لشمول التطفيف له موضوعاً، اللهم إلا ان يكون نظره قدس سره الى ان الادلة المتضمنة لحرمة التطفيف من الآية الشريفة و النصوص كلها مختصة بالبخس في الكيل و الوزن.

و كيف كان: فتشهد لحرمة الادلة الاربعه:

أما الكتاب: فقولته تعالى: ويل للمطففين «٢» و قوله تعالى: و لا تبخسوا الناس أشياءهم «٣» و قوله تعالى: و لا تنقصوا المكيال و الميزان «٤».

و أما السنة: فقد وردت نصوص كثيرة في الابواب المتفرقة دالة على الحرمة. كحسن حمران عن الامام الصادق عليه السلام في حديث عد فيه جملة من الاوصاف المحرمة و رأيت الرجل معيشته من بخس المكيال و الميزان «٥» و غير ذلك من النصوص المستفيضة.

أما الاجماع: فقد ادعاه غير واحد، و الظاهر انه كذلك، إذ لم يخالف فيه أحد.

أما العقل: فلانه مستقل بقبح الظلم، و تنقيص حق الغير و عدم الوفاء به ظلم.

و ظاهر الادلة حرمة التطفيف بعنوانه و بعنوان انه بخس، لا- بعنوان انه أكل للمال بالباطل، فيحرم لو طفف و لم يتصرف بعد في

العوض، و لا بعنوان عدم دفع حق الغير،
فيحرم قبل تسليم المعوض أو العوض.

(١) المطففين: ٢.

(٢) المطففين: ٣.

(٣) الشعراء: ١٨٣.

(٤) هود: ٨٥.

(٥) الوسائل، باب ٤١، من أبواب الامر و النهي و ما يناسبهما، حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٠٩

و لو وازن الربوى بجنسه فطفف فى أحدهما فإن جرت المعاوضة على الوزن المعلوم الكلى (١) فيدفع الموزون على انه بذلك الوزن اشتغلت ذمته بما نقص (٢).

فما اختاره المحقق الايروانى قدس سره من عدم كون التطفيف و البخس من العناوين المحرمة فاسد، و أغرب من ذلك ما ذكره متفرعا على ذلك من ان الكيل بالمكيال الناقص و كذا البخس فى الميزان مع وفاء الحق كاملا ليسا بحرامين، فإن المأخوذ فى حقيقة التطفيف و البخس عدم الوفاء بالحق.

و يتفرع على ما اخترناه ان إجارة الانسان نفسه على التطفيف محرمة وضا و تكليفا كما هو الشأن فى جميع المحرمات الشرعية. فلو آجر نفسه على الكيل بالكيل التام ثم طفف لا يستحق بذلك شيئا، أما عدم استحقاقه أجره المسمى فلعدم إتيانه بالعمل المستأجر عليه، و أما عدم استحقاقه أجره المثل فلان العمل المحرم لا أجره له.

حكم المعاملة المطفف فيها

(١) يقع الكلام أولا فى حكم المعاملة المطفف فيها إذا لم يكن البيع ربويا، ثم فيما اذا كان البيع كذلك. و أما المورد الاول: فإن وقعت المعاملة على الكلى صحت بلا- كلام من غير فرق بين وقوعها على الكلى فى الذمة، أو الكلى فى المعين. إذ المعاملة حين وقوعها وقعت صحيحة، و تطفيف البائع او من يباشر الاقباض لا يوجب فساد. (٢) نعم يوجب ذلك اشتغال ذمة الدافع بالمقدار الذى نقص عن الحق كما أفاده المصنف قدس سره. و أما اذا وقعت المعاملة على الموجود الخارجى، فهناك صور:

الاولى: أن ينشأ البيع معلقا على كون المبيع بذلك المقدار المعين، و هذا لا- ريب فى فساده و إن لم يظهر الخلاف، بل مع عدم التطفيف أيضا للاجماع على بطلان التعليق فى الانشاء.

الصورة الثانية: ان ينشأ البيع منجزا على الموجود الخارجى بشرط كونه بذلك

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣١٠

...

المقدار ثم ظهر الخلاف صح البيع فى هذه الصورة و ثبت الخيار للمشتري، هذا بناء على ان شرط المقدار كغيره من الشروط لا يقسط عليه العوض، و الا فحكم هذه الصورة حكم الصورة الخامسة.

الصورة الثالثة: ان ينشأ البيع عليه منجزا بعنوان انه مقدر بكذا مقدار، فقد يقال كما عن المحقق الايرواني قدس سره ان البيع باطل اذا ظهر الخلاف لظهور عدم الوجود للمبيع، فإن المبيع العنوان المتحقق في هذا المشاهد و لا عنوان متحقق في هذا المشاهد، و ليس المبيع هذا المشاهد بأى عنوان كان، و لا العنوان فى أى مصداق كان، إذ لا وجه لإلغاء الاشارة أو الوصف.

وفيه: ان تخلف العنوان الذى ليس من العناوين المقومة- و هى ما تعد من الصور النوعية عند العرف- لا يوجب الا الخيار كما تقدم فى مبحث بيع هياكل العبادة فراجع.

الصورة الرابعة: ان يكون المقصود شراء الموجود الخارجى كائنا ما كان، و كان الكيل و الوزن من جهة حصول العلم بالمعوض ليخرج عن كونه بيع المجهول صح البيع فى هذه الصورة مع عدم الخيار، إلا إذا كان البائع جاهلا بمقدار ما طفف، فإنه حينئذ يبطل البيع للجهل بالمبيع، إذ يعتبر علم كلا الطرفين.

فإن قيل انه ما الفرق بين هذه الصورة و الصورتين السابقتين حيث حكمتن فيهما بالصحة مطلقا و فى هذه قيدتم الصحة بما ذا كان البائع عالما بمقدار ما طفف؟ أجبنا عنه بالفرق اذ الاشتراط و انشاء البيع بعنوان انه مقدر بكذا يوجبان الخروج عن كونه بيع المجهول، و هذا بخلاف هذه الصورة.

الصورة الخامسة: ما اذا كان المقصود بيع الموجود الخارجى، و كان الغرض من الاشتراط، الاشارة الى تعيين مقدار العوضين، و وقوع كل منهما فى مقابل الآخر، و فى هذه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣١١

و إن جرت على الموزون المعين باعتقاد المشتري انه بذلك الوزن فسدت المعاوضة فى الجميع للزوم الربا (١) و لو جرت عليه على انه بذلك الوزن بجعل ذلك عنوانا للعوض فحصل الاختلاف بين العنوان و المشار اليه لم يبعد الصحة و يمكن ابتناؤه على ان لاشتراط المقدار مع تخلفه قسطا من العوض أم لا فعلى الاول يصح دون الثانى.

(السادسة): التنجيم حرام (٢)

إشارة

و هو كما فى جامع المقاصد الاخبار عن أحكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية. و توضيح المطلب يتوقف على الكلام فى مقامات:

الصورة يصح البيع فى المقدار الموجود و يبطل فى غيره كما فى بيع ما يملك و ما لا يملك.

(١) هذا كله اذا لم يكن البيع ربويا و أما اذا كان ربويا فإن كان من قبيل البيع الكلى صح لما تقدم و أما إن كان البيع واقعا على الشخص الموجود الخارجى فإن كان من قبيل الصورة الاولى بطل البيع للتعليق، و إن كان من قبيل الصورة الرابعة بطل لكونه ربويا، و إن كان من قبيل الصورة الخاصة صح البيع فى المقدار الموجود و بطل فى غيره، و إن كان من قبيل الصورة الثانية أو الثالثة فبناء على ان شرط المقدار يقسط عليه العوض صح البيع فى المقدار الموجود و بطل فى غيره، و بناء على عدم تقسيط العوض بطل البيع لكونه ربويا مع قطع النظر عن تخلف الشرط.

و بما ذكرناه ظهر ما فى كلمات المصنف قدس سره.

حرمة التنجيم

(٢) قوله السادسة: التنجيم حرام.

و تنقيح القول في المقام يتوقف على بيان مقدمات:

المقدمة الاولى: ان اتصاف البالغ بالاسلام يتوقف على اعترافه و إقراره بأن الله تعالى موجود، و انه المتصرف و الخالق لجميع الموجودات على اختلافها، و انه واحد لا شريك له، و اعترافه بنبوته محمد صلى الله عليه و آله و انه نبي مرسل، و الاعتراف بالمعاد، فالمنكر لوجوده تعالى،

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ١، ص: ٣١٢

...

او لكونه خالقا للموجودات كالدهرية، او كونه واحدا كالثنوية، او كون محمد صلى الله عليه و آله نبيا مرسلا كاليهود و النصارى، او للمعاد كافر بالضرورة، من غير فرق بين ان يكون هذا الانكار مستندا الى التقصير او القصور. و أما المنكر للضرورة فقد حققنا في محله في الجزء الثالث من فقه الصادق إن انكار الضرورى بنفسه ليس موجبا للكفر، بل انما يوجهه اذا رجع الى تكذيب النبى، و يترتب على ذلك أمران:

الاول: ان المنكر للضرورة لشبهه ليس بكافر.

الثانى: ان كل ما جاء به النبى صلى الله عليه و آله من الفرائض و السنن، ان ثبت كونه كذلك جحده و انكاره يوجب الكفر كما دلت على ذلك الأدلة.

المقدمة الثانية: انه كما لا ريب فى ان الاوضاع الفلكية و الكيفيات الخاصة الحاصلة بين الفلكيات لها آثار و لوازم غير مربوطة بما يحدث فى عالم العناصر، مثلا الخسوف لازم وضع المقارنة بين النيرين فى حال كون المقارنة فى إحدى عقدتى الرأس و الذنب، كذلك لها آثار فى الاوضاع السفلية و ما يحدث فى عالم العناصر، مثلا اختلاف الفصول من آثار قرب الشمس و بعدها عن خط الاستواء و غير ذلك من الآثار الواضحة.

المقدمة الثالثة: انه لا إشكال فى جواز النظر الى الاوضاع الفلكية و الهيئات الكوكبية و الاذعان بها و بما يترتب عليها من الآثار فى ذلك العالم و الاخبار عنها، كما هو الشأن فى الحوادث السفلية الواقعة فى هذا العالم، و ليس النظر فيها متوقفا على تعلم علم النجوم المصطلح فى المقام، و لا الإذعان بها و بتأثيرها فى ما لا يكون مرتباً بالحوادث السفلية الا كالأذعان بتأثير بعض ما فى هذا العالم فى بعض آخر كتأثير النار فى الاحراق.

و أما الاخبار عنها فإن كان مستندا الى الامارات القطعية فلا اشكال فيه، و إن كان مستندا الى الامارات الظنية فإن كان الاخبار ظنيا فلا اشكال فيه أيضا، و إن كان جزميا كان حراما من جهة الكذب. و بذلك يظهر تامية ما أفاده المصنف قدس سره فى مقامين من المقامات الذى ذكره فى المسألة. و هما خارجان، عن مسألة التنجيم فلاحظ المتن.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ١، ص: ٣١٣

(الاول): الظاهر انه لا يحرم الاخبار عن الاوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب كالخسوف الناشئ عن حيلولة الارض بين النيرين و الكسوف الناشئ عن حيلولة القمر أو غيره، بل يجوز الاخبار بذلك، اما جزما اذا استند الى ما يعتقد برهانا او ظنا اذا استند الى الامارات، و قد اعترف بذلك جملة ممن انكر التنجيم منهم السيد المرتضى و الشيخ ابو الفتح الكراچكى فيما حكى عنهما فى رد الاستدلال على اصابتهم فى الاحكام بإصابتهم فى الاوضاع ما حاصله ان الكسوفات و اقتران الكواكب و انفصالها من باب الحساب و سير الكواكب، و له اصول صحيحة و قواعد سديدة و ليس كذلك ما يدعونه عن تأثير الكواكب فى الخير و الشر و النفع و الضرر، و لو لم يكن الفرق بين الامرين الا- الاصابة الدائمة المتصلة فى الكسوفات و ما يجرى مجراها فلا يكاد يتبين فيها خطأ، و ان الخطاء الدائم المعهود انما هو فى الاحكام حتى ان الصواب فيها عزيز و ما يتفق فيها من الاصابة قد يتفق من المخمن أكثر منه فحمل أحد

الامرین علی الآخر بهت و قلة دین انتهى المحکی من کلام السيد قدس سره.

و قد أشار الی جواز ذلك فی جامع المقاصد مؤيدا ذلك بما ورد من کراهة السفر و التزویج فی برج العقرب لکن ما ذکره السيد قدس سره من الاصابة الدائمة فی الاخبار عن الاوضاع محل نظر لان خطأهم فی الحساب فی غاية الكثرة، و لذلك لا يجوز الاعتماد فی ذلك علی عدو لهم فضلا عن فساقهم لان حسابهم مبتنیة علی أمور نظرية مبتنیة علی نظريات أخر الا فیما هو کالبدیهی مثل إخبارهم بكون القمر فی هذا الیوم فی برج العقرب و انتقال الشمس من برج الی برج فی هذا الیوم و إن كان یقع الاختلاف بینهم فیما یرجع الی تفاوت سیر، و یمکن الاعتماد فی مثل ذلك علی شهادة عدلین منهم اذا احتاج الحاكم لتعین أجل دین أو نحوه.

(الثاني:) (جوز الاخبار بحدوث الاحکام عند الاتصالات و الحركات المذكورة بأن یحکم بوجود کذا فی المستقبل (مستندا الی) عند الوضع المعین من القرب و البعد و المقابلة و الاقتران بین الكوکبین اذا كان علی وجه الظن المستند الی تجربه محصلة أو منقولة فی وقوع تلك الحادثة بإرادة الله عند الوضع الخاص من

منهاج الفقهاء (للروحانی)، ج ١، ص: ٣١٤

دون اعتقاد ربط بینهما أصلا، بل الظاهر حینئذ جواز الاخبار علی وجه القطع اذا استند الی تجربه قطعية اذ لا حرج علی من حکم قطعا بالمطر فی هذه الليلة نظرا الی ما جربه من نزول کلبه عن السطح الی داخل البيت مثلا، كما حکى انه اتفق ذلك لمروج هذا العلم بل محیه نصیر الملة و الدین حيث نزل فی بعض أسفاره علی طحان له طاحونة خارج البلد، فلما دخل منزله صعد السطح لحرارة الهواء فقال له صاحب المنزل انزل و نم فی البيت تحفظا من المطر فنظر المحقق الی الاوضاع الفلكية فلم یر شيئا فیما هو مظنة للتأثير فی المطر، فقال صاحب المنزل: ان لی کلبا ینزل فی کل ليلة یحس المطر فیها الی البيت فلم یقبل منه المحقق ذلك و بات فوق السطح فجاءه المطر فی اللیل و تعجب المحقق، ثم ان ما سیجىء فی عدم جواز تصدیق المنجم یراد به غیر هذا و ینصرف الی غیره لما عرفت من معنی التنجیم.

(الثالث:) (الاخبار عن الحوادث و الحکم بها مستندا الی تأثير الاتصالات المذكورة فیها بالاستقلال او بالمدخلة و هو المصطلح علیه بالتنجیم. (١).

(١) إذا عرفت هذه المقدمات فاعلم: أن محل الکلام هو الازعان و الاعتقاد بثبوت النسبة بین الحوادث السفلية الواقعة فی هذا العالم و الاوضاع الفلكية و الاخبار عنه. و تعلمه، فالکلام یقع فی مواضع:

الاول: فی الاخبار عن الحوادث مع هذا الاعتقاد.

الثاني: فی اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات.

الثالث فی تعلم هذا العلم.

الموضع الاول: فی الاخبار عن الحوادث و الحکم بها، فمحصل القول فیها: ان الاخبار عن تأثير الاوضاع الفلكية فی الحوادث السفلية بنحو الاستقلال او بالمدخلة حرام لکونه کفرا و زندقه، و دعوى ان الاعتقاد بذلك کفر، لا الإخبار عنه، كما ترى، إذ لو لم نقل بتقوم الکفر بالقول، لا ریب فی انه کفر.

و الاخبار عن التأثير بنحو الالية و ان المؤثر حی مختار، أو مطلقا مع کونه بنحو لا يؤثر وجوه البر فی رفع الاثر، حرام لکونه تکذیبا للنبي الصادق صلی الله علیه و آله.

منهاج الفقهاء (للروحانی)، ج ١، ص: ٣١٥

فظاهر الفتاوى و النصوص (١) حرمة مؤكدة، فقد أرسل المحقق فی المعبر عن النبي صلی الله علیه و آله انه من صدق منجما او کاهنا فقد کفر بما انزل علی محمد صلی الله علیه و آله و هو يدل علی حرمة حکم المنجم بأبلغ وجه.

و في رواية نصر بن قابوس عن الصادق عليه السلام ان المنجم ملعون و الكاهن ملعون و الساحر ملعون.
و في نهج البلاغة انه عليه السلام لما اراد المسير الى بعض أسفاره، فقال بعض اصحابه: ان سرت في هذا الوقت خشيت ان لا تظفر
بمرادك من طريق علم النجوم،

فقال عليه السلام: له أتزعم انك تهدي الى الساعة التي من سار فيها انصرف عنه سوء و تخوف الساعة التي من سار فيها حاق به
الضر فمن صدقك بهذا القول فقد كذب القرآن و استغنى عن الاستعانة بالله تعالى في نيل المحبوب و دفع المكروب الى ان قال: أيتها
الناس اياكم و تعلم النجوم الا ما يهتدي به في بر أو بحر فانها تدعو الى الكهانة و الكاهن كالساحر، و الساحر كالكافر و الكافر في
النار الى آخر، و قريب منه ما وقع بينه و بين منجم آخر نهاه عن المسير أيضا، فقال عليه السلام: له أتدرى ما في بطن هذه الدابة أذكر
أم أنثى، قال: ان حسبت علمت.

هذا فيما علم بكونه تكديبا له، و الا فلا وجه للحرمة، إلا إذا كان الاخبار جزميا،
مع عدم كونه جازما بما اخبر به، فإنه يحرم لكونه كذبا، و بذلك ظهر حكم ما لو اخبر عن الربط بين الكائنات و الفلكيات، لا بنحو
التأثير، بل بنحو الكاشفية، و انه ان كان اخبارا عنه بنحو لا يؤثر و جوه البر في عدم تحقق المكشوف حرم لكونه تكديبا للنبي صلى الله
عليه و آله و إلا فلا.

و قد استدل لحرمة الاخبار في الجملة او مطلقا بوجوه آخر:

(١) الاول: ما في المكاسب، و هي النصوص المتضمنة لان المنجم ملعون، و ما يقرب من ذلك من التعبيرات كخبر نصر (١) و مرسل
المحقق «٢» و ما في نهج البلاغة «٣»
المذكورة في المتن.
لوسائل،

(١) باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧

(٢) المعتبر، ص ٦٨٨.

(٣) نهج البلاغة، ١٠٥، خطبة ٧٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣١٦

...

قال عليه السلام: فمن صدقك بهذا القول فقد كذب بالقرن، قال الله: إن الله عنده
علم الساعة و ينزل الغيث و يعلم ما في الارحام (الآية)، ما كان محمد صلى الله عليه و آله يدعى ما ادعيت أتزعم انك تهدي الساعة
التي من سار فيها صرف عنه سوء و الساعة التي من سار فيها حاق به الضر من صدقك بهذا استغنى بقولك عن الاستعانة بالله في هذا
الوجه و أحوج الى الرغبة اليك في دفع المكروه عنه «١».

و في رواية عبد الملك بن أعين المروية عن الفقيه، قلت لابي عبد الله عليه السلام اني قد ابتليت بالنظر في النجوم فأريد الحاجة، فاذا
نظرت الى الطالع و رأيت الطالع الشر جلست و لم أذهب فيها و اذا رأيت الطالع الخير ذهبت في الحاجة فقال لي أتقصى، قلت: نعم،
قال: احرق كتبك «٢». و في رواية مفضل بن عمر المروية عن معاني الاخبار في قوله تعالى) و إذ ابتلى ابراهيم ربه بكلمات (قال و أما
الكلمات فمنها ما ذكرناه و منها المعرفة بقرئه و توحيده و تنزيهه عن الشبيه حتى نظر إلى الكواكب و القمر و الشمس و استدل

بافول كل منها على حدوثه و بحدوثه على محدثه.

ثم اعلم أن الحكم بالنجوم خطأ، «٣» ثم ان مقتضى الاستفصال في رواية عبد الملك المتقدمة بين القضاء بالنجوم بعد النظر و عدمه انه لا بأس بالنظر اذا لم يقض به بل أريد به مجرد التفاؤل ان فهم الخير و التحذر بالصدقة ان فهم الشر كما يدل عليه ما عن المحاسن عن أبيه عن ابن أبي عمر عن عمرو بن اذينة عن سفيان بن عمر، قال كنت انظر في النجوم و اعرفها و اعرف الطالع فيدخلني عن ذلك شيء فشكوت ذلك الى أبي الحسن عليه السلام فقال: اذا وقع في نفسك عن ذلك شيء فتصدق على أول مسكين، ثم امض فان الله يدفع عنك، «٤» و لو حكم بالنجوم على جهه ان مقتضى الاتصال الفلاني و الحركة الفلانية الحادثة الواقعية، و إن كان الله يمحو ما يشاء و يثبت لم يدخل أيضا في الاخبار الناهية لانها ظاهرة في الحكم على سبيل

(١) الوسائل باب ١٤، من أبواب آداب السفر إلى الحج، حديث ٤.

(٢) الوسائل، باب ١٤، من أبواب آداب السفر إلى الحج: حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ١٤، من أبواب آداب السفر إلى الحج، حديث ٥.

(٤) الوسائل، باب ١٥، من أبواب آداب السفر، حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣١٧

البت كما يظهر من قوله عليه السلام: فمن صدقك بهذا فقد استغنى عن الاستعانة بالله (١) في دفع المكروه بالصدقة و الدعاء، و غيرهما من الاسباب نظير تأثير نحوسة الايام الواردة في الروايات ورد نحوستها بالصدقة الا ان جوازه مبني على جواز اعتقاد الاقتضاء في العلويات للحوادث السفلية، و سيجيء انكار المشهور لذلك و ان كان يظهر ذلك من الحدث الكاشاني، و لو اخبر بالحوادث بطريق جريان العادة على وقوع الحادثة عند الحركة الفلانية من دون اقتضاء لها أصلا فهو أسلم. قال في الدروس و لو أخبر بأن الله تعالى يفعل كذا عند كذا لم يحرم و ان كره، انتهى.

و فيه ان التنجيم حقيقته استخراج أحكام النجوم عن أصولها و قواعدها، و ليس هو من مقولة الالفاظ.

(١) الثاني: ما في المكاسب أيضا، و هو: ان النصوص «١» الدالة على ان من صدق منجما فقد كفر بما انزل على محمد صلى الله عليه و آله و ان من صدقه فقد استغنى عن الاستعانة بالله، تدل على حرمة حكم المنجم بأبلغ وجه.

و فيه: انه لا ملازمة بين حرمة التصديق و حرمة الاخبار، فإن التصديق يترتب عليه التوالى الفاسدة المتقدمة، و ليس كذلك الاخبار. و أما ما ذكره المحقق الايرواني قدس سره في الجواب عن هذا الوجه من انه يحرم تصديق الفاسق في الاحكام الشرعية و لا يحرم اخباره عنها.

فغير سديد، إذ تصديق الفاسق بمعنى الاعتقاد من قوله لا يكون حراما بلا كلام، و بمعنى العمل به مع عدم الاعتقاد لا يكون حراما تكليفيا، بل وضعيا كما هو واضح.

الثالث: ان الاخبار مطلقا تكذيب للمعصوم الصادق لما دل على ان لعلم النجوم واقعا لا يحيط به غير الله تعالى و المعصومين عليهم السلام.

و فيه: ان تلك الاخبار لا تدل على حرمة الاعتقاد لو حصل و لو من التجربة المنقولة خلفا عن سلف بمقارنة حادث من الحوادث لبعض الاوضاع الفلكية او من غيرها، و حرمة الاخبار عنه على فرض حصول العلم و الجزم.

(١) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣١٨

الرابع: اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات و الربط يتصور على وجوه (١).

الرابع: ما في مرآة العقول و هو حسن عبد الملك بن اعين قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام اني قد ابتليت بهذا العلم فأريد الحاجة فاذا نظرت الى الطالع و رأيت الطالع الشر جلست و لم أذهب فيها، و اذا رأيت الطالع الخير ذهبت في الحاجة فقال عليه السلام: تقضى؟ قلت: نعم قال: احرق كتبك «١» بدعوى ان قوله عليه السلام تقضى أى تحكم للناس بأمثال ذلك و تخبرهم بأحكام النجوم، فقوله عليه السلام احرق كتبك يدل على عدم جواز ذلك.

و فيه: انه يحتمل ان يكون تقضى بصيغته المجهول، و المراد حينئذ، انه إن كان حاجتك تقضى فاحرق كتبك من جهة انها مورثة لقطع التوكل من الله و الاعتماد على ما يعتقده من الكتاب، و الاستغناء بها عن الدعاء و الصدقة، و هذا بخلاف ما اذا كانت تقضى تارة و لا تقضى اخرى، مع انه لو سلم انه بصيغته المعلوم فالامر باحراق الكتب يمكن ان يكون من جهة انها داخله في كتب الضلال حينئذ من جهة كثرة ما فيها من الخطأ، و إن جل مطالبها مخالفة للواقع لو لا كلها كما دلت على ذلك نصوص كثيرة، او انها توجب قطعه التوكل عن الله او غير ذلك، و عليه فلا يدل على حرمة الاخبار من حيث هو، فالصحيح ما ذكرناه.

اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات

الموضع الثاني في اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات.

(١) و ملخص القول فيه ان الربط يتصور على وجوه: الاول الاستقلال في التأثير،

بمعنى ان المؤثر التام في الحوادث السفلية من ازدياد الاموال و نقصانها و غير ذلك من الخيرات و الشرور، هي الاوضاع الفلكية و الكيفيات الخاصة الحاصلة بين الفلكيات بعضها مع بعض بأنفسها، أى مستقلة حتى من جهة مشيئة الباري. و الاعتقاد بذلك كفر و زندقه، سواء رجع هذا الاعتقاد الى انكار وجوده تعالى كما هو مذهب بعض المنجمين، أم

(١) الوسائل، باب ١٤، من أبواب آداب السفر الى الحج و غيره حديث ١

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣١٩

...

رجع الى تعطيله تعالى عن التصرف في الحوادث السفلية بعد خلق الاجرام العلوية، و إن

الموجودات الممكنة بأجمعها مفوضة الى النفوس الفلكية و العقول الطولية سواء قيل بقدمها كما هو مذهب جماعة منهم، أم بحدوثها كما هو مذهب جماعة آخرين.

أما كفر الطائفة الاولى فلانكار وجوده تعالى، و أما كفر الطائفة الثانية، فلا ثبات الشريك له، و أما كفر الطائفة الثالثة فلانكار الصانع، و قد اطبقت الآيات و الروايات و الادلة العقلية على انه تعالى صانع، و الموجودات الممكنة برمتها تحت قدرته و اختياره، و الظاهر ان

كفر هؤلاء مما لا خلاف فيه بين علماء الاسلام.

وجملة من النصوص المتوهم دلالتها على كفر المنجم واردة في خصوصهم.

الوجه الثاني: إن الاوضاع الفلكية والكيفيات الكوكبية مؤثرة في الحوادث السفلية على وجه الاشتراك مع البارى تعالى، بمعنى انها جزء المؤثر، و الجزء الآخر مشيئة البارى تعالى و المعتقد بذلك سواء اعتقد قدمها أم حدودها كافر.

و أما على الاول: فلانه انكار لتوحيده الوجودى.

و أما على الثانى: فلانه انكار لتوحيده الخلقى الذى دلت الادلة العقلية و النقلية عليه، و إن الله تعالى يفعل ما يشاء و لا يسأل عما يفعل و هم يسألون، و قد صرح جمع من الاساطين بكفر هذه الطائفة أيضا، و لعل جملة من النصوص التى توهم تضمنها لان المنجم كافر ناظرة الى هؤلاء.

الوجه الثالث: ان يلتزم بتأثيرها فى الحوادث السفلية على وجه الالية، و كون المؤثر فى الوجود هو الله تعالى، و انه الفياض على الاطلاق، و هذا على وجهين:

الاول انها تفعل الآثار المنسوبة اليها باختيارها.

الثانى: ان الله تعالى اودع فى طبائع اوضاع الفلكيات خصوصيات تقتضى

حدوث الحوادث السفلية، و تلك الخصوصية المودعة فى النار المقتضية للاحراق و شىء منهما بنفسه لا ينافى أصلا من أصول الاسلام كى يكون الاعتقاد به كفرا و

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٢٠

...

زندقة، بل يكون من قبيل الالتزام بتأثير الجواهر السفلية فى الحوادث على سبيل الالية،

أما اختيارا كالأفعال الصادرة عن العبيد اولا عن اختيار كالأثار الصادرة عن الموارد العنصرية كالأحراق الصادر عن النار.

نعم قد دلت الآيات و الروايات بظاها على ان حركة الافلاك قسرية، و إن محركها هو الملائكة فالالتزام بأنها حية مختارة مخالف للشرع و تكذيب للنبي المرسل صلى الله عليه و آله فهو يوجب الكفر لذلك.

و أما الالتزام بالالية على الوجه الثانى، فإن كان التزاما به على نحو لا يؤثر الدعاء و الصدقة و سائر وجوه البر فى المنع عن تأثيرها فهو أيضا تكذيب لما جاء به النبي الصادق صلى الله عليه و آله لما دل من النصوص «١» المتواترة على ان الدعاء و الصدقة و سائر وجوه البر ترد القضاء الذى ينزل من السماء و تدفع البلاء المبرم، و إن كان التزاما به بنحو يؤثر الدعاء و الصدقة و سائر وجوه البر فى منع تأثيرها، فكما لا يكون مخالفا لأصل من أصول الاسلام لا يكون مخالفا لما ثبت من الشرع. و لكن بما انه لا طريق لنا فى مقام الاثبات بل دلت النصوص الكثيرة على ان لعلم النجوم واقعا لا يحيط به غير علام الغيوب، و من ارتضاه لغيبه لا يجوز العمل به و الاعتقاد به.

الوجه الرابع: ان يلتزم بأن اوضاع الفلكيات من تقارن الكواكب و تباعدها و نحو ذلك علامات على الحوادث السفلية التى تحدث بارادة الله تعالى، و يكون الربط من قبيل ربط الكاشف و المكشوف، كنصب العلم علامة على التعزية و كحركات النبض و اختلاف اوضاعها التى هى علامات على ما يعرض للبدن من قرب الصحة و اشتداد المرض و نحوه و قد نسب الى جماعة من الاساطين الالتزام بذلك، و الاعتقاد بذلك ليس كفرا، بلا كلام و لم يحتمله أحد.

(١) الوسائل، باب ٨، و ٢، من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة، و باب ٧، من أبواب الدعاء من كتاب الصلاة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٢١

نعم لو كان الاعتقاد به بنحو لا يؤثر الدعاء والصدقة وسائر وجوه البر في عدم

تحقق المكشوف، كان ذلك منافيا للنصوص المتواترة الدالة على انها ترد القضاء والبلاء المبرم، و أما الالتزام به بنحو تؤثر وجوه البر في رفع المكشوف فلا يترتب عليه محذور.

و يشهد له جملة «١» من النصوص الواردة في المقام المتضمنة ان عليا عليه السلام أعلم الناس بهذا العلم، و أن أصل الحساب حق، و انه علم من علوم الانبياء، و غير ذلك من التعابير. و لكن المستفاد من النصوص «٢» الكثيرة ان غير الله تعالى و من ارتضاه لغيبه لا يحيط بواقع هذا العلم، أي بتلك العلامات. فلنعم ما أفاد المصنف قدس سره حيث قال: ان من تتبع هذه الاخبار لم يحصل له ظن بالاحكام المستخرجة عنها، فضلا عن القطع، نعم قد يحصل من التجربة المنقولة خلفا عن سلف الظن بل العلم بمقارنة حادث من الحوادث لبعض الاوضاع الفلكية.

و أما النصوص «٣» المانعة فلا يدل شيء منها على خلاف ما ذكرناه: إذ طائفة منها تمنع عن الاعتقاد بالاحكام المستخرجة عنها، معللة بما تقدم من ان غير الله تعالى و الانبياء و الاوصياء لا يحيط بواقع علم النجوم، و جملة منها متضمنة لان من صدق منجما او كاهنا فقد كفر بما انزل على محمد صلى الله عليه و آله و ان من صدق المنجم فقد استغنى عن الاستعانة بالله و نحو ذلك. و قد توهم دلالة هذه النصوص على كفر المنجم بجميع أقسامه، و لكنه فاسد، بل هي لا تدل الا على ان تصديق المنجم مستلزم لتوال فاسدة من رفع اليد عن التضرع و الاستعانة بالله و غيرهما مما يوجب رفع المكاره و يعين على حصول المطلوب، مع ان للمنع عنه مجالا واسعا، و عن السيد شارح النخبة: ان المنجم من يقول بقدوم الافلاك و النجوم و لا يقول بمفلكك و لا خالق فهو يحمل على ما تقدم بقرينة سائر النصوص.

(١) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٢٢

الاول: الاستقلال في التأثير بحيث يمتنع التخلف عنها امتناع تخلف المعلول عن العلة العقلية، و ظاهر كثير من العبارات كون هذا كفرا، قال السيد المرتضى قدس سره فيما حكى عنه و كيف يشبهه على مسلم بطلان احكام النجوم و قد أجمع المسلمون قديما و حديثا على تكذيب المنجمين و الشهادة بفساد مذهبهم و بطلان أحكامهم. و معلوم من دين الرسول ضرورة تكذيب ما يدعيه المنجمون و الازراء عليهم و التعجيز لهم، و في الروايات عنه صلى الله عليه و آله ما لا يحصى كثرة، و كذا عن علماء أهل بيته و خيار أصحابه، و ما اشتهر بهذه الشهرة في دين الاسلام كيف يفتى بخلافه منتسب الى الملة و وصل الى القبلة انتهى.

و قال العلامة في المنتهى بعد ما افتى بتحريم التنجيم و تعلم النجوم مع اعتقاد انها مؤثرة او ان لها مدخلا في التأثير في الضر و النفع قال: و بالجملة كل من اعتقد ربط الحركات النفسانية و الطبيعية بالحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية كافر انتهى. و قال الشهيد قدس سره في قواعده كل من اعتقاد في الكواكب انها مديرة لهذا العالم و موجودة له فلا ريب انه كافر. و قال في جامع المقاصد:

و اعلم أن التنجيم مع اعتقاد أن للنجوم تأثيرا في الموجودات السفلية و لو على جهة المدخلة حرام و كذا تعلم النجوم على هذا النحو، بل هذا الاعتقاد في نفسه كفر نعد بالله منه انتهى.

وقال شيخنا البهائي ما زعمه المنجمون من ارتباط بعض الحوادث السفلية بالاجرام العلوية ان زعموا انها هي العلة المؤثرة في تلك الحوادث بالاستقلال أو انها شريكة في التأثير فهذا لا يحل للمسلم اعتقاده و علم النجوم المبتنى على هذا كفر، و على هذا حمل ما ورد من التحذير عن علم النجوم و النهي عن اعتقاد صحته انتهى.

وقال في البحار لا نزاع بين الامة في ان من اعتقد ان الكواكب هي المدبرة لهذا العالم و هي الخالقة لما فيه من الحوادث و الخيرات و الشرور فانه يكون كافرا على الاطلاق انتهى.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ١، ص: ٣٢٣

و عنه في موضع آخر ان القول بأنها علة فاعلية بالارادة و الاختيار و ان توقف تأثيرها على شرائط آخر كفر، انتهى بل ظاهر الوسائل نسبة دعوى ضرورة الدين على بطلان التنجيم و القول بكفر معتقده الى جميع علمائنا حيث قال: قد صرح علمائنا بتحريم علم النجوم و العمل بها و بكفر من اعتقد تأثيرها أو مدخليتها في التأثير و ذكروا ان بطلان ذلك من ضروريات الدين انتهى.

بل يظهر من المحكى عن ابن أبي الحديد ان الحكم كذلك عند علماء العامة أيضا حيث قال في شرح نهج البلاغة ان المعلوم ضرورة من الدين إبطال حكم النجوم و تحريم الاعتقاد بها و النهي و الزجر عن تصديق المنجمين، و هذا معنى قول أمير المؤمنين عليه السلام فمن صدقك بهذا فقد كذب بالقرآن و استغنى عن الاستعانة بالله انتهى (١).

ثم لا فرق في أكثر العبارات المذكورة بين رجوع الاعتقاد المذكور الى انكار الصانع جل ذكره كما هو مذهب بعض المنجمين و بين تعطيله تعالى عن التصرف في الحوادث السفلية بعد خلق الاجرام العلوية على وجه تتحرك على النحو المخصوص سواء قبيل بقدمها كما هو مذهب بعض آخر أم قيل بحدوثها و تفويض التدبير اليها كما هو المحكى عن ثالث منهم، و بين ان لا يرجع الى شيء من ذلك بأن يعتقد أن حركة الافلاك تابعة لإرادة الله فيه مظاهر لإرادة الخالق تعالى و مجبولة على الحركة على طبق اختيار الصانع جل ذكره كالآلة أو بزيادة أنها مختارة باختيار هو عين اختياره تعالى عما يقول الظالمون. لكن ظاهر ما تقدم في بعض الاخبار من أن المنجم بمنزلة الكاهن الذي هو بمنزلة الساحر الذي هو بمنزلة الكافر ما عدا الفرق الثلاث الاول اذ الظاهر عدم الاشكال في كون الفرق الثلاث من أكفر الكفار لا بمنزلتهم.

و منه يظهر أن ما رتبته عليه السلام على تصديق المنجم من كونه تكذيبا للقرآن و كونه موجبا للاستغناء عن الاستعانة بالله في جلب الخير و دفع الشر يراد منه إبطال قوله بكونه مستلزما لما هو في الواقع مخالف للضرورة من كذب القرآن و الاستغناء عن الله، كما هو طريقه كل مستدل من إنهاء بطلان التالي الى ما هو بديهى البطلان عقلا

(١) نهج البلاغة، ١٠٥، خطبة ٧٩.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ١، ص: ٣٢٤

او شرعا او حسا او عادة و لا يلزم من مجرد ذلك الكفر، و انما يلزم ممن التفت الى الملازمة و اعترف باللازم و الا فكل من أفتى بما هو مخالف لقول الله واقعا، اما لعدم تفتنه لقول الله او لدلالته بكون مكذبا للقرآن.

و أما قوله صلى الله عليه و آله من صدق منجما أو كاهنا فقد كفر بما انزل على محمد صلى الله عليه و آله فلا يدل أيضا على كفر المنجم و انما يدل على كذبه فيكون تصديقه تكذيبا للشارع المكذب له و يدل عليه عطف الكاهن عليه، و بالجملة فلم يظهر من الروايات تكفير المنجم بالمعنى الذى تقدم للتنجيم فى صدر عنوان المسألة كفرا حقيقيا، فالواجب الرجوع فيما يعتقده المنجم الى ملاحظة مطابقتها لأحد موجبات الكفر من إنكار الصانع او غيره مما علم من الدين بديهى، و لعله لذا اقتصر الشهيد فيما تقدم من القواعد فى تكفير المنجم على من يعتقد فى الكواكب انها مدبرة لهذا العالم و موجدة له، و لم يكفر غير هذا الصنف كما سيجىء تنمته كلامه السابق، و لا شك ان هذا الاعتقاد انكار اما للصانع و أما لما هو ضرورى الدين من فعله تعالى و هو ايجاد العالم و تدبيره،

بل الظاهر من كلام بعض اصطلاح لفظ التنجيم فى الاول، قال السيد شارح النخبه ان المنجم من يقول بقدم الافلاك و النجوم و لا يقولون بمفلك و لا- خالق، و هم فرقه من الطبيعيين يستمطرون بالانواء معدودون من فرق الكفر فى مسفورات الخاصه و العامه يعتقدون فى الانسان انه كسائر الحيوانات يأكل و يشرب و ينكح ما دام حيا، فاذا مات بطل و اضمحل و ينكرون جميع الاصول الخمسه انتهى.

ثم قال قدس سره: و أما هؤلاء الذين يستخرجون بعض اوضاع السيارات و ربما يتخصون عليها بأحكام مبهمه متشابهه ينقلونها تقليدا لبعض ما وصل اليهم من كلمات الحكماء الاقدمين مع صحه عقائدهم الاسلاميه فغير معلوم دخولهم فى المنجمين الذين ورد فيهم من المطاعن ما ورد انتهى.

أقول فيه مضافا إلى عدم انحصار الكفار من المنجمين فيمن ذكر بل هم على فرق ثلاث كما أشرنا اليه و سيجيء التصريح به من البحار فى مسأله السحر ان النزاع المشهور بين المسلمين فى صحه التنجيم و بطلانه هو المعنى الذى ذكره أخيرا كما منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٢٥

عرفت من جامع المقاصد و المطاعن الواردة فى الاخبار المتقدمه و غيرها كلها او جلها على هؤلاء دون المنجم بالمعنى الذى ذكره أولا.

و ملخص الكلام ان ما ورد فيهم من المطاعن لا صراحة فيها بكفرهم بل ظاهر ما عرفت خلافه و يؤيده ما رواه فى البحار عن محمد و هارون ابني سهل النوبختي أنهما كتبا الى أبى عبد الله عليه السلام نحن ولد نوبخت المنجم و قد كنا كتبنا اليك هل يحل النظر فيها فكتبت، نعم و المنجمون يختلفون فى صفة الفلك بعضهم يقولون ان الفلك فيه النجوم و الشمس و القمر الى ان قال: فكتب عليه السلام نعم ما لم يخرج من التوحيد (١).

الثانى: (٢) أنها (٣) تفعل الآثار المنسوبة اليها و الله سبحانه هو المؤثر الاعظم كما يقوله بعضهم على ما ذكره العلامة و غيره قال العلامة فى محكى شرح فص الياقوت (٤) اختلف قول المنجمين على قولين أحدهما قول من يقول انها حيه مختاره، الثانى قول من يقول انها موجبه و القولان باطلان.

و قد تقدم عن المجلسى قدس سره ان القول بكونها فاعله بالاراده و الاختيار، و ان توقف تأثيرها على شرائط آخر كفر، و هو ظاهر أكثر العبارات المتقدمه و لعل وجهه ان نسبة الأفعال التى دلت ضروره الدين على استنادها الى الله تعالى كالخلق و الرزق و الاحياء و الاماتة و غيرها الى غيره تعالى مخالف لضروره الدين لكن ظاهر شيخنا الشهيد فى القواعد العدم، فانه بعد ما ذكر الكلام الذى نقلناه منه سابقا قال: و ان اعتقد انها تفعل الآثار المنسوبة اليها و الله سبحانه هو المؤثر الاعظم فهو مخطئ اذ لا حياة لهذه الكواكب ثابتة بدليل عقلى و لا نقلى انتهى.

(١) البحار، ج ٥٨، ص ٢٥٠، حديث ٣٦.

(٢) أى الوجه الثانى من الوجوه المتصوره فى ربط الحركات الفلكية بالكائنات.

(٣) مرجع الضمير الحركات الفلكية.

(٤) عن الرياض ان لياقوت الذى هو لابي اسحاق ابراهيم بن نوبخت، شروحا منها لعبد الحميد المعتزلى ابن أبى الحديد فى البال انها تسمى فص الياقوت و منها للعلامة اسمه أنوار الملكوت و عليه فقد وقع الاشتباه فى المتن من تسمية شرح العلامة بشرح فص الياقوت.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٢٦

و ظاهره ان عدم القول بذلك لعدم المقتضى له و هو الدليل لا لوجود المانع منه و هو انعقاد الضروره على خلافه فهو ممكن غير معلوم الوقوع و لعل وجهه ان الضرورى عدم نسبة تلك الأفعال الى فاعل مختار باختيار مستقل مغاير لاختيار الله كما هو ظاهر قول

المفوضة، اما استنادها الى الفاعل بإرادة الله المختار بعين مشيئته واختياره حتى يكون كآلة بزيادة الشعور وقيام الاختيار به بحيث يصدق انه فعله و فعل الله فلا، اذ المخالف للضرورة انكار نسبة الفعل الى الله تعالى على وجه الحقيقة لا إثباته لغيره أيضا بحيث يصدق انه فعله نعم ما ذكره الشهيد من عدم الدليل عليه حق، فالقول به تخرص ونسبة فعل الله الى غيره بلا دليل وهو قبيح. وما ذكره قدس سره كان مأخذه ما في الاحتجاج عن هشام بن حكم، قال: سأل الزنديق أبا عبد الله عليه السلام فقال: ما تقول فيمن يزعم ان هذا التدبير الذي يظهر في هذا العالم تدبير النجوم السبعة، قال: يحتاجون الى دليل ان هذا العالم الاكبر والعالم الاصغر من تدبير النجوم التي تسبح في الفلك و تدور حيث دارت منقبة لا تفتقر و سائرة لا تقف، ثم قال: و ان لكل نجم منها موكل مدير فهي بمنزلة العبيد المأمورين بالمنهين، فلو كانت قديمة ازلية لم تتغير من حال الى حال الخبر «١».

و الظاهر ان قوله بمنزلة العبيد المأمورين بالمنهين يعني في حركاته لا أنه مأمور بتدبير العالم بحركاتهم، فهي مدبرة باختياره المنبعث عن أمر الله تعالى.

نعم ذكر المحدث الكاشاني في الوافي في توجيه البدء كلاما ربما يظهر منه مخالفة المشهور حيث قال: اعلم ان القوى المنطبعة الفلكية لم تحط بتفاصيل ما سيقع من الامور دفعة واحدة لعدم تناهي تلك الامور، بل انما تنقش فيها الحوادث شيئا فشيئا، فان ما يحدث في عالم الكون و الفساد انما هو من لوازم حركات الافلاك و

(١) الاحتجاج، ج ٢ ص ٩٤-٩٣.

منهاج الفقه (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٢٧

نتائج بركاتهما، فهي تعلم انه كلما كان كذا، كان كذا، انتهى موضع الحاجة «١» و ظاهره انها فاعلة بالاختيار لمزومات الحوادث. و بالجملة فكفر المعتقد بالربط على هذا الوجه الثاني لم يظهر من الاخبار و مخالفته لضرورة الدين لم يثبت أيضا اذ ليس المراد العلية التامة، كيف و قد حاول المحدث الكاشاني بهذه المقدمات اثبات البدء «٢» الثالث استناد الافعال اليها كاستناد الاحراق الى النار، و ظاهر كلمات كثير ممن تقدم كون هذا الاعتقاد كفرا الا انه قال:

شيخنا المتقدم في القواعد بعد الوجهين الاولين، و أما ما يقال في استناد الافعال اليها كاستناد الاحراق الى النار و غيرها من العاديات بمعنى ان الله تعالى اجري عاداته انها اذا كانت على شكل مخصوص او وضع مخصوص يفعل ما ينسب اليها و يكون ربط المسببات بها كربط مسببات الادوية و الاغذية بها مجازا باعتبار الربط العادي لا الربط العقلي الحقيقي، فهذا لا يكفر معتقده لكنه مخطئ و إن كان اقل خطأ من الاول لان وقوع هذه الآثار عندها ليس بدائم و لا أكثر انتهى.

و غرضه من التعليل المذكور الاشارة الى عدم ثبوت الربط العادي لعدم ثبوته بالحس كالحرارة الحاصلة بسبب النار و الشمس و برودة القمر، و لا بالعادة الدائمة و لا الغالبة لعدم العلم بتكرار الدفعات كثيرا حتى يحصل العلم او الظن، ثم على تقديره فليس فيه دلالة على تأثير تلك الحركات في الحوادث فلعل الامر بالعكس او كلاهما مستندان الى مؤثر ثالث فيكونان من المتلازمين في الوجود.

و بالجملة فمقتضى ما ورد من انه أباي الله ان يجري الاشياء الا بأسبابها «٣»

كون كل حادث مسببا و أما ان السبب هي الحركة الفلكية او غيرها فلم يثبت و لم يثبت أيضا كونه مخالفا لضرورة الدين، بل في بعض الاخبار ما يدل بظاهرة على

(١) الوافي، ج ١ ص ٥٠٨-٥٠٧، باب ٥٠، من أبواب معرفة مخلوقاته و أفعاله.

(٢) و قد مر ما هو الحق عندنا في ربط الحركات الفلكية بالكائنات و به يظهر ما في كلمات المصنف في المقام فلا حاجة الى التكرار، و اما مسألة البدء فقد اشبعنا الكلام فيها في رسالتنا المطبوعة مرارا و لو ساعدنا التوفيق ننشرها في آخر هذا الجزء فانتظر.

(٣) الكافي، ج ١، ص ١٨٣، حديث ٧، وفيه الاسباب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٢٨

ثبوت التأثير للكواكب مثل ما في الاحتجاج عن اَبان بن تغلب في حديث اليماني الذي دخل على ابي عبد الله عليه السلام و سماه باسمه الذي لم يعلمه أحد و هو سعد، فقال له:

يا سعد و ما صناعتك، قال: انا من اهل بيت نظر في النجوم، الى ان قال عليه السلام: ما اسم النجم الذي اذا طلع هاجت البقر، قال: لا أدري، قال صدقت فقال: ما اسم النجم الذي اذا طلع هاجت الكلاب قال: لا أدري قال: صدقت في قولك لا أدري، فما زحل عندكم في النجوم فقال سعد يمانى: نجم نحس، فقال ابو عبد الله عليه السلام لا تقل هذا فانه نجم أمير المؤمنين و هو نجم الاوصياء و هو النجم الثاقب الذي قال الله تعالى في كتابه «١».

و في رواية المدائني المروية عن الكافي عن ابي عبد الله عليه السلام قال: ان الله خلق نجما في الفلك السابع فخلقه من ماء بارد) برد (و خلق سائر النجوم الجارية من ماء حار و هو نجم الانبياء و الاوصياء و هو نجم أمير المؤمنين يأمر بالخروج من الدنيا و الزهد فيها، و يأمر بافتراش التراب و توسيد اللبن و لباس الخشن و أكل الجشب و ما خلق الله نجما أقرب الى الله منه «٢» و الظاهر ان امر النجم بما ذكر من المحاسن كناية عن اقتضائه لها.

الرابع: ان يكون ربط الحركات بالحوادث من قبيل ربط الكاشف و المكشوف و الظاهر ان هذا الاعتقاد لم يقل أحد بكونه كفرا. قال شيخنا البهائي بعد كلامه المتقدم الظاهر في تكفير من قال بتأثير الكواكب او مدخليتها ما هذا لفظه: و ان قالوا: ان اتصالات تلك الاجرام و ما يعرض لها من الاوضاع علامات على بعض حوادث هذا العالم مما يوجد الله سبحانه بقدرته و ارادته، كما ان حركات النبض و اختلافات اوضاعه علامات يستدل بها الطبيب على ما يعرض للبدن من قرب الصحة و اشتداد المرض و نحوه، كما يستدل باختلاج بعض الاعضاء على بعض الاحوال المستقبلية فهذا لا- مانع منه و لا حرج في اعتقاده و ما روى في صحة علم النجوم و جواز تعلمه محمول على هذا المعنى انتهى.

(١) الاحتجاج، ج ٢، ص ١٠٠ و الآية من سورة الطارق ٣.

(٢) الكافي، ج ٨، ص ٢٥٧، حديث ٣٦٩

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٢٩

[نقل الاخبار في النجوم]

و مما يظهر منه خروج هذا عن مورد طعن العلماء على المنجمين ما تقدم من قول العلامة قدس سره ان المنجمين بين قائل بحياة الكواكب و كونها فاعلة مختارة و بين من قال انها موجبة و يظهر ذلك من السيد قدس سره حيث قال: بعد إطالة الكلام في التشنيع عليهم ما هذا لفظه المحكى، و ما فيهم أحد يذهب الى ان الله تعالى أجرى العادة بأن يفعل عند قرب بعضها من بعض او بعده أفعالا من غير ان يكون للكواكب بأنفسها تأثير في ذلك، قال: و من ادعى منهم هذا المذهب الآن فهو قائل بخلاف ما ذهب اليه القدماء و متجمل بهذا المذهب عند اهل الاسلام انتهى.

لكن ظاهر المحكى عن ابن طاوس انكار السيد قدس سره لذلك أيضا حيث انه بعد ما ذكر ان للنجوم علامات و دلالات على الحوادث، لكن يجوز للقادر الحكيم تعالى ان يغيرها بالبر و الصدقة و الدعاء و غير ذلك من الاسباب و جوز تعلم علم النجوم و النظر فيه و العمل به اذا لم يعتقد انها مؤثرة، و حمل أخبار النهي على ما اذا اعتقد انها كذلك أنكرك على علم الهدى تحريم ذلك، ثم ذكر لتأييد ذلك أسماء جماعة من الشيعة كانوا عارفين به انتهى.

و ما ذكره قدس سره حق الا- ان مجرد كون النجوم دلالات و علامات لا يجدى مع عدم الاحاطة بتلك العلامات و معارضاتها و الحكم مع عدم الاحاطة لا يكون قطعيا و لا ظنيا و السيد علم الهدى انما انكر من المنجم أمرين: احدهما: اعتقاد التأثير و قد اعترف به ابن طوس.

و الثانى: غلبة الاصابة فى أحكامهم كما تقدم منه ذلك فى صدر المسألة، و هذا أمر معلوم بعد فرض عدم الاحاطة بالعلامات و معارضاتها.

و لقد أجاد شيخنا البهائى أيضا حيث انكر الامرين، و قال بعد كلامه المتقدم فى انكار التأثير و الاعتراف بالامارة و العلامة اعلم ان الامور التى يحكم بها المنجمون من الحوادث الاستقبالية، أصول بعضها مأخوذة من أصحاب الوحي سلام الله عليهم، و بعضها يدعون لها التجربة و بعضها مبتن على أمور منشعبة، لا تفى القوة البشرية بضبطها و الاحاطة بها كما يومئ اليه قول الصادق عليه السلام كثيرة لا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٣٠

يدرك، و قليله لا ينتج «١» و لذلك وجد الاختلاف فى كلامهم و تطرق الخطأ الى بعض أحكامهم و من اتفق له الجرى على الاصول الصحيحة صح كلامه و صدقت أحكامه لا محالة كما نطق به الصادق عليه السلام و لكن هذا أمر عزيز المنال لا يظفر به الا القليل و الله الهادى الى سواء السبيل انتهى.

و ما أفاده قدس سره اولا من الاعتراف بعدم بطلان كون الحركات الفلكية امارات و علامات و آخرها من عدم النفع فى علم النجوم الا مع الاحاطة التامة هو الذى صرح به الصادق عليه السلام فى رواية هشام الآتية بقوله: ان أصل الحساب حق، و لكن لا- يعلم ذلك الا- من علم مواليد الخلق، و يدل أيضا على كل من الامرين الاخبار المتكثرة، فما يدل على الاول و هو ثبوت الدلالة و العلامة فى الجملة مضافا الى ما تقدم من رواية سعد المنجم المحمولة بعد الصرف عن ظاهرها الدال على سببية طلوع الكواكب لهيجان الابل و البقر و الكلاب على كونه أماره و علامة عليه المروى فى الاحتجاج عن رواية الدهقان المنجم الذى استقبل أمير المؤمنين حين خروجه الى نهران، فقال له عليه السلام: يومك هذا يوم صعب قد انقلب منه كوكب و انقذ من برجك النيران، و ليس لك الحرب بمكان، فقال عليه السلام: له أيها الدهقان المنبئ عن الآثار) بالآثار (المحذر عن الاقدار، ثم سأله عن مسائل كثيرة من النجوم فاعترف الدهقان بجهلها الى ان قال عليه السلام له: اما قولك انقذ من برجك النيران فكان الواجب ان تحكم به لى لا على، اما نوره و ضياؤه فعندى، و أما حريقه و لهبه فذهب عنى فهذه مسألة عميقة فاحسبها ان كنت حاسبا «٢».

و فى رواية اخرى عليه السلام قال له: احسبها ان كنت عالما بالاكوار و الادوار،

قال: لو علمت هذا لعلمت انك تحصي عقود القصب فى هذه الاجمة «٣» و فى الرواية الآتية لعبد الرحمن بن سيابة هذا حساب اذا حسبه الرجل و وقف عليه عرف القصبه التى فى وسط الاجمة، و عدد ما عن يمينها و عدد ما عن يسارها و عدد ما خلفها و عدد ما أمامها حتى لا يخفى عليه شىء من قصب الاجمة

(١) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١، و فيها و قليله لا ينتفع به.

(٢) الاحتجاج، ج ١ ص ٣٥٧-٣٥٦.

(٣) البحار، ج ٥٨، ص ٢٣١، ذيل الحديث ١٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٣١

و فى البحار وجد فى كتاب عتيق عن عطاء قال: قيل لعلى بن أبى طالب عليه السلام:

هل كان للنجوم أصل، قال: نعم نبي من الانبياء قال له قومه انا لا نؤمن بك حتى تعلمنا بدء الخلق و آجالهم فأوحى الله عز و جل الى

غمامة فامطرتهم واستنقع حول الجبل ماء صافيا، ثم أوحى الله الى الشمس والقمر والنجوم ان تجرى في الماء ذلك، ثم اوحى الله الى ذلك النبي ان يرتقى هو وقومه الى الجبل فاترقوا الجبل فقاموا على الماء حتى عرفوا بدء الخلق و آجاله بمجاري الشمس والقمر والنجوم وساعات الليل والنهار، كان احدهم يعرف) يعلم من (متى يموت ومتى يمرض من ذا الذي يولد له ومن ذا الذي لا يولد له فبقوا كذلك برهة من دهرهم، ثم أن داود قاتلهم على الكفر فأخرجوا الى داود عليه السلام في القتال من لم يحضر أجله ومن حضر أجله خلفوه في بيوتهم فكان يقتل من أصحاب داود ولا يقتل من هؤلاء أحد، فقال داود: رب اقاتل على طاعتك و يقاتل هؤلاء على معصيتك يقتل أصحابي ولا يقتل من هؤلاء أحد فأوحى الله عز وجل اليه اني علمتهم بدء الخلق و آجاله و انما اخرجوا اليك من لم يحضر أجله و من حضر أجله خلفوه في بيوتهم و من ثم يقتل من أصحابك و لا يقتل منهم أحد، قال داود عليه السلام رب على ما ذا علمتهم قال على مجاري الشمس والقمر والنجوم وساعات الليل والنهار قال: فدعا الله عز وجل فحبس الشمس عليهم فزاد في النهار واختلطت الزيادة في الليل والنهار و لم يعرفوا قدر الزيادة فاختلط حسابهم قال على عليه السلام: فمن ثم كره النظر في علم النجوم «١».

و في البحار أيضا عن الكافي بالاسناد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن النجوم فقال: لا يعلمها الا أهل بيت من العرب و أهل بيت من الهند «٢» و بالاسناد عن محمد بن سالم قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: قوم يقولون النجوم اصح من الرؤيا و كان ذلك صحيحا حين لم يرد الشمس على يوشع بن نون و أمير المؤمنين عليه السلام فلما رد الله الشمس عليهما أضل فيها علماء النجوم. «٣» و خبر يونس قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام جعلت فداك، اخبرني عن علم

(١) البحار، ج ٥٨، ص ٢٣٦، نقلا عن فرج المهموم مع اختلاف.

(٢) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٣) البحار، ج ٥٨، ص ٢٤٢، حديث

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٣٢

النجوم ما هو قال: علم من علوم الانبياء، فقلت كان على بن أبي طالب يعلمه، قال: كان اعلم الناس به الخبر «١».

و خبر ريان بن الصلت، قال: حضر عند أبي الحسن الرضا عليه السلام الصباح بن نصر الهندي و سأله عن علم النجوم، فقال: هو علم في أصله) أصل (حق و ذكروا ان اول من تكلم به في النجوم إدريس عليه السلام و كان ذو القرنين به ماهرا، و أصل هذا العلم من الله «٢» و عن معلى بن خنيس قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النجوم أحق هي؟ قال: نعم. ان الله بعث المشتري الى الارض في صورة رجل فأتى رجلا من العجم فعلمه «٣» بلد العجم فعلمهم (فلم يستكلموا ذلك فأتى بلد الهند فعلم رجلا منهم فمن هناك صار علم النجوم بها، و قد قال قوم هو علم من علوم الانبياء خصوا به لاسباب شتى، فلم يستدرك المنجمون الدقيق منها فشاب الحق بالكذب الى غير ذلك مما يدل على صحة علم النجوم في نفسه، و أما ما دل على كثرة الخطأ و الغلط في حساب المنجمين فهي كثيرة، منها ما تقدم في الروايات السابقة مثل قوله عليه السلام في الرواية الاخيرة فشاب الحق بالكذب، و قوله عليه السلام ضل فيها علماء النجوم و قوله عليه السلام في تخطئه ما ادعاه المنجم من ان زحل عندنا كوكب نحس، و انه كوكب أمير المؤمنين عليه السلام و الاوصياء و تخطئه أمير المؤمنين للدهقان الذي حكم بالنجوم بنحوسه اليوم الذي خرج فيه أمير المؤمنين عليه السلام.

و منها خبر عبد الرحمن بن سيابة، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام جعلت فداك أن الناس يقولون ان النجوم لا يحل النظر فيها و هي تعجبنى فان كانت يضر بديني فلا حاجة لي في شيء يضر بديني و إن كانت لا تضر بديني فوالله اني لأشتهيها و اشتهي النظر اليها، فقال: ليس كما يقولون لا تضر بدينك، ثم قال: انكم تنظرون في شيء كثيرة لا يدرك و قليله لا ينفع) ينتفع به (الخبر) «٤».

و منها خبر هشام قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام كيف بصرك بالنجوم، قلت:

(١) البحار، ج ٥٨، ص ٢٣٥، حديث ١٥.

(٢) البحار، ج ٥٨، ص ٢٤٥، حديث ٢٦.

(٣) الى هنا الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٤) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به، حدى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٣٣

ما خلفت بالعراق أبصر بالنجوم منى، ثم سأله عليه السلام عن أشياء لم يعرفها، ثم قال: فما بال العسكرين يلتقيان فى هذا حاسب، و فى ذلك حاسب فيحسب هذا لصاحبه بالظفر و يحسب هذا لصاحبه بالظفر فيلتقيان فيهزم أحدهما الآخر فأتين كانت النجوم، قال: فقلت و الله ما أعلم ذلك، فقال: صدقت أن أصل الحساب حق و لكن لا يعلم ذلك الا من علم مواليد الخلق كلهم «١».

و منها المروى فى الاحتجاج عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث ان زنديقا قال له: ما تقول فى علم النجوم قال عليه السلام: هو علم قلت منافعه و كثرت مضاره لانه لا يدفع به المقذور و لا يتقى به المحذور، ان خبر المنجم بالبلاء لم ينجبه التحرز عن القضاء و ان اخبر هو بخير لم يستطع تعجيله و ان حدث به سوء لم يمكنه صرفه و المنجم يضاد الله فى علمه بزعمه انه يرد قضاء الله عن خلقه، الخبر «٢» الى غير ذلك من الاخبار الدالة، على ان ما وصل اليه المنجمون اقل قليل من أمارات الحوادث من دون وصل الى معارضاتها، و من تتبع هذه الاخبار لم يحصل له ظن بالاحكام المستخرجة عنها فضلا عن القطع، نعم قد يحصل من التجربة المنقولة خلفا عن سلف الظن بل العلم بمقارنة حادث من الحوادث لبعض الاوضاع الفلكية، فالاولى التجنب عن الحكم بها و مع الارتكاب فالاولى الحكم على سبيل التقريب و انه لا يبعد ان يقع كذا عنه كذا و الله المسدد.

تعلم علم النجوم

الموضع الثالث: فى تعلم هذا العلم، فقد أطال المحقق المجلسى الكلام فى المقام، و استدلل على حرمة التعلم و النظر فى علم النجوم بنصوص كثيرة غير دالة، و ملخص القول فيه: ان ما استدلل به على حرمة النظر فيها و تعلم علمها على أقسام:

الاول: ما تضمن ذم المنجم المتقدم.

الثانى: ما يكون ضعيف السند مثل ما رواه الصدوق بسند فيه ضعف فى محكى الخصال عن الامام الباقر عليه السلام عن آبائه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن خصال، و ساق الحديث الى ان قال: و عن النظر فى النجوم «٣».

(١) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٠.

(٣) الوسائل، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٣٤

الثالث: ما فى نهج البلاغة «١» قال عليه السلام: ايها الناس اياكم و تعلم النجوم الا ما يهتدى به فى بر او بحر فانها تدعوا الى الكهانة المنجم كالكاهن و الكاهن كالساحر، و الساحر كالكافر، و الكافر فى النار، سيروا على اسم الله و عونه.

و لا يصح الاستدلال بشيء منها.

اما الاول فلما مر من انه محمول على المعتقد بما يخالف أصلا من أصول الاسلام أو ضروريا من ضروريات الدين و أجنبى عن المقام.

و أما الثانى: فلضعف السند.

و أما الثالث: فلو سلم ظهوره فى المنع مطلقا يتعين صرفه عن ظاهره لما دل من النصوص المعتبرة و غير المعتبرة على الجواز كحسن عبد الملك المتقدم.

و صحيح ابن ابي عمير قال: كنت انظر فى النجوم و اعرفها و اعرفها و اطالع فيدخلنى من ذلك شىء فشكوت ذلك إلى ابي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام فقال: اذا وقع فى نفسك شىء فتصدق على أول مسكين ثم أمض فإن الله يدفع عنك «٢».

و ما رواه المجلسى قدس سره عن السيد ابن طاوس عن عبد الله بن جعفر الحميرى عن محمد و هارون ابني ابي سهيل: انهما كتبا الى ابي عبد الله عليه السلام ان أبانا وجدنا كان ينظر فى النجوم فهل يحل النظر فيها؟ قال عليه السلام: نعم و نحوها غيرها «٣».

فلا يظهر وفاقا لجمع من الاساطين، جواز تعلم علم النجوم، و النظر فيه من غير إذعان بما يوجب خلاف أصل من أصول الاسلام، و خلاف ما ثبت من الشرع الاقدس.

و بما ذكرناه مفصلا ظهر ما فى كلمات الشيخ الاعظم قدس سره فلا حاجة إلى إطالة البحث فيها.

(١) نهج البلاغة، ص ١٠٥، خطبة ٧٩.

(٢) الوسائل، باب ١٥، من أبواب آداب السفر الى الحج و غيره، حديث ٣.

(٣) المستدرک، باب ٢١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٣٥

السابعة: حفظ كتب الضلال حرام فى الجملة

إشارة

بلا خلاف (١) كما فى التذكرة، و عن المنتهى و يدل عليه مضافا الى حكم العقل بوجوب قطع مادة الفساد (٢) و الذم

حرمة حفظ كتب الضلال

(١) قوله السابعة: حفظ كتب الضلال حرام فى الجملة بلا خلاف.

تنقيح القول فى المقام بالبحث فى مواضع:

الاول: فى حكمه التكليفى و أنه هل هو حرام أم لا.

الثانى: فيما استثنوه فى المسألة من الحفظ للنقض، و الاحتجاج على أهلها، أو الاطلاع على مطالبهم لتحصل به التقيية أو غير ذلك.

الثالث: فى تنقيح الموضوع و المتعلق.

الرابع: فى حكم المعاملة الواقعة عليها.

أما الموضوع الاول: فقد استدل للحرمة بوجوه:

(٢) الاول: حكم العقل بوجوب قطع مادة الفساد.

و أورد عليه الاستاذ الاعظم: بأن منشأ حكمه ان كان هو قبح الظلم بدعوى ان حفظ هذه الكتب ظلم، فيرد عليه: انه لا دليل على وجوب دفع الظلم فى جميع الموارد، و الا لوجب على الله تعالى المنع عن الظلم تكويناً، مع انه تعالى هو الذى أقدر الانسان على فعل الخير و الشر، و إن كان مدرك حكمه وجوب الاطاعة و حرمة المعصية لأمره تعالى بقطع مادة الفساد، فلا دليل على ذلك إلا فى موارد خاصة.

و فيه انه: لو سلم كون الحفظ ظلماً، لا وجه لمنع قبحه و حرمة، إذ قبح الظلم من الاحكام العقلية التى يستحيل تخلفها عن موضوعاتها، إذ كل عنوان حكم عليه بالقبح لا بد و أن يكون بنفسه محكوماً به، أو بما هو منته الى ما هو كذلك، و عنوان الظلم من العناوين التى بأنفسها يحكم عليها بالقبح، و عليه فمع حفظ عنوان الظلم عدم قبحه خلف لا يمكن الالتزام به.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٣٦

المستفاد من قوله تعالى) و من الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله (١)

و أيضاً لا ريب فى ان هذا الحكم من العقل، سواء أ كان بمعنى ادراك العقل وجود المفسدة الالزامية فيه، أم كان بمعنى بناء العقلاء على ذم فاعله لما فيه من المفسدة النوعية مخلتة بالنظام من الاحكام العقلية الواقعة فى سلسلة علل الاحكام، فبالملازمة يستكشف حرمة، فالالتزام بكون الحفظ ظلماً، مع عدم حرمة و عدم وجوب دفعه غريب.

و أغرب منه، ما ذكره من انه لو وجب ذلك، لوجب على الله تعالى المنع عن الظلم تكويناً، إذ يرد عليه:

أولاً: ان المدعى كون الحفظ بنفسه ظلماً فيحرم، و النقض بأنه لو كان كذلك لزم على الله المنع من ان يظلم شخص على آخر تكويناً غير مربوط بالاستدلال كما هو واضح.

و ثانياً: انا نمنع كون كل و احب عقلى واجبا على الله تعالى.

فالصحيح فى الجواب عن هذا الوجه ان يقال: ان مدرك حكمه ان كان هو قبح الظلم، فيرد عليه منع كون حفظ هذه الكتب ظلماً، و إن كان هو استقلال العقل بوجوب دفع المنكر الذى منه ما نحن فيه على ما صرح به المحقق الاردبيلى قدس سره فيرد عليه ما تقدم من عدم استقلال العقل بقبح ترك النهى عن المنكر، فضلاً عن دفعه، و انه يكفى فى اللطف

الواجب الترهيب الصادر عن الشارع المقدس فراجع.

نعم الفساد الموجب لإحياء الباطل و تشييده يجب دفعه بحكم العقل، و إن شئت قلت: ان العقل مستقل بقبح القاء الفساد و عليه فيحرم تأليف كتب الضلال.

(١) الوجه الثانى: قوله تعالى) و من الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله (١).

(١) لقمان

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٣٧

و الامر بالاجتناب (١) عن قول الزور

و تقريب الاستدلال به: ان المراد بالاشترء مطلق الاخذ و التسلط و لو بغير الشراء كما يشهد له ما دل على ان الغناء من لهو الحديث «١» و ما دل على انه هو الطعن فى الحق و الاستهزاء به «٢».

و فيه انه ان أريد من الاشترء معناه الكنائى، فالظاهر انه ليس هو الاخذ و التسلط، بل هو التحدث به، و عليه فهو داخل فى الاضلال عن سبيل الهل بسبب التحدث بلهو الحديث، و هذا لا ريب فى حرمة، و لكنه اجنبى عما هو محل الكلام، و إن أريد منه معناه الحقيقى فهو يدل على حرمة اشترء كتب الضلال.

و يشهد لإرادة ذلك منه ما دل على ورود الآية الشريفة فى الضر بن الحارث الذى كان يسافر الى بلاد العجم، و كان يشتري كتبها أحاديث الفرس من حديث رستم و غيره و كان يلهمى الناس بذلك ليصدهم عن سماع القرآن. و دعوى انه و إن دل على حرمة الاشترء إلا أنه يدل على حرمة الابقاء و الحفظ بتنقيح المناط.

مندفعة بأنه لا ملازمة بين حرمة الاشترء و حرمة الحفظ، و بعبارة أخرى: لا ملازمة بين حرمة الحدوث و حرمة البقاء كما مر مفصلا فى مبحث اقتناء الصور المحرمة، مع انه انما يدل على الحرمة إذا كان الاشترء للاضلال، فلو دل على ما هو محل الكلام فانما يدل على حرمة الابقاء بقصد ترتب الضلال عليه، و لا يشمل الابقاء مع العلم بعدم ترتب الضلال عليه او احتمال ذلك.

(١) الوجه الثالث: الآية الشريفة) و اجتنبوا قول الزور «٣».

و تقريب الاستدلال بها على ما ذكره المحقق الشيرازى قدس سره: ان قول الزور و إن كان ظاهرا فى نفسه فى التكلم بالباطل، إلا انه بعد ما فسرت الآية الشريفة فى الاخبار باستماع الغناء، يعلم ان المراد به أعم من تكلم نفسه و تكلم غيره به، و حينئذ يستفاد منها لزوم الاجتناب عن كتبه.

(١) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الحج،

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٣٨

قوله عليه السلام فيما تقدم من رواية تحف العقول، انما حرم الله تعالى الصناعة التى يجئ منها الفساد محضا الخ (١) بل قوله عليه السلام قبل ذلك: او ما يقوى به الكفر و الشرك فى جميع وجوه المعاصى أو باب يوهن به الحق الى آخره (٢).

و بعبارة أخرى: المستفاد منها الاجتناب عن مطلق الباطل قولا كان او كتابة.

و فيه: اولاً: ان صدق قول الزور على الكتابة ممنوع، و دعوى تنقيح المناط كما ترى.

و ثانياً: ان المأمور به فى الآية الشريفة ترك ايجاد كل ما يصدق عليه قول الزور و لو كان هى الكتابة، لا ترك الموجود منه بمعنى إعدامه، و لذا ترى انه لم يفت أحد بوجوب إعدام الكتب التى فيها الاكاذيب و المجعولات، مع ان قول الزور فسر فى بعض النصوص بالكذب.

(١) الوجه الرابع: قوله عليه السلام فى خبر تحف العقول: انما حرم الله تعالى الصناعة التى حرام كلها التى يجئ منها الفساد محضا- الى قوله- و ما يكون منه و فيه الفساد محضا و لا يكون منه و فيه شىء من وجوه الصلاح، فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الاجرة عليه و جميع التقلب فيه «١». بدعوى انه يدل على ان الصناعة المحرمة- و هى التى من شأنها ترتب الفساد عليها محضا- يحرم جميع التقلب فيها، و كتب الضلال بما انها من شأنها ذلك يحرم التقلب فيها، و منه حفظها. و فيه: اولاً: قد تقدم ان الخبر ضعيف السند لا يعتمد عليه.

و ثانيا: انه يدل بعد الغاء الخصوصية على حرمة التقلب في كل ما هو منشأ للفساد،
و لا يدل على حرمة التقلب في المصنوع، و ما هو الموجود مما هو منشأ للفساد.
و ثالثا: صدق التقلب على الحفظ ممنوع.

(٢) الوجه الخامس: قوله عليه السلام في الخبر: او يقوى به الكفر و الشرك في جميع وجوه المعاصي أو باب يوهن به الحق فهو حرام
محرم بيعه و شرائه و إمساكه «٢».

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٣٩

و قوله عليه السلام في رواية عبد الملك المتقدمة حيث شكا الى الصادق عليه السلام إنني ابتليت بالنظر الى النجوم، فقال عليه السلام:
أ تقضى، قلت: نعم، قال: أ حرق كتبك (١) بناء على ان الامر للوجوب دون الارشاد للخلاص من الابتلاء بالحكم بالنجوم.

و يرد عليه: مضافا الى ضعف السند، ما تقدم سابقا من عدم شموله لغير الكفر و الالحاد من أفراد الضلال.

و أما ما ذكره الاستاذ الاعظم من أن الحفظ ليس تقوية للكفر و إهانته للحق.

فغريب، إذ الخبر يدل على حرمة إمساك شيء يكون كذلك، و معلوم ان كتب الضلال مع قطع النظر عما ذكرناه تكون كذلك
فيحرم إمساكها و حفظها.

(١) الوجه السادس: حسن عبد الملك «١» المتقدم في مبحث التنجيم، حيث شكا عن ابتلائه بالنجوم فقال عليه السلام: أ تقضى؟ قال:
قلت: نعم قال عليه السلام: أ حرق كتبك. بدعوى ان الامر للوجوب لا الإرشاد.

و فيه: ان التفصيل بين القضاء و عدمه، قرينة لحمل الامر على الارشاد، و إن شئت قلت: انه بمقتضى التفصيل القاطع للشركة يدل على
جواز الحفظ مع القضاء.

الوجه السابع الاجماع.

و فيه: أولا: انه غير ثابت، و أفتى صاحب الحقائق قدس سره بعدم الحرمة.

و ثانيا: ان المتيقن منه ما يترتب عليه الأضلال.

و ثالثا: انه ليس إجماعا تعبديا لاحتمال استناد المجمعين الى الوجوه المتقدمة.

الوجه الثامن: ما دل على وجوب جهاد أهل الضلال و اضعافهم بكل ما يمكن بدعوى انه يدل على لزوم تدمير مذهبهم بتدمير أهله، و
بالاولى تدمير ما يقتضى قوته.

و فيه: ان الحفظ خصوصا إذا كان غرض الحافظ عدم وقوع الكتب في أيدي الناس لتصلهم لا يقتضى قوة مذهبهم.

(١) الوسائل، باب ١٤، من أبواب السفر الى الحج و غيره، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٤٠

و مقتضى الاستفصال في هذه الرواية (١) انه إذا لم يترتب على إبقاء كتب الضلال مفسدة لم يحرم و هذا أيضا مقتضى ما تقدم من
إناطة التحريم بما يجى منه الفساد محضا.

و بعبارة أخرى: نفس وجود الكتب لا يوجب تقوية مذهبهم، فلا يجب تدميرها، مع ان المراد من أهل الضلال ليس كل من يعتقد باطلا كما هو واضح، مع ان الاولوية ممنوعة. فتحصل: انه لا دليل على حرمة حفظ كتب الضلال من حيث هو، نعم لو ترتب عليه الاضلال حرم من جهة حرمة إضلال الناس عن الحق.

بقي في المقام فرعان ذكرهما المصنف قدس سره في المقام:

(١) احدهما ما ذكره بقوله و مقتضى الاستفصال في هذه الرواية.

و حاصله انه على فرض وجود الدليل على حرمة الحفظ هل يعتبر فيها ترتب مفسدة عليه أم لا؟ اختار المصنف الاول.

و استدلل له: بحسن عبد الملك، و خبر تحف العقول.

و فيه: ان هذا يناهض ما ذكره تبعا للقوم، في مسألة بيع ما لا يقصد منه إلا الحرام،

حيث استدلوا بخبر تحف العقول على الحرمة، و لم يعتبروا فيها ترتب الفساد فعلا، و بنوا على انه يدل على حرمة بيع ما لا منفعة له الا الحرام، و إن لم يترتب على هذا البيع تلك الفائدة.

و لازم ذلك البناء على حرمة الحفظ في المقام و إن لم يترتب عليه مفسدة.

و الظاهر ان ما ذكره هناك هو المستفاد من الخبر بقريته إطلاق ما فيه من الامثلة،

و مقابلة هذه الجملة بالجملة السابقة الواردة في بيان ما يصح بيعه بما فيه الصلاح و المنافع.

نعم على فرض دلالة حسن عبد الملك على حرمة الحفظ الاستدلال به تام.

لكنك عرفت ما فيه.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ١، ص: ٣٤١

نعم، المصلحة الموهومة او المحققة النادرة لا اعتبار بها (١) فلا يجوز الابقاء بمجرد احتمال ترتب مصلحة على ذلك مع كون الغالب ترتب المفسدة و كذلك المصلحة النادرة الغير المعتد بها، و قد تحصل من ذلك ان حفظ كتب الضلال لا يحرم الا من حيث ترتب مفسدة الضلالة قطعا أو احتمالا قريبا، فإن لم يكن كذلك او كانت المفسدة المحققة معارضة بمصلحة أقوى أو عارضت المفسدة المتوقعة مصلحة أقوى أو أقرب وقوعا منها، فلا دليل على الحرمة الا أن يثبت اجماع أو يلتزم بإطلاق عنوان معقد نفى الخلاف الذي لا يقصر عن نقل الاجماع.

(١) الثاني: ما ذكره قدس سره بقوله) نعم المصلحة الموهومة أو المحققة النادرة لا اعتبار بها فلا يجوز الابقاء ... الخ .)

هلصحمو: انه إذا ترتبت مصلحة على الحفظ أقوى من المفسدة المترتبة عليه لا يحرم الحفظ.

و فيه: ان المدرك لهذا ان كان هو خبر تحف العقول الدال على ان المحرم هو ما فيه الفساد محضاً، فيرد عليه: مضافا الى انه لا مفهوم له كي يوجب تقييد سائر الأدلة انه انما يدل على عدم الحرمة مع كونه مما ترتب عليه مصلحة، و لو لم تكن أقوى، بل و لو كانت اضعف، فلا وجه لاعتبار الاقوائية.

و إن كان هو مزاحمة المصلحة للمفسدة التي هي منشأ الحرمة، فيرد عليه: انه لا بد و أن تكون المصلحة المزاحمة مما يجب تحصيله، و تكون أهم كي تقدم على المفسدة، و لا تكون المفسدة منشأ للحرمة، و إن كان هو عدم عموم لدليل الحرمة، فترفع اليد عنه بمجرد وجود مصلحة، فلازمه البناء على عدم الحرمة مع وجود المصلحة و لو كانت أضعف مع انه على فرض دلالة ما تقدم على الحرمة، يكون مطلقا و شاملا للصورتين.

و مما ذكرناه ظهر ما يمكن ان يكون مدركا لما استثنوه و ما يرد عليه، فلا نطيل بالاعادة و المصنف يشير إليه في آخر المسألة.

فلا مورد للبحث في الموضوع الثاني.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٤٢

و حينئذ فلا بد من تنقيح هذا العنوان (١) و ان المراد ما يكون باطلا في نفسه فالمراد الكتب المشتملة على المطالب الباطلة (٢) أو ان المراد به مقابل الهداية فيحتمل ان يراد بكتبه ما وضع لحصول الضلال، و ان يراد ما أوجب الضلال و إن كان مطالبها حقه كبعض كتب العرفاء و الحكماء المشتملة على ظواهر منكرة يدعون ان المراد غير ظاهرها، فهذه أيضا كتب ضلال على تقدير حقيقتها. ثم الكتب السماوية المنسوخة الغير المحرفة لا تدخل في كتب الضلال، و أما المحرفة كالتوراة و الانجيل على ما صرح به جماعة فهي داخله في كتب الضلال بالمعنى الاول بالنسبة إلينا حيث انها لا توجب للمسلمين بعد بداهه نسخها ضلاله، نعم توجب الضلالة لليهود و النصرارى قبل نسخ دينهما فالادلة المتقدمة لا تدل على حرمة حفظها، قال قدس سره في المبسوط في باب الغنيمه من الجهاد: فإن كان في المغنم كتب نظر و إن كانت مباحة يجوز إقرار اليد عليها مثل كتب الطب و الشعر و اللغة و المكاتبات فجميع ذلك غنيمه، و كذلك المصاحف و علوم الشريعة كالفقه و الحديث لان هذا مال يباع و يشتري و إن كانت كتبها لا يحل إمساكها كالكفر و الزندقه و ما أشبه ذلك فكل ذلك لا يجوز بيعه فإن كان ينتفع بأوعيته إذا غسل كالجلود و نحوها، فانها غنيمه و إن كانت مما لا ينتفع بأوعيته كالكاغذ فانها تمزق و لا تحرق إذ ما من كاغذ الا وله قيمه و حكم التوراة و الانجيل هكذا كالكاغذ فانه يمزق لانه كتاب مغير مبدل، انتهى.

(١) هذا هو الموضوع الثالث و الكلام فيه في موردين:

الاول في الموضوع و بيان المراد من كتب الضلال.

الثاني: في المتعلق و هو بيان المراد من الحفظ.

(٢) أما الاول فقد احتمل المصنف قدس سره ان يكون المراد بكتب الضلال الكتب المشتملة على المطالب الباطلة، فالكتب السماوية المحرفة من كتب الضلال حتى بالنسبة الى المسلمين لاشتمالها على المطالب الباطلة، و كذا تصانيف المخالفين المشتملة على تفضيل منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٤٣

و كيف كان فلم يظهر من معقد نفى الخلاف إلا حرمة ما كان موجبا للضلال و هو الذى دل عليه الادلة المتقدمة، نعم ما كان من الكتب جامعا للباطل في نفسه من دون أن يترتب عليه ضلالة لا يدخل تحت الاموال فلا يقابل بالمال لعم المنفعة المحللة المقصودة فيه (١).

الخلفاء و فضائلهم و ما شابه من كتب الضلال حتى بالنسبة الى الشيعة.

و يحتمل ان يكون المراد ما يوجب الضلال و إن كان مطالبها حقه كبعض كتب العرفاء و الحكماء المشتملة على ظواهر منكرة يدعون ان المراد غير ظاهرها.

و يحتمل أن يكون المراد ما وضع لحصول الضلال و هو قدس سره لا يختار شيئا منها.

و حق القول في المقام أن يقال ان المراد بكتب الضلال على ما هو الظاهر ما وضع لحصول الضلال في الاعتقادات او الفروع كانت مطالبها حقه في أنفسها، كبعض كتب العرفاء و الحكماء المشتملة على ظواهر منكرة يدعون ان المراد غير ظاهرها، أم لم تكن كذلك.

بل مقتضى الوجوه التي استدلت بها للحرمة ان الموضوع أعم من الكتب و غيرها مما يوجب الضلال و الغواية كالمزار و المقبرة و المدرسة و نحو ذلك.

و أما المورد الثاني: فالظاهر ان المراد بالحفظ أعم من الحفظ من التلف و الحفظ بظهر القلب، بل النسخ و المذاكرة و جميع ما له دخل في بقاء المطالب المضلة لو كان المدرك للحرمة هو حكم العقل، او الاتيان الشريفتان او خبر تحف العقول، و أما لو كان المدرك حسن عبد الملك فالظاهر ان المراد به هو الحفظ من التلف كما لا يخفى.

حكم المعاملة على كتب الضلال

(١) و أما الموضع الرابع: فملخص القول فيه: انه إن كانت لها منافع محللة يصح بيعها و شرائها سواء كان حفظها حراما أم لم يكن، أما إذا لم يكن الحفظ حراما فواضح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٤٤

مضافا الى آيتي لهو الحديث و قول الزور (١).

و أما إن كان حراما فلما تقدم من ان بيع ما له منفعتان محللة و محرمة جائز، و لا يعتبر قصد المنفعة المحللة بل يصح و إن قصد المنفعة المحرمة.

(١) و استدلال لعدم جواز البيع و الشراء: بآيتي لهو الحديث و قول الزور المتقدمتين.

و بقوله عليه السلام في خبر تحف العقول: أو يقوى به الكفر و الشرك في جميع وجوه المعاصي أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شرائه ... الخ.

و بأنه يعتبر في صحة البيع ان لا يكون البائع محجورا عن التصرف في المبيع،

ليكون له السلطنة الفعلية على التصرف فيه فإذا فرض تعلق النهي بالحفظ و وجوب الاتلاف كان النهي معجزا مولويا للمكلف عن البيع و رافعا لسلطنته عليه، و يترتب عليه فساد المعاملة.

و في الجميع نظر:

أما آية لهو الحديث: فلما تقدم من أنه على فرض إرادة المعنى الحقيقي للاشتراء منها تختص هي بما إذا كان الاشتراء للاضلال و لا تدل على الحرمة مطلقا، مع انه انما تدل الآية على الحرمة التكليفية و هي أعم من عدم الجواز و ضعا بناء على ما حققناه في محله من عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد.

و أما آية قول الزور: فلما مر من ان شمول قول الزور للكتابة ممنوع، و انه لا تشمل الآية إبقاء الكتاب لو سلم شموله لها، مضافا الى انها انما تدل على عدم الجواز تكليفا لا وضعا.

و أما الخبر فلانه ضعيف السند، مضافا الى ما تقدم من عدم شموله لغير الكفر و الالحاد من أفراد الضلال، مع انه أيضا يدل على الحرمة و لا يدل على عدم الصحة.

و أما الوجه الاخير: فلان النهي انما يدل على الزجر عن الحفظ و لا يكون متعرضا (١) لقمان، ٦.

(٢) الحج، ٣٠.

(٣) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث (١).*

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٤٥

أما وجوب إتلافها فلا دليل عليه (١) و مما ذكرنا ظهر حكم تصانيف المخالفين في الاصول و الفروع و الحديث و التفسير و أصول الفقه و ما دونها من العلوم، فان المناط في وجوب الاتلاف جريان الادلة المتقدمة، فإن الظاهر عدم جريانها في حفظ شيء من تلك الكتب الا القليل مما الف في خصوص إثبات الجبر و نحوه و اثبات تفضيل الخلفاء او فضائلهم و شبه ذلك (٢) و مما ذكرنا أيضا

يعرف وجه ما استثنوه في المسألة من الحفظ للنقض و الاحتجاج على أهلها أو الاطلاع على مطالبهم ليحصل به التقيّة أو غير ذلك، و لقد أحسن جامع المقاصد حيث قال:

ان فوائد الحفظ كثيرة و مما ذكرنا أيضا يعرف حكم ما لو كان بعض الكتاب موجبا للضلال فان الواجب رفعه و لو بمحو جميع الكتاب الا- ان يزاحم مصلحة وجوده لمفسدة وجود الضلال، و لو كان باطلا- في نفسه كان خارجا عن المالية فلو قبل بجزء من العوض المبذول يبطل المعاوضة بالنسبة اليه ثم الحفظ المحرم يراد به الاعم من الحفظ بظهر القلب و النسخ و المذاكرة و جميع ما له دخل في بقاء المطالب المضلة (٣).

لإمضاء البيع على تقدير تحققه و عدم إمضائه، مع انه قد عرفت عدم الدليل على حرمة الحفظ.

(١) قد عرفت انه لو كان المدرك لحرمة حفظ كتب الضلال حسن عبد الملك المتقدم و فيه قال عليه السلام أحرق كتبك كان مفاده و جوب الاتلاف، فتدبر.

(٢) بناء على ان المراد من كتب الضلال الكتب المشتملة على المطالب الباطلة و ان لم يوجب الضلال كان كثير منها كذلك. و لكن قد عرفت ان الظاهر ان المراد بها ما وضع لحصول الضلال في الاعتقادات او الفروع، و عليه فتلكم الكتب غير مشمولة للادلة المتقدمة.

(٣) بل عرفت ان الموضوع أعم من الكتب و غيرها مما يوجب الضلال و الغواية كالمزار و المقبرة، و المدرسة و نحوها.)* (منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٤٦

الثامنة: الرشوة حرام (١)

إشارة

و في جامع المقاصد و المسالك ان على تحريمها إجماع المسلمين و يدل عليه الكتاب (٢).

حكم الرشوة

(١) بلا خلاف و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل الظاهر ان على تحريمها إجماع المسلمين لو لم يكن من الضروريات. و قد ادرج المصنف في هذه المسألة فروعاً.

١- الرشوة موضوعاً و حكماً.

٢- حكم أخذ الحاكم للجعل من المتحاكين و موضوعه أجر القاضى.

٣- حكم الارتزاق من بيت المال.

٤- حكم الهدية، و هى ما يبذل للقاضى مجاناً.

٥- حكم أخذ المال فى مقابل غير الحكم لاصلاح أمر مباح و ما شابه.

٦- حكم المعاملة المشتملة على المحاببات كالبيع من القاضى ما يساوى عشرة دراهم بدرهم.

٧- حكم أخذ الرشوة وضعاً.

٨- اختلاف الدافع و القابض.

أما الفرع الاول، فالكلام فيه فى موردين:

الاول فى حكم الرشوة تكليفا، و قد عرفت ان التحريم لو لم يكن ضروريا كان عليه إجماع المسلمين و يشهد به مضافا الى ذلك ما فى المتن.

(٢) قال و يدل عليه الكتاب و مراده به الآية الشريفة) و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل و تدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم (فإنها تدل على ان ادلاء المال الى الحكام لابطال الحق، او لاقامة الباطل حرام، و قد عرفت ان هذا هو الرشوة و هى و إن دلت بالمطابقة على حرمة الاعطاء الا انها تدل على حرمة الاخذ أيضا بالملازمة.

و أورد المحقق الايروانى قدس سره على الاستدلال بها: بأنه يحتمل قريبا أن يكون المراد ادلاء المال المتنازع فيه اليهم الحاصل ذلك برفع الخصومات اليهم فيأكلوا مقدارا من ذلك المال و يحكموا لغير مستحقه فى مقدار آخر.

و فيه: ان هذا الاحتمال مندفع بإطلاق قوله و تدلوا بها الى الحكام فإنه لو لم يكن (١) البقرة، (١٨٨).*)

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٤٧

و السنة (١) و فى المستفيضه انها كفر بالله العظيم أو شرك.

ففى رواية الاصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: ايما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه، و إن أخذ هديء كان غلولا و إن أخذ رشوة فهو شرك.

و عن الخصال فى الصحيح عن عمار بن مروان قال: كل شىء غل من الامام فهو سحت، و السحت أنواع كثيرة منها ما أصيب من أعمال الولاة الظلمة، و منها أجور القضاة و أجور الفواجر و ثمن الخمر و النيذ المسكر و الربا بعد البيئه، و أما الرشاء فى الاحكام يا عمار فهو الكفر بالله العظيم، و مثلها رواية سماعة عن أبى عبد الله عليه السلام.

ظاهرا فى كون ما يدفع اليهم مال المعطى لا ريب فى إطلاقه.

و أما نزولها فى خصوص أموال اليتامى و الوديعه و المال المتنازع فيه، فلا يصلح دليلا على عدم عموم الحكم لغير تلك الموارد بعد اطلاق الآية الشريفة.

(١) و يشهد به مضافا الى الكتاب و الاجماع و إلى ما دل من الأدلة الاربعه على حرمة الحكم بالباطل و القضاء مع الجهل بالمطابقة للواقع، بضميمة ما دل على عدم جواز أخذ المال بإزاء العمل المحرم.

ما فى المتن قال و السنة و فى المستفيضه انها كفر بالله العظيم او شرك كقوله عليه السلام فى خبر الاصبغ «١» المذكور فى المتن، و إن أخذ رشوة فهو شرك و فى صحيح عمار «٢» و أما الرشاء فى الاحكام يا عمار فهو الكفر بالله العظيم، و مثله رواية سماعة «٣» و نحوها غيرها.

موضوع الرشوة

أما موضوعها فقد اختلفت كلمات اللغويين و الفقهاء فى تحقيق مفهومها، و مجموع ما قيل فى ذلك أمور:

(١) الوسائل، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٠.

(٢) الوسائل، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

(٣) الوسائل، باب ٨، من أبواب آداب القاضى حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٤٨

و فى رواية يوسف بن جابر لعن رسول الله صلى الله عليه و آله من نظر إلى فرج امرأة لا تحل له و رجلا خان اخاه فى امرأته و رجلا

احتاج الناس اليه لفقّه فسألهم الرشوة (١).

الاول: ما عن القاموس من تفسيرها بالجعل.

الثاني: ما اختاره الاستاذ الأعظم و هو: ان الرشوة ما يعطيه أحد الشخصين للآخر لإحقاق حق، او تمشية باطل، او للتملق، او الوصلة الى الحاجة بالمصانعة، او في عمل لا يقابل بالاجرة و الجعل عند العرف و العقلاء و إن كان محطاً لنظرهم.

الثالث: ما عن حاشية الارشاد و هو: ان الرشوة ما يبذله المتحاكمان من المال للحاكم سواء كان للقضاء و تصدى فصل الخصومة أم كان للحكم بالواقع او لنفسه.

الرابع: ما نسب الى جماعة و هو: ان الرشوة ما يبذله أحد المتحاكمين للحاكم ليحكم له حقا كان او باطلا.

الخامس: انها ما يبذل ليحكم بالواقع لنفسه كان او لغيره.

السادس: ما عن المجمع و هو القدر المتيقن من مفهومها و هو الجعل على الحكم بالبطل.

أما الاول: فيرد عليه ان لازم ذلك كون أجره الاجراء و الجعل في مثل قول القائل:

من رد عبيد فله كذا من الرشوة، و هذا مما لا يصح التفوه به.

و أما الثاني: فقد استشهد له بكلمات بعض اللغويين و باستعمالها فيما اعطى للحق في الصحيح عن الرجل يرشوا الرجل الرشوة على ان يتحول من منزله فيسكنه قال عليه السلام: لا بأس به «١» بدعوى ان الاصل في الاستعمال الحقيقة.

و بقوله عليه السلام في صحيح عمار: و أما الرشا في الحكم «٢» و قريب منه ما في غيره،

بدعوى انه لو لم يكن مفهوم الرشوة عاما لغير الاحكام لزم الغاء التقييد.

(١) و بقوله عليه السلام في خبر يوسف بن جابر: المذكور في المتن «٣».

(١) الوسائل، باب ٨٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٨، من أبواب آداب القاضي، حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٤٩

...

و بقوله عليه السلام في خبر يوسف بن جابر: المذكور في المتن «١».

بتوهم انه يشمل ما يدفع لبذل الفقه من القضاة و التدريس و نحوهما و ما يدفع لاجل تصدى ما هو من وظائف الفقيه كحفظ مال الصغير و الغائب و غيره، أما شموله للاول فواضح، و أما شموله للثاني فلصدق الاحتياج اليه لفقّه على ان يكون الفقه واسطة في الثبوت.

و في الجميع نظر:

أما الاول: فلان قول اللغويين ليس بحجة، لا سيما في صورة اختلافهم في تعيين المفهوم.

و أما الثاني: فلان أصالة الحقيقة انما يرجع اليها لتشخيص المراد، لا لتعيين الموضوع له بعد معلومية المراد.

و أما الثالث: فلان ذكر القيود التوضيحية لا سيما في صورة إجمال المقيد مفهوم غير عزيز.

و أما الرابع: فلانه لا يكون في مقام بيان موضوع الرشوة، فعلى فرض كونه هو ما كان بإزاء الحكم بالبطل لا يكون عموم الصدر قرينة

على إرادة المعنى العام من الرشوة،

بل المستفاد من الخبر حينئذ: هو ان الملعون الصنف الخاص من الرجل الذى احتاج الناس اليه لفقده.

و أما سائر الوجوه- غير الوجه الاخير الذى هو القدر المتيقن- فلم يذكروا لشيء منها ما يعينه، فالمتيقن هو القول السادس.

و لكن الانصاف ان دعوى شمولها لما يدفع بإزاء الحكم للباذل مع جهله سواء طابق الواقع أم لا.

قريبة جدا كما ان دعوى عدم شمولها بحسب المتفاهم العرفى لما يبذل بإزاء الحكم له بالحق مع العلم فضلا عما يبذل بإزاء الحكم بالواقع لنفسه أو لغيره.

قوية جدا.

(١) الوسائل، باب ٨، من أبواب آداب القاضى، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٥٠

و ظاهر هذه الرواية سؤال الرشوة لبذل فقهه فيكون ظاهرا فى حرمة أخذ الرشوة للحكم بالحق (١) او للنظر فى أمر المترافعين ليحكم بعد ذلك بينهما بالحق من غير أجره و هذا المعنى هو ظاهر تفسير الرشوة فى القاموس بالجعل و إليه نظر المحقق الثانى حيث فسر فى حاشية الارشاد الرشوة بما يبذله أحد المتحاكمين.

و ذكر فى جامع المقاصد ان الجعل من المتحاكمين للحاكم رشوة و هو صريح الحلّى أيضا فى مسألة تحريم أخذ الرشوة مطلقا و اعطائها الا- إذا كان على إجراء حكم صحيح فلا- يحرم على المعطى هذا، و لكن عن مجمع البحرين قلما يستعمل الرشوة الا- فيما يتوصل به الى ابطال حق أو تمشية باطل.

و عن المصباح هى ما يعطيه الشخص للحاكم او غيره ليحكم له او يحمله على ما يريد.

و عن النهاية انها الوصلة الى الحاجة بالمصانعة و الراشى الذى يعطى ما يعينه على الباطل و المرتشى الاخذ و الرأش هو الذى يسعى بينهما ليزيد (ليستزيد) لهذا و ينقص لهذا و مما يدل على عدم عموم الرشا لمطلق الجعل على الحكم ما تقدم فى رواية عمار بن مروان من جعل الرشوة فى الحكم مقابلا- لأجور القضاة خصوصا بكلمة أما نعم لا يختص بما يبذل على خصوص الباطل بل يعم ما يبذل لحصول غرضه و هو الحكم له حقا كان او باطلا و هو ظاهر ما تقدم عن المصباح و النهاية و يمكن حمل رواية يوسف بن جابر على سؤال الرشوة للحكم للراشى حقا أو باطلا أو يقال إن المراد الجعل فاطلق عليه الرشوة تأكيدا للحرمة.

صورة و جوب القضاء عليه خارجة عن محل النزاع، بمعنى ان فيها بحثا آخر و هو جواز أخذ الاجرة على الواجب و عدمه، و سيأتى الكلام فى ذلك مفصلا.

و أما فى صورة عدم التعيين فمقتضى العمومات كنجارة عن تراض و أوفوا بالعقود و غيرهما جوازه و عدم المنع عنه لكونه عملا محترما.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٥١

و منه يظهر حرمة أخذ الحاكم للجعل من المتحاكمين مع تعيين الحكومة عليه (١) كما يدل عليه قوله عليه السلام احتاج الناس اليه لفقده (٢) و المشهور المنع مطلقا بل فى جامع المقاصد دعوى النص و الاجماع و لعله لحمل الاحتياج فى الرواية على الاحتياج الى نوعه و لإطلاق ما تقدم فى رواية عمار بن مروان من جعل أجور القضاة من السحت (٣) بناء على ان الاجر فى العرف يشمل الجعل، و إن كان بينهما فرق عند المشرعة.

و أما الآية الشريفة المتقدمة فلا تشمل المقام لاختصاصها بالحكم بالباطل كما لا يخفى.
و أما نصوص الرشوة فقد مر انها مختصة بغير المقام لعدم صدق الرشوة على ما يؤخذ للحكم بالحق.
و أما ما استدل به لحرمة أخذ الاجرة على القضاء فسيأتى التعرض له فى المسألة الثانية، و ستعرف انه لا دليل عليها، مع انه لو سلم ذلك كون المراد به الاجرة و ما يأخذه فى مقابل الحكم غير ثابت، إذ يحتمل أن يكون المراد به ما يأخذه فى مقابل تقلد منصب القضاء.

أجور القضاء

(١) هذا هو ثانى الفروع التى ذكرها المصنف فى المقام و موضوعه أجر القاضى.
و الاقوال فيه ثلاثة: الاول ما نسب الى المشهور و هو المنع مطلقا.
الثانى: ما هو المنسوب الى المقنعة و القاضى و هو الجواز كذلك.
الثالث: ما هو المنسوب الى العلامة قدس سره فى المختلف و هو التفصيل بين ما لو كان القضاء واجبا عينيا او كان القاضى غنيا، فالمنع و بين ما لو لم يكن واجبا عليه عينا فالجواز.
(٢) و استدل للاول: بخبر يوسف بن جابر المتقدم، بدعوى ان المراد من قوله عليه السلام فسألهم الرشوة مطلق الجعل فى مقابل الحكم و لو كان بالحق، أما لانها حقيقة فيه او انه اطلق عليه الرشوة تأكيدا للحرمة، و ان ظاهر قوله عليه السلام احتاج الناس اليه الاحتياج الى نوعه لا الى شخصه.
(٣) و بصحيح عمار التقدم: و السحت أنواع كثيرة منها ما أصيب من أعمال منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٥٢
و ربما يستدل على المنع بصحيفة ابن سنان، قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين فريقين يأخذ على القضاء الرزق من السلطان قال عليه السلام: ذلك السحت (١) و فيه ان ظاهر الرواية كون القاضى منصوبا من قبل السلطان، الظاهر بل الصريح فى سلطان الجور (٢) إذ ما يؤخذ من العادل لا يكون سحتا قطعا و لا شك ان هذا المنسوب غير قابل للقضاء فما يأخذه سحت من هذا الوجه و لو فرض كونه قابلا- للقضاء لم يكن رزقه من بيت المال أو من جائزة السلطان محرما قطعا، فيجب إخراجه عن العموم الا ان يقال: ان المراد الرزق من غير بيت المال (٣) و جعله على القضاء بمعنى المقابلة قرينه على إرادة العوض و كيف كان

الولاية الظلمة. و منها أجور القضاء. بناء على ان الاجر فى العرف يشمل الجعل و نحوه ما عن الجعفرىات.
إذ فيه: انه جعل من السحت أجر القاضى.

(١) و بقوله فى حسن ابن سنان المذكور فى المتن ذلك السحت «١».

و أورد عليه المصنف بايرادين:

(٢) الاول ان ظاهره كون القاضى منصوبا من قبل السلطان الجائر.

الثانى: ان المبدول له هو الرزق من بيت المال، و هو غير ما نحن فيه.

(٣) و أجاب عنهما بقوله قدس سره الا أن يقال ان المراد الرزق من غير بيت المال.

هـ لصحمو: حمل القاضى على ارادة من يشمل من هو قابل فى نفسه للتصدى و حمل الرزق من السلطان على ما يبذل من غير بيت المال بإزاء القضاء بقرينه كلمة (على) الدالة على المقابلة.

و فى الجميع نظر.

أما الاول: فلان الرشوة قد مر عدم شمولها لما يبذل بإزاء الحكم بالحق، بل هي مختصة بما يبذل بإزاء الحكم بالبطل أو الحكم للباذل مع الجهل بالمطابقة للواقع.

(١) الوسائل، باب ٨، من أبواب آداب القاضى، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٥٣

فالاولى فى الاستدلال على المنع ما ذكرنا خلافا لظاهر المقنعة والمحكى عن القاضى من الجواز، ولعله للاصل و ظاهر روايه حمزة بن حمران، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من استأكل بعلمه افتقر، قلت: ان فى شيعتك قوما يتحملون علومكم و يثونها فى شيعتكم فلا يعدمون منهم البر و الصلة و الاكرام فقال عليه السلام: ليس اولئك بمستأكلين انما ذاك الذى يفتى (قضى) بغير علم و لا هدى من الله ليبتل به الحقوق طمعا فى حطام الدنيا الخبر. (١) و اللام فى قوله ليبتل به الحقوق، اما للغاية أو للعاقبة و على الاول فيدل على حرمة أخذ المال فى مقابل الحكم بالبطل، و على الثانى فيدل على حرمة الانتصاب للفتوى من غير علم طمعا فى الدنيا، و على كل تقدير فظاهرها حصر الاستيكال المذموم فيما كان لاجل الحكم بالبطل او مع عدم معرفة الحق فيجوز الاستيكال مع الحكم بالحق و دعوى كون الحصر إضافيا بالنسبة الى الفرد الذى ذكره السائل، فلا

و دعوى اطلاق الرشوة فى خصوص الخبر على مطلق الجعل قد عرفت ما فيها فى المسألة المتقدمة، و أضف الى ذلك ضعف الخبر فى نفسه لجهالة يوسف و بعض آخر من رجال السند.

و أما الحسن: فلان الظاهر منه هو ما يؤخذ من السلطان من بيت المال او من جوائزه، و حيث انه ستعرف جواز الارتزاق من بيت المال إذا كان القاضى جامعا للشرائط، فيتعين حمله على ما إذا كان فى نفسه غير قابل لذلك، و حرمة أخذه الرزق حينئذ واضحة كما سيأتى، و هو غير مربوط بما نحن فيه.

و أما الصحيح و كذا ما هو بمضمونه: فمنصرفه أو ظاهره و لو بملاحظة العهد القضاة المنصوبون من قبل السلطان الجائر، فحكمه حكم خبر ابن سنان.

(١) و استدلل للقول الثانى بخبر ابن حمران «١» المذكور فى المتن.

(١) الوسائل، باب ١١، من أبواب صفات القاضى، حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٥٤

يدل الا على عدم الذم على هذا الفرد دون كل من كان غير المحصور فيه خلاف الظاهر (١) و فصل فى المختلف فجور أخذ الجعل و الاجرة مع حاجة القاضى و عدم تعيين القضاء عليه و منعه مع غناه او عدم الغناء عنه، و لعل اعتبار عدم تعيين القضاء لما تقرر عندهم من حرمة الاجرة على الواجبات العينية (٢) و حاجته لا تسوغ أخذ الاجرة عليها، و انما يجب على القاضى و غيره رفع حاجته من وجوه اخر، و أما اعتبار الحاجة فلظهور اختصاص ادلة المنع بصورة الاستغناء

فان الظاهر منه حصر الاستيكال المذموم فيما اذا كان بأخذ المال فى مقابل الحكم بالبطل او مع الجهل بالواقع، فمقتضى مفهومه جواز الاستيكال مع العلم بالحق و الحكم به.

و أورد عليه: بأن الحصر إضافى بالنسبة الى الفرد الذى سأل عنه السائل، فمفهومه عدم الذم على ذلك الفرد دون سائر الافراد.

(١) و أجاب المصنف قدس سره عنه بقوله خلاف الظاهر.

و أيد الاستاذ الاعظم الايراد و وجهه: بأنه لما توهم السائل ان من يحمل العلوم و يبثها فى الشيعة و وصل اليه منهم البر و الاحسان من دون ان يطالب من المستأكل بعلمه المذموم أجاب عليه السلام بأن ذلك ليس من الاستيكال المذموم و ان المستأكل هو الذى يفتى بغير علم لا بطلان الحقوق، و عليه فمفهوم الحصر هو العقد السلبي المذكور فى الخبر صريحا، و لا يكون الخبر متعرضا لحكم سائر الافراد.

و فيه: انه على فرض تسليم دلالة انما على الحصر لا ينبغى التوقف فى دلالة الخبر على الحصر بالاضافة الى جميع الافراد، إذ لو كان المراد ما ذكره لما كان وجه للتقييد بقوله بغير علم و لا هدى من الله ليبتل به الحقوق.

و بعبارة اخرى: ذكر خصوص هذا الفرد و حصر المذموم فيه مع عدم كونه موردا للسؤال كاشف عن ارادة الحصر بالنسبة الى جميع الافراد، فالايراد فى غير محله.

فالصحيح ان يورد عليه: مضافا الى امكان منع افادة انما للحصر كما حققناه فى كتابنا زبدة الاصول بأن الخبر ضعيف السند لتمييم بن بهلول و أبيه.

(٢) و استدلل للقول الثالث: بأنه فى صورة تعيين القضاء عليه لا يجوز أخذ الاجر

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٥٥

كما يظهر بالتأمل فى روايتى يوسف و عمار المتقدمتين، و لا مانع من التكسب بالقضاء من جهة وجوبه الكفائى كما هو أحد الاقوال فى المسألة الآتية فى محلها إن شاء الله.

لما دل على عدم جواز أخذ الاجرة على الواجب و فى صورة عدم التعيين و عدم كونه محتاجا لا يجوز الاخذ لما دل من النصوص على المنع من أخذ الاجر على القضاء، و أما فى صورة عدم التعيين و الحاجة فيجوز لاختصاص نصوص المنع بصورة الاستغناء.

أما فى صورة التعيين فكلام سيأتى التعرض له فى بحث أخذ الاجرة على الواجبات.

و أما فى صورة عدم التعيين فعلى فرض تسليم دلالة النصوص على المنع لم يظهر لى وجه اختصاصها بصورة الاستغناء.

فتحصل مما ذكرناه انه لا دليل على المنع من أجر القاضى فلا بد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعدة.

و هى تقتضى جوازه سواء، أ كان المراد به ما يبذل بإزاء الحكم بالحق، أم كان المراد به ما يبذل بإزاء تقلد منصب القضاة و التهيؤ لحسم المرافعات سواء رفعت اليه خصومه أم لا، لانه عمل محترم فلا يذهب هدرا.

و مما ذكرناه ظهر جواز أخذ الاجرة على تبليغ الاحكام الشرعية أو تعليم المسائل الدينية.

و استدلل الاستاذ الاعظم للمنع.

بالاطلاقات الناهية عن أخذ الرشوة على الحكم.

و بخير يوسف بن جابر المتقدم.

و فيهما نظر:

أما الاطلاقات فلما عرفت من عدم صدق الرشوة على ما يؤخذ بإزاء الحكم بالحق و بيان الاحكام الواقعية.

و أما الخبر: فلما مر، مضافا الى ضعف سنده الذى اعترف به.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٥٦

و أما الارتزاق من بيت المال فلا- اشكال فى جوازه للقاضى مع حاجته بل مطلقا إذا رأى الامام المصلحة فيه (١) لما سيجىء من الاخبار الواردة فى مصارف الاراضى الخراجية و يدل عليه ما كتبه أمير المؤمنين عليه السلام الى مالك الاشتر من قوله عليه السلام: و افسح له أى للقاضى بالبذل ما يزيح علة و تقل معه حاجته الى الناس.

ولا فرق بين أن يأخذ الرزق من السلطان العادل أو من الجائر لما سيجيء من حلية بيت المال لاهله، و لو خرج من يد الجائر.

الارتزاق من بيت المال

(١) هذا هو الفرع الثالث من الفروع التي تعرض لها المصنف في هذه المسألة وفيه أقوال:

الاول جوازه للقاضي مطلقا.

الثاني عدم الجواز مطلقا او فيما إذا كان منصوبا من قبل السلطان الجائر.

الثالث عدم الجواز مع تعيين القضاء عليه.

الرابع: عدم جواز الارتزاق مع عدم الحاجة و عن المسالك انه الاشهر.

و تنقيح القول فيه: ان الارتزاق غير الاجرة فانه بسبب كون الشخص قاضيا مثلا او مؤذنا أو نحو ذلك و هو منوط بنظر الحاكم من دون ان يقدر بقدر خاص، بخلاف الاجرة فانها تحتاج الى تقدير العوض و ضبط المدة و تقدير العمل.

و القاضي ان كان جامعا لشرائط القضاة يجوز ارتزاقه من بيت المال مطلقا كما هو المشهور، سواء أ كان منصوبا من قبل السلطان العادل، أم كان منصوبا من قبل السلطان الجائر، و فرض كونه منصوبا من قبل الجائر مع كونه جامعا لشرائط القضاة انما يكون فيما اذا كان غرضه من قبول المنصب قضاء حوائج الشيعة و انقاذهم من المهلكة و الشدة و التحجب الى فقرائهم.

و كيف كان: فيشهد للجواز: ان بيت المال معد لمصالح المسلمين، كان تحت يد العادل او تحت يد الجائر، و هذا من مهماتها لتوقف انتظام امور المسلمين عليه.

و مرسل حماد الطويل و فيه: و يؤخذ الباقي فيكون ذلك ارتزاق اعوانه على دين الله

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٥٧

و أما ما تقدم في صحيحة ابن سنان من المنع من أخذ الرزق من السلطان فقد عرفت الحال فيه. (١)

و في مصلحة ما ينويه من تقوية الاسلام و تقوية الدين في وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة «١».

و ما كتبه أمير المؤمنين عليه السلام الى مالك الاشر، و فيه- بعد ذكر صفات القاضي- و افسح له في البذل ما يزيل عنته و تقل معه حاجته الى الناس «٢».

و يؤيده خبر الدعائم عن الامام على عليه السلام انه قال: لا بد من قاض و رزق للقاضي،

و كره ان يكون رزق القاضي على الناس الذين يقضى لهم و لكن من بيت المال «٣».

و استدلل لعدم جواز الارتزاق من بيت المال مطلقا او في ما اذا كان منصوبا من قبل السلطان الجائر بحسن عبد الله بن سنان المتقدم، عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق فقال: ذلك السحت.

(١) و فيه: ما تقدم من تعيين حمله على ما اذا كان القاضي غير قابل للقضاة في نفسه. و الظاهر ان نظر المصنف الى ذلك.

و ذهب بعض الى عدم جواز الارتزاق مع تعيين القضاء عليه، معللا- بوجود القضاء عليه، فلا- يجوز له أخذ العوض كما في سائر الواجبات.

و فيه: ما تقدم من ان الارتزاق من بيت المال غير الاجرة.

و اختار جماعة عدم جواز الارتزاق مع عدم الحاجة، و عن المسالك انه الاشهر.

و استدلل له: بأن للمسلم جواز الارتزاق من بيت المال مع الحاجة و لو بواسطة تقلد منصب القضاة المانع من التكسب، و بأن بيت

المال معد للمحاييج.

(١) الوسائل، باب ٨، من أبواب آداب القاضى، حديث.

(٢) الوسائل، باب ٨، من أبواب آداب القاضى، حديث ٩.

(٣) المستدرک، باب ٨، من أبواب آداب القاضى، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٥٨

و أما الهدية و هى ما يبذل على وجه الهبة ليورث المودة الموجبة للحكم له،

حقا كان او باطلا و إن لم يقصد المبدول له الحكم الا بالحق، إذا عرف و لو من القرائن ان الاول (البازل) قصد الحكم له على كل تقدير فيكون الفرق بينها و بين الرشوة ان الرشوة تبذل لاجل الحكم و الهدية تبذل لإيراث الحب المحرك له على الحكم على وفق مطلبه، فالظاهر حرمتها (١) لانها رشوة أو بحكمها بتنقيح المناط (٢).

و فيهما نظر: فان بيت المال معد لمصالح المسلمين، كان القائم بالمصالح محتاجا أم لم يكن كذلك، مضافا الى اطلاق الخبرين: نعم إن لم يكن القاضى واجدا لشرائط القضاة المقررة فى الشريعة كجل المنصوبين من قبل سلاطين الجور لا يجوز ارتزاقه من بيت المال لحسن ابن سنان، و لانه ليس من موارد مصرف بيت المال.

أخذ القاضى للهدية

(١) هذا هو رابع الفروع التى تعرض لها المصنف فى المقام و هو فى مقام بيان حكم الهدية.

و هى ما يبذله على وجه الهبة ليورث المودة الموجبة للحكم له حقا كان أو باطلا، و فى حرمتها قولان اختار الاول جماعة منهم صاحب الجواهر قدس سره و المصنف و غيرهما.

و استدلل له بوجوه:

الاول: ما دل على حرمة الرشوة بدعوى انها تصدق على الهدية أيضا. و احتمله المصنف.

و فيه ان الرشوة هى ما كان بإزاء الحكم لاما يبذل بداعى الحكم، و لا أقل من هذا هو المتيقن منها. و يشهد له جعل ذلك فى مقابل الرشوة فى خبر الاصبغ.

الثانى: عموم مناط حرمة الرشوة و هو صرف القاضى عن الحكم بالحق للمقام.

(٢) احتمله المصنف قدس سره قال لانها رشوة أو بحكمها بتنقيح المناط.

و فيه: انه لا قطع بالمناط كى يصح التمسك بتنقيح المناط و الا لحرمة المدح له و

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٥٩

و عليه يحمل ما تقدم من قول أمير المؤمنين عليه السلام و إن أخذ يعنى الوالى هدية كان غلولا (١) و ما ورد من ان هدايا العمال غلول و فى آخر سحت (٢).

تعظيمه و المبادرة الى سماع قوله و قضاء حوائجه و نحو ذلك.

(١) الثالث ما ذكره المصنف بقوله و عليه يحمل ما عن أمير المؤمنين عليه السلام و نظره الى خبر الاصبغ عن أمير المؤمنين عليه السلام أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه إن أخذ هدية كان غلولا و إن أخذ الاجرة فهو

مشرك «١».

و يرد عليه: مضافا الى ضعف سنده لابي الجارود و سعد الاسكاف: انه يدل على حرمة أخذ الوالى هدية لا أخذ القاضى لها، و لعل وجه حرمة ما ذكره بعض المحققين من انها تكون عن كره و خوفا من ظلمه و جوره، أو يحتمل على الكراهة أو غير ذلك من المحامل المذكورة فى المطولات.

(٢) الرابع ما ورد من ان هدايا العمال غلول «٢» و فى آخر سحت «٣» ذكره فى المتن.

و فيه مضافا الى ضعف السند، انه اما ان يراد من هذه النصوص ما يهديه العمال الى الرعية، او يكون المراد ما يهديه العمال الى الولاة، و على أى تقدير تكون أجنبية عن مقام،

أما على الاول: فواضح، فانها حينئذ تكون من النصوص المتضمنة عدم جواز أخذ جوائز السلطان و عماله، و سيجىء الكلام فى ذلك فى محله، و أما على الثانى: فلما مر فى سابقه.

الخامس: قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) «٤» بتقريب ان المال الذى يهدى قبل الحكم الى القاضى ليورث المودة الموجبة للحكم له و إن لم يقابل بالداعى الذى دعى الى البذل فى الصورة، الا انه فى اللب و الواقع قوبل به.

(١) الوسائل، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٠.

(٢) لم اعثر على أصل لهما فى كتب الاحاديث نعم بمضمونهما روايات فى بحار الانوار، ج ٢٣، ص ١٤- من طبع الكمپانى- و فى الوسائل، باب ٨، من أبواب آداب القاضى، هدايا الامراء غلول.

(٣) لم اعثر على أصل لهما فى كتب الاحاديث نعم بمضمونهما روايات فى بحار الانوار،

ج ٢٣، ص ١٤- من طبع الكمپانى- و فى الوسائل، باب ٨، من أبواب آداب القاضى، هدايا الامراء غلول.

(٤) النساء،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٦٠

و عن عيون الاخبار عن مولانا أبى الحسن الرضا عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام فى تفسير قوله تعالى (أَكَلُونَ لِلسَّحْتِ) قال: هو الرجل يقضى لـاخيه حاجته، ثم يقبل هديته (١) و للرواية توجيهات تكون الرواية على بعضها محمولة على ظاهرها من التحريم و على بعضها محمولة على المبالغة فى رجحان التجنب عن قبول الهدايا من أهل الحاجة اليه لئلا يقع فى الرشوة يوما.

و فيه: ما تقدم غير مرة من ان الدواعى لا تقابل بالمال، و لذا لا يضر تخلف الداعى بصحة المعاملة و لزومها.

السادس: ما دل على حرمة الاعانة على الاثم.

و فيه: ما تقدم من انه لا دليل على حرمة الاعانة.

السابع: ما تضمن زجر النبى صلى الله عليه و آله عمال الصدقة عن أخذهم للهدية.

كالنبوى المروى عن أبى حميد الانصارى: و الذى نفسى بيده لا يقبل أحد منكم منها شيئا الا جاء به يوم القيامة يحمله على عنقه «١».

و يرد عليه: ان الخبر ضعيف السند لكونه نبويا مرويا عن طرق العامة.

(١) الثامن ما فى المتن و هو ما عن عيون الاخبار.

و فيه: مضافا الى عدم اعتبار الخبر من حيث السند: ان ظاهره حرمة أخذ الهدية المتأخرة عن قضاء الحاجة، و حيث انه لم يفت أحد بالحرمة فى الفرض فيتعين حمله على الكراهة و رجحان التجنب عن قبول الهدايا من أهل الحاجة اليه لئلا يقع فى الرشوة يوما.

فان ذلك اولى من حمله على الهدية المتقدمة مقيدا لها بما اذا كانت بداعى الحكم له بالباطل كما لا يخفى.

(١) المبسوط، كتاب القضاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٦١

و هل يحرم الرشوة في غير الحكم (١) بناء على صدقها كما يظهر مما تقدم عن المصباح و النهاية، كأن يبذل له مالا على ان يصلح أمره عند الامير.

فتحصل: انه لا دليل على حرمة أخذ الهدية، فالاقوى جوازه سواء كانت متقدمة على الحكم أو متأخرة عنه، و سواء أ كانت للروابط الشخصية أم قرابة الى الله، أم كانت بداعي الحكم بالباطل او بالحق، او الاعم منهما، لعموم دليل صحة الهبة و جوازها.

الرشوة في غير الاحكام

(١) هذا هو الفرع الخامس من الفروع التي تعرض لها المصنف قدس سره قال و هل تحرم الرشوة في غير الحكم بناء على صدقها؟ أخذ المال في مقابل غير الحكم، تارة يكون لاصلاح أمر مباح، و اخرى لاتمام أمر محرم، و ثالثه لاتمام أمر مشترك بين المحلل و المحرم.

أما الاول: فلا ريب في جوازه إذ العمل في نفسه جائز و يصلح ان يقابل بالمال، و يشهد له مضافا الى ذلك: صحيح محمد بن مسلم عن الامام الصادق عليه السلام: عن الرجل يرشوا الرشوة على ان يتحول عن منزله فيسكنه غيره قال عليه السلام: لا بأس به «١».

و المراد المنزل المشترك كالمدرسة و المسجد و نحوهما. و خبر الصيرفي قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام و سأله حفص الاعور، فقال: ان عمال السلطان يشترون منا القرب و الاداوى فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منا و نرشوه حتى لا يظلمنا فقال عليه السلام: لا بأس ما تصلح به مالك، ثم سكت ساعة ثم قال: أ رأيت اذا أنت رشوته يأخذ أقل من الشرط؟ قلت: نعم، قال عليه السلام: فسدت رشوتك «٢».

(١) الوسائل، باب ٨٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ٣٧، من أبواب أحكام العقود، حديث

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٦٢

فإن كان أمره منحصرا في المحرم أو مشتركا بينه و بين المجلل لكن بذل على إصلاحه حراما أو حلالا فالظاهر حرمة لا لأجل الرشوة لعدم الدليل عليه عدا بعض الاطلاقات المنصرف الى الرشاء في الحكم (١) بل لانه أكل للمال بالباطل (٢) فيكون الحرمة هنا لاجل الفساد، فلا يحرم القبض في نفسه (٣)

و أورد عليه الاستاذ الاعظم: بأنه ضعيف لإسماعيل بن أبي سماك.

وفيه: ان العلامة قدس سره و ان ضعفه و لكن النجاشي وثقه و الظاهر من منشأ تضعيف العلامة اياه كونه واقفيا و هو كما ترى.

وفيه اولاً: ما تقدم من عدم صدق الرشوة على ما يبذل بإزاء غير الحكم.

و ثانياً: ان نصوص حرمة الرشوة على قسمين: الاول ما دل على حرمة الرشوة في الحكم، الثاني: ما دل على حرمتها من دون تقييد بالحكم، و القسم الاول لا يشمل المقام،

و القسم الثاني ضعيف السند.

(١) و ثالثا: ما ادعاه المصنف قال لعدم الدليل عليه عدا بعض الاطلاقات المنصرف الى الرشاء في الحكم.

و رابعا: انه لو سلم شمولها للمقام لا بد من تقييد اطلاقها بالخبرين المتقدمين.

و أما الثاني: فلا ينبغي التوقف في حرمة لحرمة أخذ المال على عمل محرم، و يشهد له مضافا الى ذلك موثق الصيرفي المتقدم.

و دعوى ان ظاهره كون الرشوة لدفع الظلم، و ان أصل الزامه بالشرط وقع ظلما و على وجه الاجبار فلا تكون الرشوة لأخذ الاقل من الشرط من أخذ المال بإزاء المحرم،

مندفعة بأن ظاهر الخبر هو التفصيل بين ما يؤتى لدفع الظلم، و بين ما يبذل بإزاء الاقل من الشرط، و ليس فيه ما يكون ظاهرا في كون الشرط واقعا ظلما.

و أما الثالث: فإن قصد به الجهة المحرمة فهو حرام، فتأمل، و إن قصد المحللة فهو حلال، و إن لم يقصد شيئا منهما بل بذل المال لاصلاح أمره حلالا أم حراما، فقد ذهب المصنف قدس سره الى الحرمة.

(٢) و استدل له: بأنه أكل للمال بالباطل.

(٣) قوله فلا يحرم القبض في نفسه و انما يحرم التصرف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٦٣

و انما يحرم التصرف لانه باق على ملك الغير، نعم يمكن أن يستدل على حرمة بفحوى اطلاق ما تقدم في هدية الولاة و العمال. (١) و أما بذل المال على وجه الهدية الموجبة لقضاء الحاجة المباحة، فلاحظ فيه كما يدل عليه ما ورد في ان الرجل يبذل الرشوة ليتحرك من منزله ليسكنه، قال: لا بأس، و المراد المنزل المشترك كالمدرسة و المسجد و السوق و نحوها.

و مما يدل على التفصيل في الرشوة بين الحالة المحرمة و غيرها رواية الصيرفي، قال: سمعت ابا الحسن عليه السلام و سأله حفص الاعور، فقال: ان عمال السلطان يشترون منا القرب و الادوية (أداوى) فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منا فرشوه حتى لا يظلمنا، فقال: لا بأس بما تصلح به مالك، ثم سكت ساعة ثم قال: اذا أنت رشوته يأخذ منك اقل من الشرط قلت نعم قال فسدت رشوتك.

مراده انه بناء على كون المدرك ما تضمن النهي عن أكل المال بالباطل فهو انما يدل على الفساد و عدم جواز التصرف لبقاء المال في ملك صاحبه، و أما القبض أى اعطاء صاحب المال في نفسه فليس كالرشوة حراما.

و بهذا التقريب يظهر اندفاع ما ذكره المحقق التقى و تبعه غيره بقوله لعله من غلط النساخ و الظاهر فلا يحرم العقد في نفسه لا القبض فإن القبض أيضا من التصرف الذي حكم قدس سره بحرمة فلاحظ و تدبر.

(١) و بفحوى اطلاق ما تقدم في هدية الولاة و العمال.

و فيهما نظر:

أما الاول: فلان أكل المال في مقابل العمل المشترك بين المحلل و المحرم ليس أكلا للمال بالباطل.

و أما الثاني: فلما مر من ضعف سند تلك النصوص و انها محمولة على غير ظاهرها.

و أما ما أورده الاستاذ الاعظم من أن حرمة الهدية لهما تقتضى حرمة اعطاء الرشوة لهما و لا دلالة لها على حرمة الرشوة على غيرهما من الناس.

فغير وارد، إذ مراد المصنف قدس سره ان تلك النصوص بإطلاقها تدل على حرمة الهدية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٦٤

و مما يعد من الرشوة او يلحق بها المعاملة المشتملة على المحاباة (١) كبيعته من القاضى ما يساوى عشرة دراهم بدرهم، فإن لم يقصد من المعاملة الا- المحاباة التى فى ضمنها و قصد المعاملة لكن جعل المحاباة لاجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل ما

تواطيا عليه من الشروط الغير المصرح بها في العقد فهي الرشوة، و إن قصد أصل المعاملة و حابى فيها لجلب قلب القاضى فهو كالهديء

بداعى قضاء الحاجة المشتركة، فإذا كانت الهدية بهذا الداعى حراما كان بذل المال بعنوان المقابلة أولى بالحرمة، فالصحيح ما ذكرناه.

حكم المعاملة المحابتيه مع القاضى

(١) قوله و مما يعد من الرشوة أو يلحق بها المعاملة المشتملة على المحاببات هذا هو الفرع السادس من الفروع التى تعرض لها المصنف فى المقام.

و محصل الكلام: انه تارة لا يقصد من المعاملة الا المحاببات التى فى ضمنها، لا بمعنى عدم انشاء المعارضة أصلا، فإن ذلك خروج عن محل الكلام، بل بمعنى ان المقصود الاصلى من المعاملة ايصال الزائد الى القاضى ليحكم له. و بعبارة أخرى: كان قصده للمعاملة تبعا مقدما لاجل ان يتواصل الى المحاببات.

و أخرى: يقصد المعاملة و لكن جعل المحاببات لاجل الحكم له، بمعنى ان الحكم له من قبيل الشروط التى تواطيا عليها التى هى بحكم التى صرح بها فى العقد.

و ثالثة: يقصد المعاملة و حابى فيها لاجل جلب قلب القاضى.

و الكلام فى حكم هذه الصور يقع أولا: فى حكمها التكليفى، ثم فى حكمها الوضعى.

أما الاول: فقد يقال بالحرمة فى الصورة الاولى من جهة كون الناقص من الرشا المحرم.

و فيه: ان الرشوة هى بذل المال بإزاء الحكم، و فى المقام المال انما يبذل بإزاء الثمن،

غاية الامر ان الداعى هو الحكم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٦٥

ملحقة بالرشوة و فى فساد المعاملة المحابى فيها وجه قوى (١).

و استدل المحقق التقى عليها: بان عنوان الرشوة يصدق على نفس المعاملة.

و فيه: ان المعاملة انما هى عنوان ينتزع من بذل المال بازاء الثمن و قبول صاحب الثمن، فالمقابلة انما هى بين المالىين و ليس غير ذلك

شئ يقابل بالحكم كى يكون هو الرشوة فتدبر. نعم بعض الوجوه التى استدل بها على حرمة الهدية يدل على حرمة المعاملة

المحابتيه لكن عرفت ما فيها فالأظهر عدم الحرمة.

و أما فى الصورة الثانية: فان قلنا بان الشرط حتى مثل هذا الشرط غير المذكور يقسط عليه الثمن يحرم اعطاء مقدار ما قابل الشرط

لكونه رشوة و الا فحكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى، و اولى بعدم الحرمة الصورة الثالثة كما لا يخفى.

و أما الثانى: ففى الجواهر اختيار عدم الصحة و تبعه المصنف (قدس سره) حيث قال:

(١) و فى فساد المعاملة المحابى فيها وجه قوى و استدل له فى جميع الصور:

بالنصوص الدالة على بقاء المال على ملك الراشئى باى طريق كان.

و فى الصورة الثالثة بان الشرط الفاسد مفسد.

و فى الجميع نظر:

اما الاول: فلان غاية ما يستفاد من النصوص بقاء المال على ملك الراشى ان لم يكن بعقد من العقود مع انك عرفت عدم صدق الرشوة على المعاملة المحابى فيها.

و أما الثانى: فلانه يرد عليه مضافا الى ما تقدم من منع صدق الرشوة عليها: ان حرمة المعاملة غير ملازمة لفسادها كما حققناه فى محله و اعترف به الشيخ (قدس سره) فى مسألة الاعانة على الاثم.

و أما الثالث: فلانه يرد عليه مضافا الى ان الدفع الواجب بمقتضى المعاملة الواقعة لا يكون مصداقا للرشاء انه لا يتأتى فيما كان مقبوضا قبل المعاملة او كان فى حكم القبض مما منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٦٦

ثم ان كل ما حكم بحرمة اخذه و جب على الاخذ رده و رد بدله مع التلف اذا قصد مقابله بالحكم كالجعل و الاجرة حيث حكم بتحريمهما و كذا الرشوة لانها حقيقة جعل على الباطل (١) و لذا فسره فى القاموس بالجعل.

هو ثابت فى الذمة كما صرح بذلك بعض مشايخنا المحققين (قدس سرهم).

و أما الرابع: فلان الشرط الفاسد لا يكون مفسدا كما سيأتى التعرض لذلك فى الجزء السادس من هذا الشرح فلا ظهر هى الصحة.

حكم الرشوة وضا

(١) قوله و كذا الرشوة لانها حقيقة جعل على الباطل.

هذا هو الفرع السابع من الفروع التى يذكرها المصنف فى هذه المسألة.

و الغرض منه بيان الحكم الوضعى اى الضمان و عدمه.

و فيه اقوال الضمان مطلقا عدمه كذلك التفصيل بين ما يبذل بعنوان الرشوة و غيره فالضمان فى الاول دون غيره و فى المقام تفصيل آخر ستقف عليه.

و محصل الكلام فى هذا المقام: ان كل ما يعطى الباذل بعنوان الرشوة التى حقيقتها على ما عرفت بذل المال للقاضى ليحكم له لا ريب فى ضمان القابض اياه فيجب عليه رده او رد بدله لان المال انما يقع فى مقابل الحكم فيكون ذلك فى الحقيقة اجارة فاسدة او شبيها بها فيكون من صغريات القاعدة المصطادة من النصوص الواردة فى باب الضمان ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

و أما ما يبذل بعد المعاملة المحاباتية فان بنينا على فساد المعاملة يكون القابض ضامنا له لقاعدة ما يضمن و الا فلا و لا يخفى وجهه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٦٧

و لو لم يقصد بها المقابلة بل اعطى مجانا ليكون داعيا ليكون داعيا على الحكم و هو المسمى بالهدية فالظاهر عدم ضمانه لان مرجعه الى هبة مجانية فاسدة اذ الداعى لا يعد عوضا و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و كونها من السحت انما يدل على حرمة الاخذ لا على الضمان و عموم على اليد مختص بغير اليد المتفرعة على التسليط المجانى و لذا لا يضمن بالهبة الفاسدة فى غير هذا المقام و فى كلام بعض المعاصرين ان احتمال عدم الضمان فى الرشوة مطلقا غير بعيد (١) معللا بتسليط المالك عليها مجانا (٢) قال: و لانها تشبه المعاوضة و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده (٣).

و أما ما يعطى مجانا بعنوان الهدية فالظاهر ان القابض لا يضمن اذ غاية ما تدل عليه الادلة المتقدمة كونها هبة فاسدة فتكون من صغريات عكس القاعدة و هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

و استدلل للضمان فيه بوجهين:

الاول: ان مقتضى النصوص الدالة على ان الرشوة سحت بقائها على ملك المالك فاذا اخذها القابض كان ضامنا. وفيه: ان تلك النصوص انما تدل على حرمة الاخذ و لزوم رد المال الى صاحبه مع بقائه و لا تدل على الضمان بعد التلف. الثاني: عموم على اليد.

و فيه: انه مختص بغير اليد المتفرعة على التسليط المجاني و لذا لا يضمن بالهبة الفاسدة في غير المقام.

(١) قوله و في كلام بعض المعاصرين ان احتمال عدم الضمان في الرشوة مطلقا غير بعيد.

و علله بوجهين:

(٢) الاول: ان المالك سلطه عليها مجانا فلا وجه للضمان.

و فيه ان التسليط انما يكون في مقابل الحكم لا مجانيا.

(٣) الثاني: انها تشبه المعاوضة و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسدة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٦٨

و لا يخفى ما بين تعليقه من التنافي لان شبهها بالمعاوضة يستلزم الضمان لان المعاوضة الصحيحة يوجب ضمان كل منهما ما وصل اليه بعوضه الذي دفعه فيكون مع الفساد مضمونا بعوضه الواقعي و هو المثل او القيمة و ليس في المعاوضات ما لا يضمن العوض بصحيحه حتى لا يضمن بفاسده نعم قد يتحقق عدم الضمان في بعض المعاوضات بالنسبة الى غير العوض كما ان العين المستاجرة غير مضمونة في يد المستاجر بالاجارة فربما يدعى انها غير مضمونة اذا قبض بالاجارة الفاسدة لكن هذا كلام آخر (قد ثبت فسادها بما ذكرناه في باب الغصب من ان المراد مما لا يضمن بصحيحه ان يكون عدم الضمان مستندا الى الاجارة الصحيحة بل الى قاعدة الامانة المالكية و الشرعية لكون التصرف في العين مقدمة لاستيفاء المنفعة ماذونا فيه شرعا فلا يترتب عليه الضمان بخلاف الاجارة الفاسدة فان الاذن الشرعي فيها مفقود و الاذن المالكى غير مثمر لكونه تبعا و لكونه لمصلحة القابض فتأمل - كذا في بعض النسخ) و الكلام فعلا في ضمان العوض بالمعاوضة الفاسدة و التحقيق ان كونها معاوضة او شبيهة بها وجه لضمان العوض فيها لا لعدم الضمان.

و تقريره بنحو يندفع ما اورد عليه في المكاسب و ما ذكره بعض مشايخنا المحققين (قدس سرهم) من انه تصحيف من النسخ و الاصح انها تشبه الهبة الفاسدة: ان اعطاء الرشوة مطلقا شبيه بالعقد المشتمل على الايجاب و القبول الذي هو الموضوع للقاعدة و ليس مراده المعاوضة المشتملة على العوض من الطرفين حتى يرد عليه ما ذكره المصنف (قدس سره).

فالصحيح في الجواب عنه ان اعطاء المال بازاء الحكم اما ان يكون اجارة او شبيهة بها فيكون موجبا للضمان لقاعدة ما يضمن.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٦٩

فروع في اختلاف الدافع و القابض (١) لو ادعى الدافع انها هدية ملحقه بالرشوة في الفساد و الحرمة و ادعى القابض انها هبة صحيحة لداعى القرية او غيرها (٢) احتمال تقديم الاول لان الدافع اعرف بنيتها (٣) و لأصالة الضمان في اليد اذا كانت الدعوى بعد التلف.

اختلاف الدافع و القابض

(١) هذا هو الفرع الثامن من فروع المسألة و هو في اختلاف الدافع و القابض كمرسل ابن ابي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام: سألته عن التماثل

(٢) ذكر المصنف (قدس سره) في المقام فروضا ثلاثة:

الاول: ان يتسالم المترافعان على عقد واحد و لكن القابض يدعى صحته و الدافع فسادها كما لو ادعى القابض كونه هبة صحيحة و

الدافع ادعى كونها هدية على سبيل الرشوة و هذا النزاع انما يترتب عليه الاثر فيما اذا كانت الدعوى قبل التلف مع كون الهبة لدى رحم او على وجه قربي فانه يترتب عليه حينئذ جواز استرجاع العين من الموهوب له و عدمه و فيما اذا كانت الدعوى بعد الاتلاف فانه يترتب على النزاع حينئذ ضمان الموهوب له اذ لو كان هبة صحيحة لا يضمن الموهوب له لانه اتلف مال نفسه و لو كان هبة فاسدة ضمن بمقتضى قاعدة اليد و الاتلاف و انما خرج من القاعدة صورة التلف و بقى الباقي.

و بذلك ظهر ما فى كلام الاستاذ الاعظم حيث قال ايرادا على ما ذكره المصنف (قدس سره) بقوله: و لأصالة الضمان اذا كانت الدعوى بعد التلف.

بان النزاع بعد التلف لا أثر له اذ لا ضمان للهبة بعد التلف سواء كانت صحيحة ام فاسدة.

(٣) و قد استدلت لتقديم قول الدافع: بان الدافع اعرف بنيته.

و اورد عليه: بانه لا دليل على تقديم قول الاعرف.

و اجيب عنه: بانه يرجع الى اعتبار قول الشخص فيما لا يعلم الا من قبله.

و نوقش فى هذا الجواب بوجهين:

الاول: ما ذكره المحقق الايروانى (قدس سره) بان تقديم قول من يدعى ما لا يعلم الا من قبله غير مرضى عند المصنف و قد صرح فى الخيارات بعدم نهوض الدليل على ذلك عموما.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٧٠

...

و فيه: ان المصنف يدعى فى الخيارات اختصاص النصوص بموارد خاصة و انه لم

يدل العموم دليل و لكن يمكن ان يكون نظره فى المقام الى ما ادعاه الفقهاء فى باب الحيض فى مسألة اخبار المرأة بالحيض او الطهر من دلالة ادلة قبول قول ذى اليد على حجية اخبار الشخص عما فى نفسه اما بانفسها او بالاولوية و عليه فلا يرد عليه هذا الايراد.

الثانى: ما ذكره المحقق التقي (قدس سره) من انه: لو تم ذلك فانما هو فيما اذا كان النزاع فى نفس الامر الخفى لا فى ان الامارة التى اقامها عليه كانت كذا و كذا كما فى ما نحن فيه حيث ان النزاع فى ان الامارة التى اقامها على نيته عند المعاملة هل كانت دالة على قصد الرشوة او على قصد الهبة.

و فيه: ان الهبة الخارجية لا تختلف باختلاف القصد و النية كى يكون النزاع فى دلالة الامارة بل هى على نسق واحد و على ذلك فلا محالة يكون النزاع فى نفس ذلك الامر الخفى.

و استدلت له ايضا: باصالة الضمان فى اليد اذا كانت الدعوى بعد التلف اذ مقتضى عموم على اليد هو الضمان حتى يقوم دليل مخرج. و اورد عليه تارة: بان موضوع القاعدة اليد الواقعة على ملك الغير و القابض يدعى ان يده على ملكه و استصحاب عدم السبب الناقل - اعنى الهبة الصحيحة - لا يعين حال اليد الخارجية و انها يد على مال الغير كى يصح التمسك بعموم على اليد كما فى تعليقه المحقق الايروانى.

و اخرى: بان عموم على اليد مختص باليد العادية و مع الاغماض عنه الشبهة مصداقية كما فى ملحقات العروة.

و ثالثه: بانه ما الوجه فى التقييد بما اذا كانت الدعوى بعد التلف مع ان ما يمكن ان يستدل به على الضمان بعد التلف يدل عليه قبله ايضا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٧١

و الاقوى تقديم الثانى لانه يدعى الصحة (١) و لو ادعى الدافع انها رشوة او اجرة على المحرم و ادعى القابض كونها هبة صحيحة (٢)

احتمل انه كذلك لان الامر يدور بين الهبة الصحيحة و الاجارة الفاسدة و يحتمل العدم اذ لا عقد مشترك هنا اختلفا فى صحته و فساده فالدافع منكر لأصل العقد الذى يدعيه القابض لا لصحته فيحلف على عدم وقوعه و ليس هذا من مورد التداعى كما لا يخفى.

و فى الجميع نظر:

اما الاول: فلان الدافع و القابض على ورود اليد على ملك الدافع اذ القبض جزء المملك فى الهبة و القابض يدعى ان ورودها مملك و الدافع ينكر.

و أما الثانى: فلان قاعدة على اليد عامة غاية الامر انها تختص فى المورد بما اذا لم يكن المبدول على وجه الهبة الصحيحة و عليه فيمكن احراز هذا الجزء من الموضوع بالاصل و يضم ذلك الى الجزء الآخر المحرز وجدانا فيلتئم الموضوع و يترتب عليه الحكم و لا يعارض هذا الاصل اصالة عدم الهبة الفاسدة لعدم ترتب الاثر عليها.

و أما الثالث: فلان الدعوى ان وقعت قبل التلف فلا مورد للتمسك بقاعدة اليد لوجود الامارة على كونه ملكا للقابض و هى اليد التى هى اماره على الملكية حين وجودها خاصة بناء على حجية اليد مع الاعتراف بسبق ملك الغير لما فى يده كما استظهره المصنف (قدس سره) من الصحيح الوارد فى محاجه امير المؤمنين (عليه السلام) مع ابى بكر فى امر فذك «١»

و أما ان وقعت بعد التلف فحيث انه لا حكم لليد اذ لا دليل على اعتبار اليد السابقة فيرجع الى قاعدة الضمان و لكن التحقيق هو عدم الضمان لما ذكره المصنف (قدس سره)

(١) بقوله: و الاقوى تقديم الثانى لانه يدعى الصحة اشارة بذلك الى اصالة الصحة فى العقود المقدمة على جميع الاصول الموضوعية التى عليها بناء العقلاء و اجماع العلماء.

(٢) الفرض الثانى ما ذكره بقوله و لو ادعى انه رشوة الخ.

و حاصله ان يدعى الدافع فساد العقد و القابض يدعى صحته مع الاختلاف فى

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٧٢

و لو ادعى الدافع انها رشوة و القابض انها هدية فاسدة لدفع الغرم عن نفسه بناء على ما سبق من ان الهدية المحرمة لا يوجب الضمان

(١) ففى تقديم الاول لأصالة الضمان فى اليد او الآخر لأصالة عدم سبب الضمان و منع اصالة الضمان و جهان اقواهما الاول: لان عموم خبر: على اليد يقضى بالضمان الا مع تسليط المالك مجانا.

مصعب الدعوى كما اذا ادعى الدافع ان المبدول رشوة او اجرة على المحرم و القابض ادعى انه موهوب بهبة صحيحة.

و الحق ان تقديم قول الدافع او القابض فى المقام يدور مدار حجية اصالة الصحة فيما اذا لم يكن مصعب الدعوى امرا واحدا معلوما للمترافعين و عدمها: اذ على الاولى يقدم قول القابض لما تقدم فى بالفرض السابق و على الثانى: يقدم قول الدافع اذ الاثر مترتب على وقوع العقد الصحيح و عدمه فتجرى اصالة عدمه غير المعارضة باصالة عدم تحقق الرشوة المحرمة او الاجرة الفاسدة: لعدم ترتب الاثر عليهما اذ موضوع الاثر اى الضمان هو وضع اليد على ملك الدافع مع عدم تحقق السبب الناقل سواء تحقق معه شىء من الاسباب الفاسدة او لم يتحقق فاذا انضم الى ما هو محرز بالوجدان- و هو وضع القابض يده على ملك الدافع الاصل المزبور يلتئم الموضوع و يترتب عليه الحكم و حيث ان مدرك اصالة الصحة هى الادلة اللبية فلا بد من الاخذ بالقدر المتيقن و هو ما ذا كان مصعب الدعوى عقدا واحدا و عليه فالأظهر هو تقديم قول الدافع.

(١) هذا هو الفرض الثالث: وهو ان يتوافق المترافعان على فساد الاخذ و الاعطاء و لكن الدافع يدعى كون المبدول رشوة مثلا فيضمن القابض و القابض يدعى انه موهوب بهبة فاسدة فلا يكون موجبا للضمان و الظاهر هنا ايضا تقديم قول الدافع و ذلك لان موضوع الضمان هو وضع اليد على ملك الغير اذا لم تكن متصفه بالمجانية لاما اذا كانت متصفه بعدم المجانية اذ الخارج عن تحت عموم على اليد التسليط المجاني و عليه

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ١، ص: ٣٧٣

و الاصل عدم تحققه و هذا حاكم على اصالة عدم سبب الضمان (١) فافهم.

التاسعة: سبب المؤمنين حرام

اشارة

في الجملة بالادلة الاربعه (٢) لانه ظلم و ايداء و اذلال.

فتجرى اصالة عدم تحقق تسليط المجاني و يضم ذلك الى ما هو محرز بالوجدان و هو وضع اليد على مال الغير فيترتب عليه الحكم و هو الضمان و بهذا التقريب اندفع ما اورده المحقق الايرواني على هذا الوجه بان الاصل المزبور لا يثبت ان اليد الخارجية ليست يدا مجانية و تمام الكلام في جريان هذا الاصل و ان تخصيص العام بمخصص منفصل او كاستثناء من المتصل يوجب تعنون موضوع العام بعدم كونه متصفا بعنوان الخاص لا تعنونه بكونه متصفا بعدمه كي لا يفيد الاصل المزبور موكول الى محله و قد اشبعنا الكلام في ذلك في كتابنا زبدة الاصول في مبحث العام و الخاص.

و لا يعارض هذا الاصل اصالة عدم تحقق سبب الضمان- اى استصحاب عدم المركب المتحقق قبل زمان الشك- اذ لا اثر للمركب بما هو مركب- اى وصف الاجتماع- و انما الاثر يترتب على ذوات الاجزاء التوامة.

(١) و أما ما ذكره المصنف (قدس سره) في وجه عدم الجريان من حكومة اصالة عدم تحقق التسليط المجاني على هذا الاصل. و توضيحه ما افاده المحقق النائيني (قدس سره) في رسالة لباس المشكوك من ان الشك في وجود المركب مسبب عن الشك في وجود اجزائه و الاصل الجارى في السبب حاكم على الاصل الجارى في المسبب.

فغير تام اذ حكومة الاصل السببي على الاصل المسببي انما تكون فيما اذا كانت السببية شرعية و السببية في المقام ليست شرعية و لعله لذلك امر بالتأمل.

يحرم سبب المؤمن

(٢) قوله التاسعة سبب المؤمنين حرام في الجملة بالادلة الاربعه.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ١، ص: ٣٧٤

ففى رواية ابى بصير عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) سباب المؤمن فسوق (فسق) و قتاله كفر و اكل لحمه معصية و حرمة ماله كحرمة دمه. (١) و فى رواية السكوني عن عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) سباب المؤمن كالمشرف على الهلكة (٢).

و يدل على حرمة من الكتاب قوله تعالى (و اجتنبوا قول الزور «١» فان السب من اوضح مصاديق قول الزور.

و أما العقل فانه مستقل بذلك لكون السب ظلما و ايداء و اذلالا.

و أما الاجماع فالظاهر ان على ذلك اجماع المسلمين.

(١) و من السنة نصوص كثيرة منها: خبر «٢» ابي بصير المذكور في المتن.

و هذه الرواية موثقة و التعبير فيها بالفسوق و في اكل لحمه بالمعصية لا يبعد ان يكون تفننا في العبارة.

و قد يقال انها ضعيفة الدلالة لاحتمال ان يكون سباب بصيغه المبالغة.

(٢) و منها: خبر «٣» السكوني الذي ذكره المصنف (قدس سره).

و قد ضعفه الاستاذ الاعظم للنوفلي.

و فيه: انه و ان ضعف بعضهم الحسين بن يزيد النوفلي و اهمله آخر.

الا انه بعد ملاحظة انه لم يقدح فيه احد من ائمة الرجال و جماعة من الاساطين كالمحقق في المعتمد و الشيخ و غيرهما قد عملوا

برواياته و اعتمدوا عليها و جعلوها من الموثقات و رواية جمع من القميين و اكثرهم من الرواية عنه و المدائح التي نطقوا بها ككونه

ذا كتاب و كثير الرواية و سديد الرواية و مقبول الرواية.

لو لم نقل بان رواياته موثقات لا ريب في انها بضميمة كون الرجل اماميا بلا شبهة توجب كون الرجل من الحسان و ما نسب الى جمع

من القميين انه غلا في آخر عمره لا يوجب طرح روايته اذ مضافا الى عدم الاعتناء برمي القدماء بالغلو و ان الغلو

(١) الحج ٣١.

(٢) الوسائل باب ١٥٨ من ابواب احكام العشرة حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١٥٨ من ابواب احكام العشرة حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٧٥

و في رواية ابي بصير عن ابي جعفر (عليه السلام) قال جاء رجل من تميم الى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال له: اوصني فكان

فيما اوصاه لا تسبوا فتكتسبوا (فتكسبوا) العداوة. (١) و في رواية ابن الحجاج عن ابي الحسن في الرجلين يتسابان قال البادي منهما

اظلم وزره على صاحبه (و وزر صاحبه عليه) ما لم يعتذر الى المظلوم و في مرجع الضمائر اغتشاش (٢) و يمكن الخطأ من الراوي و

المراد و الله اعلم ان مثل وزر صاحبه عليه لا يقاعه اياه في السب من غير ان يخفف عن صاحبه شيء فاذا اعتذر الى المظلوم عن سبه و

ايقاعه اياه في السب برء من الوزرين.

في آخر عمره لا- يضر فيما رواه قبل غلوه ان ذلك لا- يوجب مغزما فيه كما في كثير من الفقهاء الثقات الاثبات كيونس بن عبد

الرحمن كما صرح بذلك السيد الداماد.

و لكن الذي يرد على الاستدلال بالخبر: انه ضعيف الدلالة اذ قوله كالمشرف على الهلكة لا ظهور له في الحرمة كما لا يخفى مع انه

يحتمل ان يكون السباب بصيغه المبالغة كشراب بل هذا هو الاظهر منه بقريته كالمشرف.

(١) و اضعف منه الاستدلال بخبر ابي بصير عن الامام الباقر عن رسول الله (صلى الله عليه و آله):

لا تسبوا فتكسبوا العداوة لهم «١» اذ ظاهره ان النهي عن السب ارشادي الى ما يترتب عليه من مفسدة العداوة التي لا تكون لزومية لا

سيما مع اطلاق العداوة من حيث عداوة المؤمن و عداوة غيره.

و منها خبر الاحتجاج عن ابي الحسن (عليه السلام) المذكور في المتن «٢».

(٢) قال المصنف بعد نقل هذا الخبر: و في مرجع الضمائر اغتشاش.

و لكن هذه الرواية رويت في الكتب المعتمدة هكذا: في رجلين يتسابان فقال:

(١) الوسائل باب ١٥٨ من ابواب احكام العشرة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٥٨ من ابواب احكام العشرة حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٧٦

...

البادى منهما اظلم و وزره و وزير صاحبه عليه ما لم يعتذر الى المظلوم «١». و فى

رواية اخرى باختلاف فى صدرها لسند و ذيل المتن اذ فيها ما لم يتعد المظلوم «٢» و الاولى صحيحة و الثانية حسنة و على هذا فلا اغتشاف فى مرجع الضمائر و يكون المستفاد منهما فى بادئ النظر أن الوزرين ثابتان على البادى و ليس على الراد و زر غاية الامران الاولى تدل على البراءة من الوزرين بالاعتذار الى المظلوم مع التوبة و الثانية تدل على ان الوزرين على البادى و ليس على الراد و زر الا اذا تجاوز عن الاعتداء بالمثل و اذا تجاوز كان هو البادى فى خصوص القدر الزائد كما افتي بذلك جمع من الاساطين.

و لكن بعد التدبر فى الخبرين يظهر عدم تمامية ذلك فان التعبير بوزر صاحبه ظاهر فى ثبوت الوزر على الراد و حمله على ارادة مقدار وزر صاحبه لو كان هو البادى ليس باولى من حمله على ارادة مثل وزر صاحبه من دون ان ينقص من وزره شىء و لعل الثانى اظهر. و ثبوت مثل وزر الراد على البادى انما يكون فيما اذا لم يتجاوز عن الاعتداء بالمثل و الا فان تجاوز لا يثبت مثل وزره فى القدر الزائد على البادى لا لقوله (عليه السلام) فى الرواية الثانية ما لم يتعد المظلوم اذ بعد فرض كون الخبرين رواية واحدة مروية بطريقتين كما هو الظاهر اذ من البعيد جدا سؤال الحجاج عن ابى الحسن موسى (عليه السلام) هذه المسألة مرتين ثم نقلهما للراوى عنه لا وجه للاستدلال بشىء من الجملتين اللتين اختلفا فيهما كما لا يخفى بل من جهة عدم صدق الراد عليه فى القدر الزائد بل هو البادى فيه. و لا يبعد دعوى عدم حرمة الرد و عدم ثبوت الوزر على الراد للآيات الظاهرة فى الاعتداء بالمثل فان فيها دلالة على جواز شتم المشتوم بمثل فعله كما نبه على ذلك المحقق الاردبيلي (قدس سره) و لا وجه لحمل الخبر على الاحتمال الاول.

(١) الوسائل باب ١٥٨ من ابواب احكام العشرة فى السفر و الحضر حديث ١.

(٢) الاصول من الكافى ص ٣٢٢ باب السفه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٧٧

ثم أن المرجع فى السب الى العرف (١) و فسره فى جامع المقاصد باسناد ما يقتضى نقصه اليه مثل الوضيع و الناقص. و فى كلام بعض آخر ان السب و الشتم بمعنى واحد و فى كلام ثالث ان السب ان تصف الشخص بما هو ازراء و نقص فيدخل فى النقص كلما يوجب الاذى كالقذف و الحقير و الوضيع و الكلب و الكافر و المرتد و التعبير بشىء من بلاء الله تعالى كالجدام و الابرص، ثم الظاهر انه لا يعتبر فى صدق السب مواجهة المسبوب، نعم يعتبر فيه قصد الاهانة و النقص فالنسبة بينه و بين الغيبة عموم من وجه (٢) و الظاهر تعدد العقاب فى مادة الاجتماع لان مجرد ذكر الشخص بما يكرهه لو سمعه و لو لا لقصد الاهانة غيبة محرمة و الاهانة محرمة آخر.

و بناء على كون الخبر على النحو المذكور فى المكاسب يمكن أن يقال لا اغتشاف فى مرجع الضمائر، فإن الضمير فى كلمة وزره يرجع الى السب المستفاد من قوله يتسابان كما اليه يرجع الضمير فى كلمة صاحبه أى فاعل السب، فيكون مفاد الخبر حينئذ: ان وزر كل سب على فاعله لهتك كل منهما صاحبه، و لا يرتفع ذلك الا بالاعتذار الى المظلوم.

(١) قوله ثم ان المرجع فى السب الى العرف.

و الظاهر من العرف و اللغة، و لا أقل من كون ذلك هو المتيقن لو سلم اجمال مفهومه،
كون السب متحدا مع الشتم و انه يعتبر فيه كونه تنقيصا و ازراء و اعتبار الالهانة و التعبير فى مفهومه و عليه فيعتبر فى مفهومه قصد
الهتك و لا يعتبر فيه مواجهة المسبوب.

و أما اعتبار قصد الانشاء فلم يدل عليه دليل، بل الظاهر صدقه مع قصد الاخبار أيضا.
فما ذكره المحقق الايروانى من ان النسبة بين السب و الغيبة من التباين هو جهة ان السب هو ما كان بقصد الانشاء، و أما الغيبة فجملة
خبرية.

غير تام، بل الصحيح هو ما ذكره المصنف من.

(٢) ان النسبة بينهما عموم من وجه.

إذ ربما يصدق السب و لا يصدق الغيبة كما لو خاطب المسبوب بصفة مشهورة بقصد الالهانة، بل لو خاطبه بالمذمة و التنقيص، فإن
الغيبة لا تصدق مع المواجهة فتدبر.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٧٨

ثم انه يستثنى من المؤمن المظاهر بالفسق (١) لما سيجىء فى الغيبة من انه لا حرمة له.

و هل يعتبر فى جواز سبه كونه من باب النهى عن المنكر فيشترط بشروطه أم لا، ظاهر النصوص و الفتاوى، كما فى الروضة الثانى و
الاحوط الاول و يستثنى منه المبتدع أيضا (٢) لقوله صلى الله عليه و آله اذا رأيتم أهل البدع من بعدى فاطهروا البراءة منهم، و أكثروا
من سبهم و الوقعة فيهم.

و قد تصدق الغيبة و لا يصدق السب كما لو اظهر عيوبه من دون قصد الى الالهانة و التنقيص، و قد يجتمعان و يتعدد العقاب فى مورد
الاجتماع.

المستثنيات

(١) قوله و يستثنى من المؤمن المتظاهر بالفاسق.

اذ يدل على جواز سب المتظاهر بالفاسق فى الجملة ما دل من النصوص على ان الفاسق اذا تجاهر بفسقه لا حرمة له، و سيأتى ذكرها
فى مسألة الغيبة فانها تدل على ان المتظاهر بالفاسق يوجب سلب احترام الفاسق، هذا بالنسبة الى المعصية التى تجاهر فيها.
و أما بالنسبة الى المعاصى التى لم يتجاهر فيها فجواز السب بها و عدمه مبنيان على ما سيأتى تحقيقه فى تلك المسألة من ان قوله عليه
السلام لا حرمة له هل يدل على زوال الاحترام بقول مطلق او بالنسبة الى خصوص تلك المعصية فانتظر.
و منه يظهر حكم سبه بغير ما ليس فى المسبوب و لم يكن معصية، و أما السب بما ليس فيه فهو افتراء محرم بلا كلام.
(٢) قوله و يستثنى منه المبتدع أيضا.

و المراد منه المبتدع فى الاحكام الشرعية، إذ المبتدع فى الاصول الاعتقادية كافر لا يشمل ما دل على حرمة السب فخروجه ليس الا
استثناء منقطعاً.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٧٩

و يمكن أن يستثنى من ذلك ما اذا لم يتأثر المسبوب عرفاً (١) بأن لا يوجب قول هذا القائل فى حقه مذلة و لا نقصا كقول الوالد
لولده او السيد لعبده عند مشاهدة ما يكرهه يا حمار و عند غيظه يا خبيث و نحو ذلك سواء لم يتأثر المقول فيه بذلك بأن لم يكرهه
أصلاً أو تأثر به بناء على ان العبرة بحصول الدال و النقص فيه عرفاً و يشكل الثانى بعموم ادلة حرمة الايذاء

و يشهد لاستثناء المبتدع بالمعنى المذكور، جملة من النصوص.

كصحيح داود بن سرحان عن الامام الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله اذا رأيتم اهل الريب و البدع من بعدى فاطهروا و البراءة منهم و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقعة، و باهتوهم كى لا يطمعوا فى الفساد فى الاسلام و يحذرهم الناس و لا يتعلمون من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات و يرفع لكم به الدرجات فى الآخرة «١» و نحوه غيره.

و مقتضى اطلاق قوله عليه السلام و أكثروا من سبهم و القول فيهم لو لم يكن صريحه، و صريح قوله عليه السلام و باهتوهم جواز السب بغير ما تظاهر فيه من البدعة و بما ليس فيه.

و بذلك يظهر ان هذا غير المستثنى المتقدم.

فما أفاده الاستاذ الاعظم من انه لا وجه لجعله من المستثنيات باستقلاله فإنه ان كان المراد به المبتدع فى الاحكام الشرعية فهو متجاهر بالفسق، غير سديد.

(١) قال المصنف قدس سره و يمكن ان يستثنى من ذلك ما اذا لم يتأثر المسبب...

و فيه: ان عدم تأثر المسبب بالمعنى المذكور- أى عدم كون السب اهانة المسبب فى نظر العرف- موجب لعدم صدق السب عليه، فلا يحرم من هذه الجهة، و عليه فلا يصح جعل ذلك استثناء من حرمة السب الا بنحو الاستثناء المنقطع.

و أما إذا كان السب موجبا لاهانة المسبب فهو حرام كان السب ابا للمسبب او سيدا او معلما له او غيرهم لإطلاق الادلة.

(١) الوسائل، باب ٣٩، من أبواب الامر و النهى و ما يناسبهما، حديث ١.

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ١، ص: ٣٨٠

نعم لو قال السيد ذلك فى مقام التأديب جاز لفحوى جواز الضرب (١) و أما الوالد فيمكن استفادة الجواز فى حقه مما ورد من مثل قولهم عليهم السلام انت و مالك لايبك (٢) فتأمل مضافا الى استمرار السيرة بذلك الا أن يقال ان استمرار السيرة انما هو مع عدم تأثر السامع و تأذيه بذلك، و من هنا يوهن التمسك بالسيرة فى جواز سب المعلم للمتعلم فان السيرة انما نشأت فى الازمنة السابقة من عدم تألم المتعلم بشتم المعلم لعد نفسه ادون من عبده بل ربما كان يفتخر بالسب لدلالته على كمال لطفه. و أما زماننا هذا الذى يتألم المتعلم فيه من المعلم مما لم يتألم به من شركائه فى البحث من القول و الفعل فهل ايذاؤه يحتاج الى الدليل و الله الهادى الى سواء السبيل.

و استدلل للجواز فى سب الوالد ولده و المعلم متعلمه و السيد عبده: بأن سب هؤلاء فخر للمسبب و تأديب له، و بالسيرة على الجواز فى الموارد المذكورة.

و فيهما نظر:

أما الاول: فلان عنوانى التأديب و الفخر منافيان لعنوان السب، فان المأخوذ فى حقيقة السب الهتك و الاهانة، فلا يمكن اجتماعهما فى مورد واحد.

و أما الثانى فلان ثبوت السيرة المستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام فى موارد الهتك و الظلم ممنوع.

(١) و قد استدلل فى المتن لجواز سب السيد عبده: بفحوى ما دل على جواز ضربه «١».

و فيه: ان مناط حرمة السب لو كان بعينه مناط حرمة الضرب و هو الايذاء كان الاستدلال المزبور له وجه و إن أمكن منعه أيضا من جهة ان الايذاء بالقول أشد من الايذاء بالضرب، و أما إذا لم يكن ذلك مناطه و لم تكن حرمة السب من جهة انطباق عنوان محرم

عليه صادق على الضرب أيضاً، بل كان السب له خصوصية كما هو الظاهر من الأدلة فلا وجه للاستدلال المزبور أصلاً.

(٢) و استدلال لجواز سب الولد ولده: بضم الجملة الواردة في النصوص «٢» الصحيحة

(١) الوسائل، باب ٣٠ من أبواب مقدمات الحدود.

(٢) الوسائل، باب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٨١

...

و هي: أنت. و مالك لايبك بالفحوى التى استدلت بها فى المملوك، فانه يستنتج من ذلك جواز سب الاب ابنه.

و بفحوى ما دل على جواز تأديب الولد الصغير بالضرب «١» فانه يدل على جواز سب بالاولوية، و بضميمة استصحاب الجواز الى حال الكبر يثبت المطلوب.

و فيهما نظر:

أما الاول: فلان تلك الجملة ناظرة الى الجهات الاخلاقية، و لا تدل على الملكية الحقيقية، كى يكونا من مصاديق السيد و عبده، و لا الملكية التنزيلية كى يكونا بحكمهما لإطلاق التنزيل، اذ لا ريب فى انه ليس للاب التصرف فى أموال الابن تصرفه فى ماله.

و قد ورد فى جملة من النصوص «٢» ان للاب ان يستقرض من مال ابنه، و لو كان الاب مالكا للابن و أمواله لما احتاج الى الاستقراض مع انك قد عرفت عدم ثبوت الفحوى المزبورة.

و أما الثانى: فلمنع الاولوية كما تقدم.

مضافا الى ان ذلك الدليل دل على جواز التأديب بالضرب، فيدل على جواز ذلك بالسب لا على جواز السب بنفسه الذى عرفت انه عنوان منافع لعنوان التأديب.

مع انا أشرنا فى هذا الكتاب مرارا الى ان الاظهر عندنا عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام.

فتحصل: ان استثناء هذه الموارد فى غير محله.

(١) الوسائل، باب ٨٥، من أبواب أحكام الاولاد من كتاب النكاح.

(٢) الوسائل، باب ٧٨، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٨٢

العاشرة السحر حرام

اشارة

فى الجملة بلا خلاف، بل هو ضرورى (١) كما سيجىء و الاخبار به مستفيضة منها ما تقدم من ان الساحر كالكافر.

و منها قوله عليه السلام من تعلم شيئاً من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر و كان آخر عهده بربه وحده ان يقتل، الا ان يتوب (٢).

حرمة السحر

(١) قوله العاشرة السحر حرام فى الجملة بلا خلاف بل هو ضرورى.

و الكلام فيه مقامين: الاول فى حكم السحر.

الثانى: فى بيان موضوعه.

أما الاول: فالمشهور بين الاصحاب كون السحر حراما فى الجملة، بل لا خلاف فيه،

بل هو ضرورى فضلا عن إجماع المسلمين عليه.

و الاخبار به مستفيضة منها ما فى نهج البلاغة من ان الساحر كالكافر «١».

(٢) اشارة الى حسن أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه: ان عليا عليه السلام قال:

من تعلم شيئا من السحر قليلا أو كثيرا فقد كفر و كان آخر عهده بربه، وحده ان يقتل الا أن يتوب «٢».

و منها: «٣» خبر السكونى عنه عليه السلام المذكور فى المتن و قد ضعفه الاستاذ للنوفلى، و قد مر فى المسألة السابقة انه من الحسان.

قوله صلى الله عليه و آله لان السحر و الشرك مقرونان أى الجملة الثانية بمنزلة الصغرى للاولى،

فيكون مفاد الخبر - و الله العالم - ان الشرك و السحر مقرونان و مجتمعان فى

(١) نهج البلاغة، ١٠٥، خطبة ٧٩.

(٢) الوسائل، باب ٢٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

(٣) الوسائل، باب ٢٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٨٣

و فى رواية السكونى عن الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله ساحر المسلمين يقتل و ساحر الكفار لا يقتل،

قيل: يا رسول الله صلى الله عليه و آله لم لا يقتل ساحر الكفار، قال: لان الشرك أعظم من السحر و لان السحر و الشرك مقرونان. فى

نبوى آخر ثلاثة لا يدخلون الجنة مدمن خمر و مدمن سحر و قاطع رحم (١) الى غير ذلك من الاخبار.

المشرك الساحر، و الشرك أعظم من السحر، فاذا اجتمع السحر مع ما هو أعظم منه سقط أثره.

(١) اشارة الى خبر أبى موسى الأشعري عنه صلى الله عليه و آله «١».

و قد ورد فى جملة من نصوص الباب ما دل على انه يقتل، و فى جملة اخرى انه كافر.

أما الحكم بقتله فهو المشهور بين الاصحاب، و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه، و عن بعض متأخري المتأخرين تقييده بكونه

مستحلا له.

أما اذا كان مستحلا للسحر فلا ينبغى التوقف فى الحكم بقتله لصيرورته بذلك منكرا للضرورى الدين مضافا الى نصوص الباب.

و أما اذا لم يكن مستحلا له فيدل على انه يقتل اطلاق جملة من النصوص كخبر السكونى المتقدم و فيه: ساحر المسلمين يقتل.

و خبر أبى البخترى: من تعلم شيئا من السحر قليلا أو كثيرا فقد كفر و كان آخر عهده بربه وحده الا أن يتوب «٢» و نحوهما غيرهما.

و قد توقف الاستاذ الاعظم فى الحكم بقتله بدعوى انه و ان ورد فى الروايات العديدة ان حد الساحر هو القتل الا انها روايات ضعيفة.

و فيه: ما تقدم من عدم كون خبر السكونى ضعيفا، و أما حسن اسحاق فقد اعترف هو دام ظله بكونه حسنا مع انه لو سلم ضعف

الروايات فهو مجبور بالشهرة الفتوائية.

(١) الوسائل، باب ٢٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٢) الوسائل، باب ٢٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٨٤

...

و أما الحكم بالكفر، فهو وإن كان ظاهر جملة من النصوص إلا أنه لا يمكن الاخذ

بظاهرها، و يتعين حملها على ارادة مستحل السحر او من يدعى به الرسالة او من يدعى ما لا يقدر عليه الا الله، او حملها على المبالغة في الحرمة، و ذلك لما في جملة أخرى منها ما ينافي ذلك، ففي نهج البلاغة: الساحر كالكافر، و في حسن السكوني: ساحر المسلمين يقتل و ساحر الكفار لا يقتل. إذ لو كان الساحر كافرا لما كان بينهما فرق، و فيه أيضا تعليل الفرق بينهما بأن الشرك أى الكفر أعظم من السحر.

و في خبر الامام العسكري في قصة هاروت و ماروت قوله عليه السلام: فلا تكفر باستعمال هذا السحر و طلب الاضرار به و دعاء الناس الى ان يعتقدوا انك به تحيي و تميت و تفعل ما لا يقدر عليه الا الله فان ذلك كفر «١».

و في المرسل فيمن أخذ السحر صناعة لنفسه حل و لا تعقد «٢».

و لانه لا كلام عندهم في عدم ترتيب آثار الارتداد من قسمة الاموال و بينونة زوجته و غيرها عليه لو صار المسلم ساحرا.

و يضاف الى جميع ذلك قيام السيرة المستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام على عدم معاملة الكافر مع الساحر.

و قد يقال: انه يعتبر في ترتب حكم السحر عليه كون ذلك مضرا بالمسحور.

و فيه ان كان ذلك لاجل دعوى اعتبار الاضرار في موضوع السحر كما عن الشهيدان فسيأتى الكلام فيه.

و ان كان لاجل النصوص الخاصة، بدعوى ان بعض النصوص الواردة في قصة هاروت و ماروت يدل على ذلك.

فيرد عليه: انه لا مفهوم له كى يدل على عدم حرمة غير المضر منه و يوجب تقييد المطلقات، فالاقوى - بناء على عدم اعتبار الاضرار في السحر - حرمة مطلقا سواء كان مضرا أم لا، كما عن جمع من الاساطين لإطلاق الادلة.

(١) الوسائل، باب ٢٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٢) الوسائل، باب ٢٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٨٥

ثم ان الكلام هنا يقع في مقامين:

الاول: في المراد بالسحر و هو لغة على ما عن بعض أهل اللغة: ما لطف مأخذه ودق السحر انتهى.

و عن بعضهم انه صرف الشيء عن وجهه.

و عن ثالث انه الخدع.

و عن رابع: انه إخراج الباطل في صورة الحق، و قد اختلفت عبارات الاصحاب في بيانه، فقال العلامة قدس سره في القواعد و التحرير،

انه كلام يتكلم به او يكتبه او رقيه أو يعمل شيئا يؤثر في بدن المسحور او قلبه او عقله من غير مباشرة.

و زاد في المنتهى او عقد.

و زاد في المسالك أو أقسام و عزائم يحدث بسببها ضرر على الغير.

و زاد في الدروس الدخنة و التصوير و النفث و تصفية النفس، و يمكن ان يدخل جميع ذلك في قوله في القواعد او يعمل شيئا، نعم

ظاهر المسالك و محكى الدروس أن المعتبر في السحر الاضرار فإن أريد من التأثير في عبارة القواعد و غيرها خصوص الاضرار بالمسحور فهو، و الا كان أعم، ثم ان الشهيدين عدا من السحر استخدام الملائكة و استنزال الشياطين في كشف الغائبات و علاج المصاب و استحضارهم و تلييسهم ببدن صبي او امرأة و كشف الغائبات عن لسانه، و الظاهر ان المسحور فيما ذكره هي الملائكة و الجن و الشياطين و الاضرار بهم يحصل بتسخيرهم و تعجزهم من المخالفة له، و الجائهم الى الخدمة.

و قال في الايضاح انه استحداث الخوارق اما بمجرد التأثيرات النفسانية و هو السحر او بالاستعانة بالفلكيات فقط، و هو دعوة الكواكب او بتزيج القوى السماوية بالقوى الارضية و هي الطلسمات او على سبيل الاستعانة بالارواح الساذجة و هي العزائم و يدخل فيه النيرنجات و الكل حرام في شريعة الاسلام و مستحله كافر انتهى.

و تبعه على هذا التفسير في محكى التنقيح و فسر النيرنجات في الدروس بإظهار غرائب خواص الامتراجات و اسرار النيرين.

و في الايضاح اما ما كان على سبيل الاستعانة بخواص الاجسام السفلية، فهو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٨٦

علم الخواص او الاستعانة بالنسب الرياضية فهو علم الحيل و جرّ الاثقال و هذان ليسا من السحر انتهى.

و ما جعله خارجا قد أدخله غيره و في بعض الروايات دلالة عليه و سيجيء المحكى و المروى و لا يخفى ان هذا التعريف اعم من الاول لعدم اعتبار مسحور فيه فضلا عن الاضرار ببدنه او عقله.

و عن الفاضل المقداد في التنقيح انه عمل يستفاد منه ملكة نفسانية يقتدر بها على أفعال غريبة بأسباب خفية، و هذا يشمل علمي الخواص و الحبل.

و قال في البحار بعد ما نقل عن أهل اللغة انه ما لطف و خفى سببه انه في عرف الشرع مختص بكل أمر يخفى سببه، و يتخيل على غير حقيقته و يجري مجرى التمويه و الخداع انتهى.

حقيقة السحر

و أما المقام الثاني: و هو بيان حقيقة السحر، فقد اختلفت كلمات أئمة اللغة و الفقه في

بيان حقيقة السحر، و قد ذكر المصنف قدس سره جملة منها في المتن:

و الذى يظهر بعد المراجعة الى موارد استعمال هذه الكلمة و مشتقاتها عند أهل اللسان، و التدبر في مجموع التفاسير المنقولة عن الفقهاء العظام و أئمة اللغة و ضم بعضها ببعض: ان السحر هو صرف الشىء عن وجهه على سبيل التمويه و الخدعة، و قلبه من جنسه فى الظاهر لا فى الحقيقة، و تصويره على خلاف صورته الواقعية، فهو أمر لا واقعية له، بل مجرد تصرفات خيالية.

و بعبارة أخرى: أنه تمويهات، لا حقيقة لها، يخيل الى المسحور ان لها حقيقة، نعم ربما يترتب عليه أمر واقعي، كما لو أظهر الساحر للمسحور شيئا مهولا- فخاف منه و مات او صار مجنونا فإن الموت او الجنون و إن كان واقعيًا، إلا أنه من آثار السحر لا انه بنفسه السحر، و بهذا الاعتبار يطلق السحر على طلى الفضة بالذهب، و اطلق المشركون الساحر على النبي الصادق حيث تخيلوا انه صلى الله عليه و آله يظهر الباطل بصورة الحق بتسخير اعين الناس و قلوبهم، و نفاه عنه سبحانه تعالى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٨٧

...

و أما ما عن القاموس من تفسيره بما لطف مأخذه و دق فهو تفسير بالاعم بلا كلام،

فإن كثيرا من ما لطف مأخذه و دق كالتقوة الكهربائية و ما شابهها ليست من السحر قطعا،

كما ان ما عن جمع من تفسيره بصرف الشيء عن وجهه تفسير بالاعم.

ثم انه لا- وجه بحسب المتفاهم العرفي لاعتبار الاضرار في صدق السحر كما عن المسالك، و لا لاعتبار كون السحر مؤثرا في بدن المسحور او عقله او قلبه من غير مباشرة كما عن العلامة قدس سره كما يظهر من الرجوع الى أهل اللسان.

فإن قيل: انه قد أطلق في خبر الاحتجاج الآتي المروي في المكاسب على جملة أمور غير ما ذكر كالسرعة، و الخفة، و النيمية، فيستكشف من ذلك كون السحر أعم من ما ذكر.

أجبنا عنه مضافا الى ضعف الخبر للارسال: ان الاطلاق أعم من الحقيقة، بل الظاهر ان اطلاق السحر على بعض تلك الامور انما يكون بنحو من العناية و المجاز.

فإن قيل: ان ما رواه الصدوق في الفقيه، في المرأة التي صنعت شيئا يعطف زوجها عليها فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله أف لك كدرت البحار و كدرت الطين و لعنتك الملائكة الاخير و ملائكة السماء و الارض، الحديث، «١» يدل على أن من السحر إحداث حب مفرط في الشخص، كما استدل به المصنف لذلك.

أجبنا عنه: أولا: انه لتضمنه توبيخ النبي صلى الله عليه و آله اياها و حكمه عليها بعدم قبول التوبة و استقباله اياها باللعن و إن كان دالا على الحرمة، إلا أنه ليس فيه شهادة على ان وجه الحرمة انطبق عنوان السحر عليه.

فإن قيل: إن الآية الشريفة (فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء و زوجته) «٢»

تدل على ان من السحر ايجاد التفرقة بين الزوجين.

(١) المستدرک، باب ٢٢، من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

(٢) سورة البقرة، آية ١٠٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٨٨

و هذا أعم من الكل لانه ذكر بعد ذلك ما حاصله ان السحر على أقسام:

الاول: سحر الكلدانيين (١) الذين كانوا في قديم الدهر و هم قوم كانوا يعبدون الكواكب و يزعمون انها المدبرة لهذا العالم، و منها تصدير الخيرات و الشرور و السعادات و النحوسات، ثم ذكر انهم على ثلاثة مذاهب فمنهم.

من يزعم انه الواجبة لذاتها الخالقة للعالم.

و منهم من يزعم انها قديمة لقدم العلة المؤثرة و منهم من يزعم انها حادثه مخلوقة فعالة مختارة، فوض خالقها أمر العالم اليها و الساحر عند هذه الفرق من يعرف القوى العالية الفعالة بسائطها و مركباتها و يعرف ما يليق بالعالم السفلى و يعرف معداتها ليعدها و عوائقها ليرفعها بحسب الطاقة البشرية فيكون متمكنا من استحداث ما يخرق العادة.

قلنا: أولا ان في ذلك أقوالا للمفسرين: أحدها: انه كان من شرع سليمان ان من تعلم السحر بانت منه زوجته: ثانيها: انه اذا تعلم السحر كفر فحرمت عليه امرأته.

و في المقام أقوال اخر، فمن اراد الاطلاق عليها فليراجع كتب التفسير.

و ثانيا: انه لا- يمكن العمل باطلاق الخبر، و الا- لزم الالتزام بحرمة احداث الحب في قلب الزوج بالاخلاق الحسنة التي أمر بها في النصوص، و هذا مما لا يمكن الالتزام به و عليه فلا بد من حمله على كون آله احداث الحب ما يكون محرما بل موجبا للارتداد و الا لما كان وجه لعدم قبوله صلى الله عليه و آله و سلم توبتها.

و بما ذكرناه في بيان حقيقة السحر ظهر الفرق بينه و بين المعجزة، فإن المعجزة أمر واقعي و لها واقعية لكنه غير جارية على السير الطبيعي، بل هي أمر خارق العادة.

أقسام السحر

(١) في بعض النسخ الكذابين- و في المصدر الكلدانيين و الكذابين و كيف كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٨٩

الثاني: سحر أصحاب الاوهام و النفوس القوية (١).

فيرد على ما أفاده في هذا القسم- انه قد مر في مبحث التنجيم ان معتقد تأثير الكواكب في العناصر السفلية استقلالا كافر، من غير فرق بين الفرق الثلاث، و لكن الكلام في ان استحداث ما يخرق العادة هل يصدق عليه السحر أم لا؟ و الاظهر عدمه لعدم انطباق ما ذكرناه في تفسيره الذي ذكره المحقق المجلسي أيضا قبل بيان هذه الانواع على ذلك، فانه عبارة عن صرف الشيء عن وجهه على سبيل الخدعة من دون أن يكون له واقعية.

(١) أفاد قدس سره في توجيهه أنه قد ثبت إمكان تأثير النفوس في مواد هذا العالم، و هذه النفوس الفعالة تارة، تكون بواسطة الرياضات قوية شديدة الانجذاب الى عالم السماوات و تكون مستغنية في التأثير في صدور الامور الغريبة الخارقة للعادة عن الاستعانة بأدوات سحرية أخرى، و أخرى تكون ضعيفة ممزوجة باوساخ المواد فتحتاج الى الاستعانة بها انتهى ملخصا.

و فيه: انه لا إشكال في عدم انطباق ما اخترناه في معنى السحر على ذلك، فإن النفوس الصافية بالرياضات المؤثرة في الامور التكوينية التي منها نفوس اولياء الله تعالى و إن كانت تصرف الاشياء عن وجهها، لكنه ليس صرفا على سبيل الخدعة، من دون أن يكون له واقعية بل يكون صرفا حقيقيا.

و لا- تكون تصفية النفس بنفسها من المحرمات، بل تصفيتها بالرياضات الحقة مطلوبة للشارع، نعم التصفية بالامور الباطلة محرمة لحرمة أسبابها.

و أما المعتقد بتأثير النفوس في الامور التكوينية فإن اعتقد تأثيرها فيها استقلالا او مع الله تعالى، فهو كافر بلا كلام.

و أما ان اعتقد أن الله تعالى هو المؤثر الاعظم و يكون تأثيرها فيها كتأثير سائر العلل و الموجدات التكوينية، فلا وجه للحكم بكفره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٩٠

الثالث: الاستعانة بالارواح الارضية، و قد أنكرها بعض الفلاسفة، و قال بها الاكابر منهم و هي في أنفسها مختلفة فمنهم خيرة و هم مؤمنو الجن و شريرة و هم كفار الجن و شياطينهم. (١) الرابع: التخيلات و الاخذ بالعيون مثل راكب السفينة يتخيل نفسه ساكنا و الشط متحركا (٢).

(١) و أضاف في البحار ان المراد بها الاجنة و هي مختلفة الاصناف، فمنها خيرة و منها شريرة، و هي قادرة عالمة مدركة للجزئيات، و اتصال النفوس الناطقة بها اسهل من اتصالها بالارواح السماوية، الا ان القوة الحاصلة للنفوس الناطقة بواسطة الاتصال بهذه الارواح اضعف من القوة الحاصلة لها بسبب اتصالها بتلك الارواح السماوية، و أصحاب التجربة شاهدوا ان الاتصال بهذه الارواح يحصل بأعمال سهلة قليلة من الرق و التجريد و الدخن، فهذا النوع هو المسمى بالعزائم و عمل تسخير الجن. انتهى ملخصا.

و قد عرفت من ما تقدم عدم صدق السحر على ذلك، و أما من حيث حكمه فسيأتي الكلام فيه في آخر هذا المبحث.

و عن المعتزلة: الاتفاق على تكفر من يجوز ذلك، لانه مع هذا الاعتقاد لا يمكنه ان يعرف صدق الانبياء.

وفيه: ان من يظهر هذه الاشياء على يده، أما ان لا يدعى النبوة فلا يفضى الامر الى التلبيس، و ان ادعى النبوة فعلى الله تعالى ان لا يظهر على يد هذه الاشياء.

(٢) و أفاد في توضيحه ان هذا النوع مبنى على مقدمات:

الاولى: ان أغلاط البصر كثيرة، كراكب السفينة يرى نفسه ساكنا و الشط متحركا.

الثانية: ان المحسوسات قد تختلط و لا يتميز بعضها عن بعض، و ذلك فيما اذا ادركت القوة الباصرة المحسوس في زمان قصير جدا ثم أدرك بعده محسوسا آخر.

الثالثة: انه قد تشتغل النفس بشيء و لا يدرك الانسان حينئذ شيئا حاضرا عنده كالوارد على السلطان فانه قد يلقيه شخص آخر و يتكلم معه و هو لا يلتفت اليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٩١

الخامس: الاعمال العجيبة التي تظهر من تركيب الآلات المركبة على نسب الهندسة كرقاص يرقص و فارسان يقتتلان (١)

و بعد معرفة هذه الامور يتضح تصوير هذا النوع من السحر، لان المشعبد الحاذق يظهر عمل شيء يشغل اذهان الناظرين، و يأخذ عيونهم اليه ثم يعمل عملا آخر بسرعة شديدة و حركة خفيفة، و حينئذ يظهر لهم شيء غير ما انتظروه فيتعجبون منه جدا. و لكن هذا النوع هو الشعبة، و الفرق بينها و بين السحر: ان السحر لا واقعية له أصلا و هي أمر له واقعية و ليس خياليا محضاً، و اطلاق السحر على هذا النوع في خبر الاحتجاج قد مر انه مبنى على العناية و المجاز. و أما حكم هذا القسم في يأتي الكلام فيه في المسألة الآتية.

(١) و في البحار النوع الخامس: الاعمال العجيبة التي تظهر من تركيب الآلات المركبة على النسب الهندسية تارة و على ضرورة الخلا أخرى.

مثل فارسين يقتتلان فيقتل أحدهما الآخر، و كفارس على فرس في يده بوق كلما مضت ساعة من النهار ضرب البوق من غير ان يمسه أحد، و منها الصور التي تصورها الروم و أهل الهند حتى لا يفرق الناظر بينها و بين الانسان، حتى يصورونها ضاحكة و باكية، و حتى يفرق فيها بين ضحك السرور و ضحك الخجل و ضحك الشامت. فهذه الوجوه من لطيف أمور التخائيل، و كان سحر سحره فرعون من هذا القبيل.

و لكن الاعمال العجيبة التي تظهر من تركيب الآلات المركبة المتعارفة في زماننا كالتائرات و الراديو و غيرها ليست من السحر قطعاً كما اعترف به المجلسي قدس سره. و كون سحر سحره فرعون من هذا النوع غير ثابت.

و لا دليل على حرمة ذلك لو لم نقل برجحانه ما لم ينطبق عليه أحد العناوين المحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٩٢

السادس: الاستعانة بخواص الادوية مثل ان يجعل في الطعام بعض الادوية المبلدة أو المزيلة للعقل او الدخن المسكر او عصارة البنج المجعول في الملابس، و هذا مما لا سبيل الى انكاره و اثر المغناطيس شاهد. (١) السابع: تعليق القلب هو ان يدعى الساحر انه يعرف علم الكيمياء و علم اللبنة و الاسم الاعظم حتى يميل اليه العوام، و ليس له أصل (٢).

(١) و فيه انه لا ينبغي التوقف في ان هذا ليس من السحر، فإن اطعام الغير طعاما يوجب زوال عقله كاطعامه طعاما يوجب وجع بطنه، و مجرد عدم معلومية ذلك على عامة الناس لا يوجب صدق عنوان السحر عليه و الا لزم كون علم الطب من السحر.

نعم ان انطبق عليه أحد العناوين المحرمة كعنوان الاضرار بالغير- لو بنينا على حرمة- حرم و الا فلا.

(٢) و فى البحار النوع السابع من السحر: تعليق القلب.

و هو ان يدعى الساحر انى أعرف الاسم الاعظم و ان الجن يطيعوننى و ينقادون لى فى أكثر الامور، فاذا اتفق ان كان السامع ضعيف العقل قليل التمييز اعتقد انه حق و تعلق قلبه بذلك و حصل فى نفسه نوع من الرعب و المخافة، فاذا حصل الخوف ضعفت القوى الحساسة، فحينئذ يتمكن الساحر من ان يفعل ما يشاء، و من جرب الامور و عرف أهل العالم علم ان لتعلق القلب أثرا عظيما فى تنفيذ الاعمال و إخفاء الاسرار.

وفيه: انه ان اريد ان الدعوى المذكورة بأنفسها، أو من حيث ترتب ميل العوام الى المدعى لها من السحر، فهو بديهي الفساد، إذ مجرد ذلك لا يصدق عليه السحر و الا لزم كون الاستمالة بمطلقها سحرا و هو كما ترى، و إن أريد ان السحرة هو ما يفعله المدعى لهذه الدعوى من الخوارق بعد حصول تعلق القلب و ضعفه، فيرد عليه: ان ذلك أمر واقعى و السحر هو ما لا واقعية له، بل خيالى محض.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٩٣

الثامن: النميمة (١) انتهى الملخص منه و ما ذكره من وجوه السحر بعضها قد تقدم عن الايضاح و بعضها قد ذكر فيما ذكره فى الاحتجاج من حديث الزنديق الذى سأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل كثيرة منها ما ذكره بقوله أخبرنى عن السحر ما أصله و كيف يقدر الساحر على ما يوسف من عجائبه و ما يفعل، قال أبو عبد الله عليه السلام: ان السحر على وجوه شتى منها بمنزلة الطب كما ان الاطباء وضعوا لكل داء دواء و كذلك علماء السحر احتالوا لكل صحة آفة، و لكل عافية عاهة، و لكل معنى حيلة و نوع آخر منه خطفة و سرعة و مخاريق و خفة و نوع منه ما يأخذ اولياء الشياطين منهم، قال: فمن اين علم الشياطين السحر، قال: من حيث علم الاطباء الطب بعضه بتجربة و بعضه بعلاج قال و ما تقول فى الملكين: هاروت و ماروت و ما يقول الناس بانهما يعلمان الناس السحر، قال: انما هما موضع ابتلاء و موقف فتنة تسيحهما اليوم لو فعل الانسان كذا و كذا لكان كذا، و لو تعالج بكذا لصار كذا فيتعلمون منهما ما يخرج عنهما فيقولان لهم انما نحن فتنة فلا تأخذوا عنا ما يضركم و لا ينفعكم، قال: أ فيقدر الساحر على ان يجعل الانسان بسحره فى صورة كلب او حمار او غير ذلك. قال: هو اعجز من ذلك و اضعف من ان يغير خلق الله ان من أبطل ما ركبه الله تعالى و صور غيره فهو شريك لله فى خلقه، تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا لو قدر الساحر على ما وصفت لدفع عن نفسه الهرم و الآفة و الامراض و لنفى البياض عن رأسه و الفقر عن ساحته، و ان من أكبر السحر النميمة يفرق بها بين المتحابين، و يجلب بها العداوة على المتصافين و يسفك بها الدماء و يهدم بها الدور و يكشف بها الستور و النمام شر من وطأ الارض بقدم، فأقرب أقاويل السحر من الصواب انه بمنزلة الطب ان الساحر عالج الرجل فامتنع من مجامعة النساء فجاءه الطيب فعالجه بغير ذلك فأبراه الحديث «١»

(١) و فيه: ان النميمة و ان كانت من المحرمات و من المعاصى الكبيرة الا انها ليست من السحر.

(١) الاحتجاج، ج ٢ ص ٨١ مع اختلاف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٩٤

ثم لا يخفى ان الجمع بين ما ذكر فى معنى السحر فى غاية الاشكال (١) لكن

المهم بيان حكمه لا موضوعه.

المقام الثانى:

فى حكم الاقسام المذكورة فنقول: اما الاقسام الاربعة المتقدمة من الايضاح فيكفى فى حرمتها (٢) مضافا الى شهادة المحدث

المجلسي قدس سره في البحار بدخولها في المعنى المعروف للسحر عند أهل الشرع، فيشمئها الاطلاقات. (٣)

فتحصل: ان شيئاً من هذه الاقسام ليس من السحر موضوعاً بما فسروا له من المعنى، ولعل غرضهم مشاركة تلك الامور للسحر حكماً لا دخولها فيه موضوعاً كما تنادى بذلك عبارة الايضاح التي تقدم نقلها كما نبه على ذلك بعض المحققين.

(١) لكن قد عرفت ان السحر من المفاهيم المبينة، و إن كلمات القوم اما صريحة فيما ذكرناه، أو قابلة للحمل عليه، و ما ذكره من الاقسام أرادوا بها انها ملحقة به حكماً لا موضوعاً كما ينادى بذلك ما ذكره المجلسي قدس سره فإنه قدس سره فسر السحر اولاً بما ذكرناه، ثم بعد ذلك ذكر الاقسام الثمانية، و حيث انه لا يمكن الجمع بين كلماته لعدم انطباق الضابط المذكور على شيء من تلك الانواع فلا محيص الا عن الحمل على ما نبهنا عليه فراجع.

(٢) قال في محكي الايضاح على ما في المكاسب: ان استحداث الخوارث اما بمجرد التأثيرات النفسانية و هو السحر، او بالاستعانة بالفلكيات فقط و هو دعوة الكواكب، أو بتمزيج القوى السماوية بالقوى الارضية و هي الطلسمات، او على سبيل الاستعانة بالارواح الساذجة و هي العزائم، و يدخل فيها النيرنجات، و الكل حرام في شريعة الاسلام و مستحله كافر انتهى. و استدلل لها في المتن بوجهين:

(٣) احدهما شهادة المحدث المجلسي في البحار بدخولها في المعروف للسحر عند أهل الشرع فيشمئها الاطلاقات.

و فيه: اولاً ما تقدم من عدم شهادة المجلسي بكونها من السحر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٩٥

دعوى فخر المحققين في الايضاح كون حرمتها من ضروريات الدين و ان مستحلها كافر و هو ظاهر الدروس أيضاً (١) فحكم بقتل مستحلها فانا و ان لم نطمئن بدعوى الاجماع المنقولة، الا ان دعوى ضرورة الدين مما يوجب الاطمئنان بالحكم و اتفاق العلماء عليه في جميع الاعصار نعم ذكر شارح النخبة ان ما كان من الطلسمات مشتتاً على اضرار او تمويه على المسلمين او استهانة بشيء من حرمة الله كالقرآن و ابعاضه، و اسماء الله الحسنى و نحو ذلك فهو حرام بلا ريب سواء عد من السحر أم لا، و ما كان للاغراض كحضور الغائب و بقاء العمارة و فتح الحصون للمسلمين و نحوه، فمقتضى الاصل جوازه و يحكى عن بعض الاصحاب و ربما يستندون في بعضها الى امير المؤمنين عليه السلام و السند غير واضح و الحق في الدروس تحريم عمل الطلسمات بالسحر و وجهه غير واضح انتهى.

و ثانياً: ان هذه الشهادة معارضةً بشهادة الفخر عدم كون أكثرها منه، و بشهادة الشهيد عدم كون ما لا يكون مضراً من السحر و سيصرح المصنف بتقديم شهادة النافي في المقام على شهادة المثبت.

و ثالثاً: إن شهادته بعد كون المفهوم مبيناً عندنا و نرى عدم صدقه عليها لا تصلح أن تكون مدركاً للحكم الشرعي.

(١) هذا هو ثانيهما و هو دعوى فخر المحققين في الايضاح كون حرمتها من ضروريات الدين، و ان مستحلها كافر، و هو ظاهر الدروس أيضاً و ذلك يوجب الاطمئنان بالحكم.

و يرد عليه: ان دعوى الضرورة لو اوجبت الاطمئنان باتفاق العلماء، مع ان للمنع عنه مجالاً في المقام، لما افتى به شارح النخبة و حكاة عن بعض الاصحاب من جواز بعض ما في الايضاح من الاقسام، لكنها لا توجب الاطمئنان بالحكم بعد استناد المجمعين، او احتمال استنادهم الى ما بأيدينا من الادلة الضعيفة.

و أما ما أورده عليه جمع من المحشين منهم الاستاذ الاعظم بمعارضة هذه الدعوى بشهادة الفخر و المسالك.

فغريب، إذ المشهود به في كلمات هؤلاء عدم كونها من السحر موضوعاً لا عدم الحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٩٦

و لا وجه أوضح من دعوى الضرورة من فخر الدين و الشهيد قدس سره و أما غير تلك الاربعة، فإن كان مما يضر بالنفس المحترمة فلا اشكال ايضا في حرمة و يكفى في الضرر صرف نفس المسحور عن الجريان على مقتضى ارادته فمثل إحداث حب مفرد في الشخص يعد سحرا.

روى الصدوق في الفقيه في باب عقاب المرأة على أن تسحر زوجها بسنده عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله لامرأة سألته ان لى زوجها و به غلظه على و انى صنعت شيئا لأعطفه على فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله أف لك كدرت البحار و كدرت الطين و لعنتك الملائكة الاخير و ملائكة السماء (السموات) و الارض، قال: فصامت المرأة نهارها و قامت ليلها و حلقت رأسها و لبست المسوح فبلغ النبي صلى الله عليه و آله فقال: ان ذلك لا يقبل منها بناء على ان الظاهر من قولها صنعت شيئا المعالجة بشيء غير الادعية و الصلوات و نحوهما، و لذا فهم الصدوق منها السحر و لم يذكر في عنوان سحر المرأة غير هذه الرواية.

و أما ما لا يضر فان قصد به رفع ضرر السحر او غيره من المضار الدنيوية او الاخروية، فالظاهر جوازه مع الشك في صدق اسم السحر عليه للاصل بل فحوى ما سيجيء من جواز دفع الضرر بما علم كونه سحرا، و الا- فلا دليل على تحريمه الا ان يدخل في اللهو او الشعبة، نعم لو صح سند رواية الاحتجاج صح الحكم بحرمة جميع ما تضمنه و كذا لو عمل بشهادة من تقدم كالفاضل المقداد و المحدث المجلسي قدس سره بكون جميع ما تقدم من الاقسام داخلا في السحر اتجه الحكم بدخولها تحت اطلاقات المنع عن السحر لكن الظاهر استناد شهادتهم الى الاجتهاد مع معارضته بما تقدم من الفخر من اخراج علمى الخواص و الحيل من السحر و ما تقدم من تخصيص صاحب المسالك و غيره، السحر بما يحدث ضررا بل عرفت تخصيص العلامة له بما يؤثر في بدن المسحور او قلبه او عقله فهذه شهادة من هؤلاء على عدم عموم لفظ السحر لجميع ما تقدم من الاقسام و تقديم شهادة الاثبات لا يجرى في هذا الموضع لان الظاهر استناد المثبتين الى الاستعمال و النافين الى الاطلاع على كون الاستعمال مجازا للمناسبة و الاحوط الاجتناب عن جميع ما تقدم من الاقسام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٩٧

في البحار، بل لعله لا يخلو عن قوة لقوة الظن من خبر الاحتجاج و غيره.

بقى الكلام في جواز دفع ضرر السحر بالسحر (١) و يمكن ان يستدل به له مضافا الى الاصل بعد دعوى انصراف الأدلة الى غير ما قصد به غرض راجح شرعا (٢) بالاخبار منها ما تقدم في خبر الاحتجاج (٣).

دفع ضرر السحر بالسحر

(١) قوله بقى الكلام في جواز دفع ضرر السحر بالسحر.

المشهور بين الاصحاب على ما نسب اليهم هو ذلك، و عن العلامة في جملة من كتبه و الشهيدين، و الميسى: المنع من ذلك الا مع انحصار سبب الحل فيه.

و قد استدلل للجواز مطلقا بوجوه:

(٢) الاول: ما فى المتن و هو انصراف الأدلة الى غير ما قصد به غرض راجح شرعا، فمع تعلق غرض الدفع به لا وجه للحرمة.

و يرد عليه منع الانصراف فى قوله عليه السلام من تعلم شيئا من السحر قليلا أو كثيرا فقد كفر و كان آخر عهده بربه «١».

(٣) الثانى: ما فى المتن أيضا، و هو ان الاخبار الساحر ظاهرة فى ارادة من يخشى ضرره، فلو اراد الساحر دفع ضرر السحر به لا وجه

للحرمة.

و فيه انه ان اريد به أخذ الاضرار فى مفهومه، فيرد عليه ما تقدم من منع ذلك و ان اريد به انصرافه الى ذلك فيرد عليه ما أوردناه على الوجه الاول.

الثالث: أخذ الضرر فى مفهوم السحر، فمع عدم الاضرار لا يصدق عليه السحر.

و فيه ما عرفت عند بيان حقيقته منع أخذ الاضرار فى مفهومه.

الرابع: ما ذكره الاستاذ الاعظم و هو الآية الشريفة (و ما أنزل على الملكين ببابل هاروت و ماروت و ما يعلمان من أحد حتى يقولوا انما نحن فتنة «٢»).

(١) الوسائل، باب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

(٢) البقرة، ١٠٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٣٩٨

...

بدعوى ان السحر لو لم يكن جائز الاستعمال حتى فى مقام دفع الضرر لم يجز تعليمه

أصلاً، فجواز التعليم يدل على جواز العمل به فى الجملة. و القدر المتيقن منه هو صورة دفع ضرر الساحر.

و لكن يرد عليه: انه يمكن ان يقال بعدم دلالة الآية الشريفة على جواز التعليم، إذ لا وجه لهذه الدعوى سوى ظهورها فى ان الملكين علما السحر.

و لكن ربما يقال كما عن جمع من المفسرين: ان سحره اليهود زعموا ان الله عز و جل انزل السحر على لسان جبرئيل و ميكائيل الى سليمان فأكذبهم الله بذلك، و فى الكلام تقديم و تأخير، فتقديره: و ما كفر سليمان، و ما انزل على الملكين، و لكن الشياطين كفروا، يعلمان الناس السحر ببابل هاروت و ماروت، و هما رجلان ببابل غير الملكين، اسم أحدهما هاروت و الآخر ماروت، و يكون هاروت و ماروت بيانا عن الناس، كذا فى التبيان.

و قد يقال كما عن جماعة آخرين: إن الملكين و ان علما السحر الا انهما خالفا ربهما،

فعن كعب: فوالله ما امسيا من يومهما الذى اهبط فيه حتى استكملا جميع ما نهيا عنه فتعجبت الملائكة من ذلك، ثم لم يقدر هاروت و ماروت على الصعود الى السماء و كانا يعلمان الناس السحر.

و قد يقال كما عن جمع من المفسرين: ان الملكين اهبط ليأمر بالدين و ينهيا عن السحر حيث انه كان كثيرا فى ذلك الوقت و عليه فالتعليم كان من جهة ان من لا يعرف الشئ لا يمكن اجتنابه.

هذا كله مضافا الى ان جواز التعليم فى تلك الشريعة أعم من جوازه فى شريعتنا،

و الاستصحاب قد مر غير مرة انه لا يجرى فى الاحكام.

الخامس: ما فى خبر الاحتجاج المتقدم قال عليه السلام فأقرب أقاويل السحر من الصواب انه بمنزلة الطب ان الساحر عاليج فامتنع من مجامعة النساء فجائه الطيب فعالجه بغير ذلك فأبرئه «١».

السادس: الاخبار الكثيرة اليك طرف منها المذكورة فى المتن.

(١) الاحتجاج، ج ٢، ص ٨١، مع اختلاف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٣٩٩

و منها ما فى الكافى عن القمى عن أبيه عن شيخ من أصحابنا الكوفيين، قال:

دخل عيسى بن الثقفى على أبى عبد الله عليه السلام قال: جعلت فداك انا رجل كانت صناعتى السحر و كنت آخذ عليه الاجر و كان معاشى و قد حججت منه و قد من الله على بلقائك و قد تبت الى الله من ذلك فهل لى فى شىء من ذلك و خرج فقال له أبو عبد الله عليه السلام حل و لا تعقد و كان الصدوق قدس سره فى العلل أشار الى هذه الرواية حيث قال: روى ان توبه الساحر ان يحل و لا يعقد، و ظاهر المقابلة بين الحل و العقد فى الجواز و العدم كون كل منهما بالسحر فحمل الحل على ما كان بغير السحر من الدعاء و الآيات و نحوهما كما عن بعض لا يخلو عن بعد.

و منها ما عن العسكرى عن آباءه عليهم السلام فى قوله تعالى: (و ما أنزل على الملكين ببال هاروت و ماروت)، قال: كان بعد نوح قد كثرت السحرة و المموهون فبعث الله ملكين الى نبي ذلك الزمان يذكر ما يسحر به السحرة، و ذلك ما يبطل به سحرهم يرد به كيدهم فتلقاه النبي عن الملكين و اداه الى عباد الله بأمر الله و أمرهم أن يقضوا به على السحر، و ان يبطلوه و نهاهم عن ان يسحروا به الناس، و هذا كما يقال: و ان السم ما هو و ان ما يدفع به غائلة السم ما هو، ثم يقال للمتعم هذا السم فمن رأيت سم فادفع غائلته بهذا و لا- تقتل بالسم الى ان قال: و ما يعلمان من أحد ذلك السحر و إبطله حتى يقول للمتعم انما نحن فتنه و امتحان للعباد ليطيعوا الله فيما يتعلمون من هذا، و يبطلوا به كيد السحرة و لا يسحروهم فلا تكفر باستعمال هذا السحر و طلب الاضرار و دعاء الناس الى ان يعتقدوا انك تحيى و تميت و تفعل ما لا- يقدر عليه الا- الله عز و جل، فإن ذلك كفر الى ان قال: فيتعلمون ما يضرهم و لا ينفعهم لانهم اذا تعلموا ذلك السحر، ليسحروا به و يضروا به فقد تعلموا ما يضر دينهم و لا ينفعهم فيه (الحديث).

و فى رواية محمد بن الجهم (ليس فى كتب الرجال محمد بن الجهم و انما هو على بن محمد بن الجهم) عن مولانا الرضا عليه السلام فى حديث، قال: و أما هاروت و ماروت فكانا ملكين علما الناس السحر فيحترزوا به عن سحر السحرة فيبطلوا به كيدهم و ما علما أحدا من ذلك شيئا حتى قالوا انما نحن فتنه فلا تكفر فكفر قوم باستعمالهم لما أمروا بالاحتراز عنه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٠

و جعلوا يفرقون بما تعلموا بين المرء و زوجه قال الله تعالى (و ما هم بضارين به من أحد الا بإذن الله) يعنى بعلمه.

هذا كله مضافا الى أن ظاهر اخبار الساحر ارادة من يخشى ضرره، كما اعترف به بعض الاساطين و استقرب لذلك جواز الحل به بعد ان نسبه الى كثير من أصحابنا لكنه مع ذلك كله قد منع العلامة فى غير واحد من كتبه و الشهيد قدس سره فى الدروس و الفاضل الميسى و الشهيد الثانى قدس سره من حل السحر به، و لعلمهم حملوا ما دل على الجواز مع اعتبار سنده على حالة الضرورة و انحصار سبب الحل فيه لا مجرد دفع الضرر مع إمكانه بغيره من الادعية و التعويذات، و لذا ذهب جماعة منهم الشهيدان و الميسى و غيرهم الى جواز تعلمه ليتوقى به من السحر و يدفع به دعوى المتنبي و ربما حمل اخبار الجواز الحاكية لقصة هاروت و ماروت على جواز ذلك فى الشريعة السابقة و فيه نظر.

و قد أورد عليه بوجه:

الاول: ما عن الاستاذ الاعظم و هو ضعف تلك الاخبار بأجمعها.

وفيه: ان ذلك و إن تم فى بعضها الا انه لا يتم فى الجميع، لاحظ ما عن الكافى عن القمى عن أبيه عن شيخ من أصحابنا الكوفيين، قال: دخل عيسى بن شفىقى على أبى عبد الله عليه السلام و كان ساحرا يأتيه الناس و يأخذ على ذلك الاجر و سأله عن ذلك قال عليه السلام: حل و لا تعقد «١». فإن قول ابراهيم شيخ من أصحابنا لو لم يكن ذلك توثيقا له، لا ريب فى كونه من ألفاظ المدح، فإذا انضم اليه كونه إماميا كما يشهد له قوله من أصحابنا،

يدخل الرجل في الحسان.

مع انه لو سلم ضعف السند يكون ذلك منجبرا بعمل الاصحاب.

الثاني: ما عن بعض و هو إمكان حمل الحل على ما كان بغير السحر من الدعاء و نحوه.

و فيه: انه خلاف الظاهر جدا، فإن الظاهر منه كون الحل و العقد كليهما بالسحر.

(١) الوسائل باب ٢٥ أبواب ما يكتسب به حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠١

ثم الظاهر ان التسخيرات بأقسامها داخله في السحر على جميع تعاريفه. (١) و قد عرفت ان الشهيدين مع أخذ الاضرار في تحريم السحر ذكرا ان استخدام الملائكة و الجن من السحر و لعل وجه دخوله تضرر المسخر بتسخيره، و أما سائر التعاريف فالظاهر شمولها لها و ظاهر عبارة الايضاح أيضا دخول هذه في معقد دعواه الضرورة على التحريم، لان الظاهر دخولها في الاقسام و العزائم و النفث و يدخل في ذلك تسخير الحيوانات من الهوام و السباع و الوحوش و غير ذلك خصوصا الانسان و عمل السيميا ملحق بالسحر اسما أو حكما، و قد صرح بحرمة الشهيد في الدروس و المراد به على ما قيل احداث خيالات لا وجود لها في الحس يوجب تأثيرا في شيء آخر.

الثالث: ان النصوص محمولة على حالة الضرورة، و انحصار سبب الحل فيه.

و فيه: انه لا وجه لهذا الحمل بعد إطلاق الاخبار و عدم الوجه للحمل.

فتحصل: انه لا يتم شيء من هذه الوجوه الخمسة الا الوجه الثالث.

و منه يظهر حكم التعليم و التعلم.

حكم التسخيرات

(١) قوله ثم الظاهر ان التسخيرات بأقسامها داخله في السحر.

و لكن قد مر عند ذكر أقسام السحر ان السحر بما له من المفهوم لا- يصدق على التسخيرات، فهي من هذه الجهة لا- تكون من المحرمات.

و على ذلك فان انطبق على التسخير عنوان آخر محرم كالاضرار بمن يعد ذلك ظلما عليه و يحرم إضراره او صيرورة المسخر في معرض التلف فيحرم، و إلا فلا.

فتسخير اشرار الانس و الجن جائز و ان استلزم ايداءهم.

و أولى بالجواز تسخير الحيوانات، فإنه لا ينطبق عليه شيء من العناوين المحرمة فهل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٢

الحادية عشرة: الشعبة حرام

بلا- خلاف (١) و هي الحركة السريعة بحيث يوجب على الحس الانتقال من الشيء الى شبهه (٢) كما ترى النار المتحركة على

الاستدارة دائرة متصلة لعدم إدراك السكونات المتخللة بين الحركات

حرمة الشعبدة

يتوهم أحد جواز تسخير الحيوانات بالضرب و الغلبة و نحوهما و لا يجوز تسخيرها بما يوجب اطاعتها للانسان طوعا؟

(١) قوله الحادية عشرة الشعبدة حرام، بلا خلاف،

و تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الاول: في بيان حقيقتها.

الثاني: في بيان حكمها.

(٢) أما الاول فقد فسرها المصنف في المتن بأنها الحركة السريعة بحيث يوجب على الحس ... الخ.

لا- ينبغي التوقف في ان ذلك تفسير بالاعم، إذ لا ريب في ان مجرد تحريك اليد على الاستدارة بسرعة ليرى الناظر دائرة ليس من الشعبدة، ثم مع الاغماض عن ذلك لم يظهر وجه تعليقه ذلك بعدم إدراك السكونات المتخللة، إذ الموجب لتوهم الدائرة هو سرعة حركة اليد الموجبة لتوهم بقاء ذلك الشيء في مبدأ حركته بعد انتقاله عنه في حال انه يراه في محله الحقيقي في ذلك الوقت و هكذا.

فالصحيح ان يقال: إن المتحصل من مجموع كلمات اللغويين و الفقهاء و المتبادر عند اهل العرف من هذه الكلمة: أنها عبارة عن فعل ما يفعله سائر الناس من الافعال المتعارفة بسرعة حركة و خفة يد، بحيث يظهر لهم غير ما هو واقع الامر و كانوا ينتظرونه، الذي يعبر عنه بالفارسي بكلمة (تردستی).

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٣

و يدل على الحرمة بعد الاجماع (١) مضافا الى أنه من الباطل و اللهو (٢) دخوله في السحر في الرواية المتقدمة عن الاحتجاج (٣) المنجبر و هاهنا بالاجماع المحكى، و في بعض التعاريف المتقدمة للسحر ما يشملها. (٤)

و بهذا يظهر الفرق بينها و بين السحر و ان النسبة بينهما هي التباين.

و أما المقام الثاني: فقد استدل لحرمتها في المكاسب و غيره بوجوه.

(١) الاول: الاجماع، و في الجواهر: الشعبدة المحرمة بالاجماع المحكى و المحصل.

و فيه: انه لا يصلح مثل هذا الاجماع لان يكون مدركا للحكم الشرعي، بعد استناد المجمعين او احتمال استنادهم الى الوجوه الآتية، كما أشرنا الى ذلك مرارا.

(٢) الثاني: انه من الباطل و اللهو.

و فيه: انه لا دليل على حرمة اللهو الباطل مطلقا، و انما المحرم هو قسم خاص من ذلك، مع انه اذا ترتب عليها غرض عقلائي لا تكون من اللهو و الباطل.

(٣) الثالث: قوله عليه السلام في خبر الاحتجاج المتقدم: و نوع آخر منه خطفه و سرعه و مخاريق و خفة.

و فيه: مضافا الى ما تقدم من ان هذا الاطلاق مبني على نوع من العناية و المجاز: انه ضعيف السند غير منجبر بعمل المشهور لعدم احراز استنادهم اليه في هذا الحكم و غيره.

(٤) الرابع صدق بعض تعاريف السحر عليها، فيدل على حرمتها ما دل على حرمة السحر.

و فيه: ما تقدم من ان مفهوم السحر مغاير لمفهوم الشعبدة، و ليست الشعبدة من السحر.

فتحصل: انه لا دليل على حرمة الشعبدة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٤

الثانية عشر: الغش حرام

إشارة

بلا خلاف (١) و الاخبار به متواترة نذكر بعضها تيمنا.

حرمة الغش

(١) الثانية عشرة: لا خلاف بين الاصحاب في حرمة الغش.

و تنقيح القول فيها بالبحث في مواضع:

الاول: في بيان حكمه التكليفي.

الثاني: في بيان حقيقته.

الثالث: في بيان حكمه الوضعي.

أما الاول: فالاقوى هو حرمة الغش في نفسه كما هو المتفق عليه نصا و فتوى، فقد ذكر المصنف جملة من النصوص المتظاهرة الدالة على ذلك و ستمر عليك.

فما ذكره المحقق الايرواني من ان الغش ليس بنفسه من المحرمات، و انما يحرم من جهة انطباق عنوان الكذب و أكل مال الغير بلا رضى صاحبه عليه، مستندا الى انه لو لم يكن المحرم ذلك، فإما أن يكون المحرم شوب اللبن بالماء، و من المعلوم انه ليس ذلك من المحرمات،

أو يكون عرض المشوب للبيع، و من المعلوم ان مجرد ذلك ليس بحرام حتى اذا اتفق انه لم يبع، او يكون المحرم هو إنشاء البيع، و من المعلوم ان مجرد الانشاء ليس بحرام لو نبه بالغش قبل ان يقبض او حط من ثمنه او أبرأ ذمته من الثمن، او خيره بين الاخذ و الترك، فيتعين ان يكون الغش هو أخذ قيمة غير المغشوش بإزاء المغشوش.

غير صحيح، لان ذلك كله، لا يعتنى به في مقابل ظاهر النصوص الدالة على حرمة الغش.

و ان شئت قلت: ان شوب اللبن بالماء لا يحرم لعدم صدق الغش عليه، كما انه لا يصدق على مجرد العرض للبيع، و أما انشاء البيع و اعتبار ملكية المشتري للمغشوش بعنوان انه غير مغشوش فهو حرام بمقتضى النصوص لكونه غشا، و عدم حرمة في صورة التنبه انما يكون لخروجه بذلك عن كونه غشا كما عرفت، و أما لو حط من الثمن، أو أبرأ ذمته منه، أو خيره بين الاخذ و الترك مع كون البيع واقعا على المعنون بعنوان كونه غير مغشوش، فلا يؤثر في رفع الحرمة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٥

فعن النبي صلى الله عليه و آله بأسانيد متعددة (ليس من المسلمين من غشهم .) (١) و في رواية العيون بأسانيد (٢) قال رسول الله صلى الله عليه و آله (ليس منا من غش مسلما او ضره أو ما كره) و في عقاب الاعمال عن النبي صلى الله عليه و آله (من غش مسلما في بيع أو شراء فليس منا و يحشر مع اليهود يوم القيامة لانه من غش الناس فليس بمسلم الى ان قال: و من غشنا فليس منا قالها ثلاثا و من غش أخاه المسلم نزع الله بركة رزقه و أفسد عليه معيشته و وكله الى نفسه .) (٣) و في مرسله هشام (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال لرجل يبيع الدقيق: إياك و الغش، فان من غش غش في ماله، فان لم يكن له مال، غش في أهله و في رواية سعد الاسكاف عن أبي جعفر عليه السلام قال: مر النبي في سوق المدينة بطعام، فقال لصاحبه ما أرى طعامك الا طيبا فأوحى الله اليه ان يدسّ يده في

الطعام ففعل فأخرج طعاما رديا، فقال لصاحبه ما أراك الا وقد جمعت خيانة و غشا للمسلمين.

و كيف كان فيشهد للحرمة كثير من الاخبار و كما أفاده المصنف يذكر جملة منها تيمنا.

(١) اشارة الى جملة من الروايات منها صحيح هشام عن الامام الصادق عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه و آله لرجع يبيع التمر يا فلان أما علمت انه ليس من المسلمين غشهم «١».

(٢) رواها في عيون الاخبار بأسانيد تقدمت في اسباغ الوضوء عن الامام الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال رسول الله صلى الله عليه و آله ليس منا من غش مسلما أو ضره أو ما كره «٢».

(٣) روى الحر العاملي عن عقاب الاعمال في حديث طويل «٣» و فيه ثم قال رسول الله صلى الله عليه و آله الا و من غشنا فليس منا قالها ثلاثا الحديث.

(٤) روى الخبر في الوسائل و قال و رواه الشيخ بإسناده عن عيسى بن هشام عنه عليه السلام «٤». و روى الخبر في الوسائل بسند قوى.

(١) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

(٢) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١١.

(٣) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

(٤) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٨.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٦

و رواية موسى بن بكير عن أبي الحسن عليه السلام انه أخذ دينارا من الدنانير المصبوبة بين يديه فقطعها (ثم قطعها) نصفين، ثم قال: القه في البالوعة حتى لا يباع بشيء فيه غش. (١) و قوله فيه غش جملة ابتدائية و الضمير في لا يباع راجع الى الدنانير.

و في رواية هشام بن الحكم قال: كنت ابيع السابري في الظلال فمر بي ابو الحسن الاول فقال لي: يا هشام ان البيع في الظلال غش و الغش لا يحل. (٢) و في رواية الحلبي قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري طعاما فيكون احسن له و انفق له ان يبيله من غير ان يلتمس زيادته فقال: ان كان بيعا لا يصلحه الا ذلك و لا ينفقه غيره من غير ان يلتمس فيه زيادة فلا بأس و ان كان انما يغش به المسلمين فلا يصلح (٣) و روايته الاخرى قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عنده لوان من الطعام سعرهما شتى.

واحداهما اجود من الآخر فيخطهما جميعا، ثم يبيعهما بسعر واحد فقال: لا يصلح له ان يغش المسلمين حتى يبينه (٤).

و رواية داود بن سرحان قال كان معي جرابان من مسك احدهما رطب و الآخر يابس فبدأت بالرطب فبعته ثم اخذت اليابس ابيعه فاذا انا لا أعطى باليابس الثمن الذي يسوى و لا يزيدوني على ثمن الرطب فسألت ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك أ يصلح لي ان انديه؟ قال عليه السلام: لا الا ان تعلمهم قال فنديته ثم اعلمتهم قال عليه السلام: لا بأس.

(١) الخبر مرسل «١» و في المتن.

و قوله فيه غش جملة ابتدائية و الضمير في لا يباع راجع الى الدنانير- و لكن يمكن ان يقال ان جملة فيه غش في معنى الصفة للشئ الذي اريد به الدينار و الضمير في لا يباع يرجع الى الامتعة لا إلى الدينار و يتعين ذلك بناء على ما في بعض النسخ (شئ) بدون الباء.

(٢) الخبر صحيح «٢» السابري نوع من الثياب الرقيق كذا في الصحاح.

(٣) الخبر صحيح «٣» و في بعض النسخ: سعرها شيء و هو مطابق للفقهاء و التهذيب كما ان ما في المتن مطابق للكافي.

(٤) هذا الخبر «٤» ايضا من الصحاح كما ان خبر داود كذلك «٥».

(١) الوسائل باب ٨٦ من ابواب ما يكتسب به حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٨٦ من ابواب ما يكتسب به حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ٩ من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

(٤) الوسائل باب ٩ من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٥) الوسائل باب ٩ من ابواب احكام العيوب حديث ٣-٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٧

ثم ان ظاهر الاخبار هو كون الغش بما يخفى كمزج اللبن بالماء و خلط الجيد بالردىء في مثل الدهن فمنه وضع الحرير في مكان بارد ليكتسب ثقلا و نحو ذلك. و اما المزج و الخلط بما لا يخفى فلا يحرم لعدم انصراف الغش اليه (١) و يدل عليه مضافا الى بعض الاخبار المتقدمة صحيحة ابن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه سأل عن الطعام يخلط ببعضه ببعض و ببعضه اجود من بعض قال: اذا رؤيا جميعا فلا بأس ما لم يخلط الجيد الرديء.

و في المقام روايات كثيرة اخرى تدل على ان الغش حرام بعنوانه فترديد بعض الاعاظم في الحرمة في غير محله. و مقتضى اطلاق النصوص و ان كان في بادئ النظر حرمة الغش مطلقا كان في المعاملة ام في غيرها الا انه لو لم ندع اختصاص الغش بالمعاملة فلو سقى اللبن الممزوج بالماء للضيف لا- يصدق الغش و ان كان يحرم لو اخبر و لو عملا بموافقة الظاهر للواقع من جهة الكذب.

فلا ينبغي التوقف في تعيين حمل الاخبار على خصوص المعاملات.

حقيقة الغش

فالظاهر انه بمعنى الخديعة و التليس و يعتبر في صدقه علم الغاش و جهل المغشوش فلو كانا عاليمين بالواقع او جاهلين به او كان الغاش جاهلا و المغشوش عالما لما تحقق مفهوم الغش عرفا.

و يعتبر في صدقه ايضا كون المزج بما يخفى في متعارف الاختبار الذي يختلف باختلاف الاشياء فلو كان المزج بما يظهر في متعارف الاختبار لما صدق الغش عليه و إلى ذلك اشار المصنف بقوله:

(١) و أما المزج و الخلط بما لا يخفى فلا يحرم لعدم انصراف الغش اليه و استدلال له

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٨

و مقتضى هذه الرواية بل رواية الحلبي الثانية و رواية سعد الاسكاف انه لا يشترط في حرمة الغش كونه مما لا يعرف الا من قبل البائع فيجب الاعلام بالعيب الغير الخفي (١) الا- ان ينزل الحرمة في موارد الروايات الثلاث على ما اذا تعمد الغش برجاء التليس على المشتري و عدم التفتن له و ان كان من شأن ذلك العيب ان يتفتن له (٢) فلا يدل الروايات على وجوب الاعلام اذا كان العيب من شأنه التفتن له فقصر المشتري و سامح في الملاحظة.

ثم ان غش المسلم انما هو بيع المغشوش عليه مع جهله فلا- فرق بين كون الاغتشاش بفعله او بغيره فلو حصل اتفاقا او لغرض فيجب الاعلام بالعيب الخفي و يمكن ان يمنع صدق الاخبار المذكورة الا على ما اذا قصد التليس و أما ما هو ملتبس في نفسه فلا يجب

عليه الاعلام.

بصحيح محمد بن مسلم «١».

(١) و لا يعتبر زائدا على ذلك كونه مما لا يعرف الا من قبل البائع لعدم مساعدة العرف عليه فانه و ان كان بعض افراد الغش كذلك كمزج اللبن بالماء الا ان اغلب افراد الغش التي لا يشك احد من اهل العرف في كونها من الغش تعرف بامعان النظر بل قيل لا غش الا و يعرفه اولو الفطنة خصوصا من كان شغله الغش.

(٢) و هل يعتبر في صدقه قصد مفهومه فما يكون ملتبسا في نفسه لا يجب الاعلام كما يظهر من المصنف ام لا يعتبر ذلك؟ وجهان: اقواما الثاني: لان الغش من الامور الواقعية التي لا تختلف باختلاف القصود و ليس القصد من مقوماته. و بعبارة اخرى انه لو كان العيب بارزا ان صدق مفهوم الغش لم يحتج في الاتصاف بالحرمة الى التعمد و ان لم يصدق لم ينفع مجرد ذلك في صدقه.

و استدل للاول بخبر الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام عن الرجل يشتري طعاما فيكون احسن له و انفق له ان يبيله من غير ان يلتمس زيادته فقال عليه السلام: ان كان يبعلا لا يصلحه الا ذلك و لا ينفقه غيره من غير ان يلتمس فيه زيادة فلا بأس و ان كان انما يغش

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٠٩

نعم يحرم عليه اظهار ما يدل على سلامته من ذلك فالعبرة في الحرمة بقصد تلبس الامر على المشتري سواء كان العيب خفيا ام جليا كما تقدم لا بكتمان العيب مطلقا او خصوصا الخفي و ان لم يقصد التلبس و من هنا منع في التذكرة من كون بيع المعيب مطلقا مع عدم الاعلام بالعيب غشا.

و في التفصيل المذكور في رواية الحلبي اشارة الى هذا المعنى (١) حيث انه عليه السلام جوز بل الطعام بدون قيد الاعلام اذا لم يقصد به الزيادة و ان حصلت به و حرمه مع قصد الغش نعم يمكن ان يقال في صورة تعيب المبيع بخروجه عن مقتضى خلقة الاصلية ببيع خفي او جلي (٢) ان التزام البائع بسلامته عن العيب مع علمه به غش للمشتري كما لو صرح باشتراط السلامة فان العرف يحكمون على البائع بهذا الشرط مع علمه بالعيب انه غاش ثم ان الغش يكون ياخفاء الادنى في الاعلى كمزج الجيد بالردىء او غير المراد في المراد كإدخال الماء في اللبن و باظهار الصفة الجيدة المفقودة واقعا و هو التلبس و باظهار الشيء على خلاف جنسه كبيع المموه على انه ذهب او فضة.

به المسلمين فلا يصلح «١» بدعوى انه عليه السلام فصل في الحرمة بين التماس الزيادة و عدمه و حكم بالحرمة و كونه غشا في الاول دون الثاني.

(١) و إلى هذا اشار المصنف بقوله حيث انه عليه السلام جوز بل الطعام الخ.

و فيه: ان الظاهر من الخبر هو التفصيل في بل الطعام بين كونه للإصلاح و رفع العيب او دفعه و بين كونه موجبا لتوهم الناس و الالتباس فحكم بالجواز في الصورة الاولى دون الثانية.

و أما في الصورة الثانية فمقتضى اطلاقه عدم الفرق بين كون الغش و المزج مع قصد مفهومه او بدونه فالأظهر عدم اعتبار قصد مفهومه في صدقه.

(٢) محصله ان شرط السلامة من الشروط المبني عليها العقد التي تكون بحكم الشروط المصرح بها فكما انه مع التصريح به يصدق الغش كذلك مع الاقدام على البيع.

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤١٠

ثم ان في جامع المقاصد ذكر في الغش بما يخفى بعد تمثيله له بمزج اللبن بالماء وجهين في صحة المعاملة وفسادها من حيث ان المحرم هو الغش و المبيع عين مملوكة ينتفع بها و من ان المقصود بالبيع هو اللبن و الجارى عليه العقد هو المشوب. (١) ثم قال: و في الذكري في باب الجماعة ما حاصله انه لو نوى الاقتداء بامام معين على انه زيد فبان عمرو ان في الحكم نظرا و مثله لو قال: بعثك هذا الفرس فاذا هو حمار و جعل منشأ التردد تغليب الاشارة او الوصف انتهى.

و ما ذكره من وجهي الصحة و الفساد جار في مطلق العيب لان المقصود هو الصحيح و الجارى عليه العقد هو المعيب و جعله من باب تعارض الاشارة و الوصف مبني على ارادة الصحيح من عنوان المبيع فيكون قوله بعثك هذا العبد بعد تبين كونه اعمى بمنزلة قوله بعثك هذا البصير و انت خبير بانه ليس الامر كذلك كما سيحيى في باب العيب بل وصف الصحة ملحوظ على وجه الشرطية و عدم كونه مقوما للمبيع (٢) كما يشهد به العرف و الشرع.

حكم المعاملة وضا

و أما الموضوع الثالث: فقد استدل لفساد المعاملة بوجوه:

(١) الاول: ما في المتن و عن غيره و هو ان العقد تعلق بالمبيع المعنون بكونه غير مغشوش لا- بذات المبيع باى عنوان اتفق فلو تبين كونه مغشوشا فقد ظهر انه لا وجود للمبيع و ما هو موجود غير واقع عليه البيع.

و بعبارة اخرى ان المبيع هو الصحيح غير المغشوش و الجارى عليه العقد هو المعيب فيكون من باب تعارض الاشارة و الوصف و من يرى تغليب الاشارة و الوصف و من يرى تغليب الاشارة يحكم بالصحة و من يرى تغليب الوصف يحكم بالبطلان.

و جعلوا المسألة نظيرا لمسألة الاقتداء بامام معين على انه زيد فبان عمرو و اورد المصنف عليه بايرادين.

(٢) احدهما ان وصف الصحة ليس مقوما للمبيع بل هو ملحوظ على وجه الشرطية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤١١

ثم لو فرض كون المراد من عنوان المشار اليه هو الصحيح لم يكن اشكال في تقديم العنوان على الاشارة بعد ما فرض (قدس سره) ان المقصود بالبيع هو اللبن و الجارى عليه العقد هو المشوب لان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد (١) و لذا اتفقوا على بطلان الصرف فيما اذا تبين احد العوضين معينا من غير الجنس.

(١) هذا هو الايراد الثاني و حاصله انه لو سلم كون المبيع هو الشيء بعنوان انه صحيح لا إشكال في تقديم العنوان لان البيع ليس من قبيل الفعل الخارجى الذى لا يعتبر فى تحققه القصد كالضرب حتى يقال انه لا يعقل تعلقه بالمفهوم فمن ضرب زيدا بتخيل انه عمرو فقد ضرب زيدا بل مما يعتبر فى تحققه القصد فلو باع الموجود الخارجى بعنوان انه صحيح و كان معيوباً يبطل البيع لعدم تحققه لان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

ملخص القول في المقام هو: ان المبيع ان كان كليا و كان الغش في الفرد المقبوض الخارجى لا شبهة في صحة البيع لعدم الغش في البيع نعم للمشتري تبديل المقبوض بغيره.

و ان كان المبيع شخصا فان علق البيع على ذلك بطل و ان لم يكن مغشوشا للاجماع على اعتبار التنجيز في صحة البيع. و أما ان كان البيع منجزا فان كان الوصف الذى يقع البيع عليه من الصور النوعية عند العرف كما لو باع الموجود الخارجى بعنوان انه ذهب فبان انه نحاس مذهب بطل البيع لان ما وقع عليه البيع لا تحقق له فى الخارج و ما له تحقق لم يقع عليه البيع. و أما ان كان من الاوصاف الكمالية ككون العبد كاتباً او من اوصاف الصحة ككونه بصيرا صح البيع. نعم ان كان المتخلف من اوصاف الكمال ثبت خيار الشرط و ان كان من اوصاف الصحة تخير المشتري بين الفسخ و الامضاء مع اخذ الارش او بدونه و لا- يفرق فى ذلك بين اخذه عنوانا للمبيع او شرطا كما حقق ذلك كله فى محله و اشرنا اليه فى مسألة التطفيف اجمالا.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٤١٢

و أما التردد فى مسألة تعارض الاشارة و العنوان فهو من جهة اشتباه ما هو المقصود بالذات بحسب الدلالة اللفظية، فانها مرددة بين كون متعلق القصد (العقد) أولا، و بالذات هو العين الحاضرة و يكون اتصافه بالعنوان مبنيا على الاعتقاد و كون متعلقه هو العنوان و الاشارة اليه باعتبار حضوره، اما على تقدير العلم بما هو المقصود بالذات و مغايرته للموجود الخارجى كما فيما نحن فيه فلا يتردد أحد فى البطلان. و أما وجه تشبيه مسألة الاقتداء فى الذكرى بتعارض الاشارة و الوصف فى الكلام مع عدم الاجمال فى النية فباعتبار عروض الاشتباه للناوى بعد ذلك فيما نواه إذ كثيرا ما يشتبه على الناوى انه حضر فى ذهنه العنوان و نوى الاقتداء به معتقدا لحضوره المعترف فى امام الجماعة فيكون الامام هو المعنون بذلك العنوان، و انما اشار اليه معتقدا لحضوره أو أنه نوى الاقتداء بالحاضر و عنوانه بذلك العنوان لاحتراز معرفته بالعدالة أو تعنون به بمقتضى الاعتقاد من دون اختيار هذا.

و بما ذكرناه ظهر ما هو الحق عندنا، و انه انما يبطل البيع فى خصوص ما اذا كان الوصف المتخلف من قبيل الصور النوعية و كون المبيع شخصا و لا يبطل فى سائر الصور الا اذا كان العقد معلقا على الوصف. الثانى: انه فى بعض النصوص النهى عن بيع المغشوش، و هو يدل على الفساد. و فيه انه ليس فى شىء من النصوص التى بأيدنا النهى عن بيع المغشوش الا خبر موسى المتقدم، و قد مر ما فيه، و خبر الجعفى «١» الضعف السند.

الثالث: ان البيع منطبق عنوان الغش، كما يشهد له خبر هشام عن الامام الكاظم عليه السلام البيع فى الظلال غش «٢» و هو محرم منهى عنه، و النهى يدل على الفساد.

وفيه: ان النهى النفسى المتعلق بالمعاملة نفسها أو بأمر خارج منطبق عليها لا يدل على الفساد كما حقق فى أول الكتاب.

(١) الوسائل، باب ١٠، من أبواب الصرف، حديث ٥.

(٢) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٤١٣

ثم انه قد يستدل على الفساد كما نسب الى المحقق الاردبيلي قدس سره بورود النهى عن هذا البيع فيكون المغشوش منهيا عن بيعه كما أشير اليه فى رواية قطع الدينار و الامر بالقائه فى البالوعة معللا بقوله حتى لا يباع بشىء (١) و لان نفس البيع غش منهى عنه و فيه نظر فان النهى عن البيع لكونه مصداقا لمحرم هو الغش لا- يوجب فساده كما تقدم فى بيع العنب على من (ممن) يعمله خمرا. و أما

النهي عن بيع المغشوش لنفسه فلم يوجد في خبر.

و أما خبر الدينار فلو عمل به خرج المسألة عن مسألة الغش لأنه اذا وجب اتلاف الدينار والقائه في البالوعة كان داخلا فيما يكون المقصود منه حراما نظير آلات اللهو والقمار (٢) وقد ذكرنا فيما يحرم الاكتساب لكون المقصود منه محرما فيحمل الدينار على المضروب من غير جنس النقدين او من غير الخالص منهما لاجل التلبس على الناس (٣).

(١) هذا هو الوجه الرابع وهو خبر موسى بن بكر كنا عند أبي الحسن عليه السلام: وإذا دنانير مصبوبة بين يديه فنظر الى دينار فأخذه بيده ثم قطعه بنصفين ثم قال لي: القه في البالوعة حتى لا يباع شيء فيه غش «١». لظهور التعليل في أن كل ما فيه غش لا يصح بيعه.
(٢) محصل ما يفيد المصنف في الايراد على هذا الوجه: ان الظاهر من الخبر بقريته الامر باللقاء في البالوعة هو كون المورد داخلا فيما يكون المقصود منه حراما نظير آلات اللهو، و اين هو من اللبن الممزوج بالماء وشبهه.
وفيه: ان مورد الاستدلال هو عموم التعليل لا خصوص المورد والظاهر منه ان تمام العلة هو بيع ما فيه الغش.
فالصحيح في الجواب عنه: ان الخبر ضعيف السند للارسال ولحسن بن علي بن عثمان.
(٣) و عليه فهو داخل في القسم الرابع الذي التزم فيه بفساد المعاملة، فلا حاجة الى الالتزام بكونه داخلا فيما لا يقصد منه الا الحرام.

(١) الوسائل، باب ٨٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤١٤

و معلوم ان مثله بهيئته لا يقصد منه الا التلبس فهو آله الفساد لكل من دفع اليه و اين هو من اللبن الممزوج بالماء وشبهه، فالاقوى حينئذ في المسألة صحة البيع في غير القسم الرابع، ثم العمل على ما يقتضيه القاعدة عند تبين الغش فإن كان قد غش في إظهار وصف مفقود كان فيه خيار التديس و إن كان من قبيل شوب اللبن بالماء، فالظاهر هنا خيار العيب لعدم خروجه بالمزج عن مسمى اللبن فهو لبن معيوب. و إن كان من قبيل التراب الكثير في الحنطة كان له حكم تبعض الصفقة (١) و نقص الثمن بمقدار التراب الزائد لأنه غير متمول، و لو كان شيئا متمولا بطل البيع في مقابله.

الثالثة عشر: الغناء لا خلاف في حرمة في الجملة

إشارة

(٢) و الاخبار بها مستفيضة و ادعى في الايضاح تواترها.

(١) و فيه انه لو كان المبيع المجموع المركب من جزئين او من أجزاء.

فإن كان للهية الاجتماعية دخل في زيادة الثمن، كما في مصراعي الباب، لا ريب في ثبوت خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى المصراع الموجود.

و أما إن لم يكن لها دخل في ازدياده، كما في بيع منين من الحنطة بدينارين، فلا يثبت الخيار، بل البيع بالنسبة الى المن الموجود صحيح و لازم، و بالنسبة الى المفقود باطل، فإن مآل مثل هذا البيع الى بيع كل من من الحنطة بدينار.

و على ذلك فلا مورد لخيار تبعض الصفقة فيما فرضه المصنف في المقام.

حرمة الغناء

(٢) قوله الثالثة عشرة لا خلاف في حرمة الغناء في الجملة.

و تنقيح القول في هذه المسألة يستدعي البحث في مقامات:

الاول: في بيان حكم الغناء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤١٥

منها ما ورد مستفيضا في تفسير قول الزور في قوله تعالى: (و اجتنبوا قول الزور) ففي صحيحة الشحام و مرسله ابن أبي عمير و موثقه أبي بصير المرويات عن الكافي و رواية عبد الاعلى المحكية عن معاني الاخبار و حسنة هشام المحكية عن تفسير القمي قدس سره تفسير قول الزور بالغناء (١).

الثاني: في تحقيق موضوع الغناء.

الثالث: في المستثنيات.

أما المقام الاول فقد نفى المصنف الخلاف في حرمة في الجملة، فكأنه لم يعبا بما سينقله من المحدث الكاشاني من عدم حرمة، و عن غير واحد دعوى الاجماع عليها، بل عن بعضهم دعوى كونها من الضروريات.

و كيف كان قد استدلل للحرمة بوجوه:

الاول: الاجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يكون الاجماع تعديا، فلا يصح أن يكون مدركا لهذا الحكم.

الثاني: جملة من الآيات الشريفة بضميمة النصوص الواردة في تفسيرها منها:

(١) قوله تعالى (و اجتنبوا قول الزور «١» ففي جملة من النصوص تطبيق قول الزور على الغناء لاحظ.

صحيح زيد الشحام عن الامام الصادق عليه السلام عن قوله عز و جل (و اجتنبوا قول الزور) قال عليه السلام: قول الزور الغناء «٢».

و مرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عنه عليه السلام في قول الله تعالى (و اجتنبوا قول الزور) قال عليه السلام قول الزور الغناء.

و موثق أبي بصير عنه عليه السلام عن قول الله عز و جل و اجتنبوا قول الزور قال عليه السلام:

(١) الحج: ٣٠.

(٢) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤١٦

و منها ما ورد مستفيضا في تفسير لهو الحديث كما في صحيحة ابن مسلم و رواية مهرا بن محمد و رواية الوشاء و رواية الحسن بن هارون و رواية عبد الاعلى السابقة. (١) و منها ما ورد في تفسير الزور في قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ) كما في صحيحة ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام تارة بلا واسطة و اخرى بواسطة أبي الصباح (٢) الكناني.

الغناء. و خبر عبد الاعلى عنه عليه السلام في حديث و قول الزور الغناء «١» و نحوه حسن هشام «٢».

(١) و منها قوله تعالى (و من الناس من يشتري لهو الحديث ... اولئك لهم عذاب مهين) «٣» بضميمة ما ورد في تفسير لهو الحديث لاحظ.

صحيح محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام قال سمعته يقول الغناء مما وعد الله عليه النار و تلا هذه الآية (و من الناس من يشتري لهو الحديث).

و مثله خبر مهران عن الامام الصادق عليه السلام «٤».

و خبر الوشاء سمعت أبا الحسن الرضا عليه السلام يسأل عن الغناء فقال هو قول الله عز و جل (و من الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله «٥»).

و خبر الحسن بن هارون عن الامام الصادق عليه السلام الغناء مجلس لا ينظر الله الى أهله و هو مما قال الله عز و جل (و من الناس من يشتري لهو الحديث).

و خبر عبد الاعلى المتقدم.

و منها قوله تعالى (و الذين لا يشهدون الزور) «٦» بضميمة ما ورد في تفسيره، لاحظ.

(١) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

(٢) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢٠.

(٣) لقمان، ٦.

(٤) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.

(٥) نفس المصدر، حديث.

(٦) الفرقان، ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤١٧

و قد يחדش في الاستدلال بهذه الروايات بظهور الطائفة الاولى، بل الثانية في ان الغناء من مقولة الكلام لتفسير قول الزور به (١) و يؤيده ما في بعض الاخبار من ان من قول الزور ان تقول للذي يغنى احسنت، و يشهد له قول علي بن الحسين عليه السلام في مرسله الفقيه الآتية في الجارية التي لها صوت لا بأس لو اشتريتها، فذكرتك الجنة يعني بقراءة القرآن و الزهد و الفضائل التي ليست بغناء (٢) و لو جعل التفسير من الصدوق دل على الاستعمال أيضا، و كذا لهو الحديث بناء على انه من إضافة الصفة الى الموصوف فيختص الغناء المحرم بما كان مشتملا على الكلام الباطل، فلا تدل على حرمة نفس الكيفية، و لو لم يكن في كلام باطل و منه يظهر الخدشة في الطائفة الثالثة حيث ان مشاهد الزور التي مدح الله تعالى من لا يشهد بها هي مجالس التغنى بالباطل، من الكلام، فالانصاف انها لا تدل على حرمة نفس الكيفية الا من حيث إشعار لهو الحديث بكون اللهو على اطلاقه مبعوضا لله تعالى و كذا الزور بمعنى الباطل و ان تحققا في كيفية الكلام لا في نفسه، كما اذا تغنى في كلام حق من قرآن او دعاء أو مرثية.

صحيح محمد بن مسلم عن الامام الصادق عليه السلام في قول الله عز و جل (لا يشهدون الزور) قال عليه السلام الغناء، «١» الى غير ذلك من النصوص الكثيرة.

و أورد على الاستدلال بذلك في المتن.

(١) بأن ظاهر هذه النصوص كون الغناء من مقولة الكلام، لتفسير قول الزور به.

(٢) و لقول علي بن الحسين عليه السلام في المرسل في الجارية التي لها صوت لا- بأس لو اشتريتها فذكرتك الجنة، يعني بقراءة القرآن و الزهد و الفضائل التي ليست بغناء «٢».

و أيده بما في بعض الاخبار من ان من قول الزور ان يقول للذي يغنى أحسنت «٣».

و أورد المحقق الايرواني و الاستاذ الاعظم على الوجه الاول: بأن تفسير قول الزور بالغناء لا يقتضى أن يكون الغناء من مقولة الكلام

لصحته هذا التفسير و إن كان الغناء من

(١) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٣) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤١٨

...

كيفية الكلام لاتحاد الكيفية في الخارج مع المكيف بالكيفية، فإذا كانت الكيفية زورا باطلا صدق ان الكلام زور باطل.

وفيه: ان اتحاد المادة مع الكيفية في الوجود اللفظي و إن كان لا- ينكر، إلا- انه لا- ريب في ان لكل واحدة منهما أوصافا و عناوين مختصة بها، مثل الكذب من عناوين المادة لا الكيفية و لا يصح نسبه الى الكيفية باعتبار اتحادها وجودا مع المكيف بها، و المصنف يدعى ظهور هذا التفسير في ان الغناء من هذا القبيل.

و أورد عليه المحققان الشيرازيان: بأن تفسير قول الزور بالغناء ليس بالتصرف في الغناء بجعله عبارة عن الكلام المشتمل على المعاني الباطلة، اذ كون الكلام المشتمل على الكيفية و المعاني الباطلة من قول الزور، واضح غير محتاج الى بيان و تفسير، فيتعين التصرف في قول الزور بالحمل على البطون، أو بإرادة الاعم من الزورية بحسب المعنى الذي هو الظاهر منه، و عليه فلا تسقط دلالتها على حرمة الكيفية الخاصة.

وفيه: انه على المعنى الاول يمكن ان يقال: ان التفسير انما هو بلحاظ ان قول الزور بما انه ليس بحرام مطلقا فأراد عليه السلام التنبيه على ان قول الزور المحرم منه الغناء، و عليه فليس هذا واضحا غير محتاج الى بيان.

فالاولى في الايراد على المصنف قدس سره ان يقال: ان المادة حيث لا تكون من حيث

هي زورا بل زوريتها اما ان تكون بلحاظ ما يكون متحدا معها وجودا من الكيفية الخاصة، أو تكون بلحاظ معناها فلا شهادة في تفسير قول الزور بالغناء كون الغناء من مقولة الكلام لملائمته مع كونه من كفيات الكلام.

و يرد على الوجه الثاني: انه حيث لا يكون مطلق الصوت غناء و الامام عليه السلام نفى البأس عن شراء الجارية التي لها صوت إذا لم تتغن بصوتها، فلا شهادة فيه لكون الغناء من مقولة الكلام، و التفسير المزبور لو لم يدل على ان الغنائية متقومة بالكيفية من جهة دلالاته على ان من المذكورات ما هو غناء و منها ما ليس بغناء لما دل على ان الغناء من مقولة الكلام.

و يرد على الوجه الاخير المذكور تأييدا ان عد قول احسنت من قول الزور بلحاظ مدلوله لا يدل على انه ليس من قول الزور ما يكون كذلك بلحاظ الكيفية، اذ لعله عام يصدق مع كل من اللحاظين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤١٩

و بالجملة فكل صوت يعد في نفسه مع قطع النظر عن الكلام المتصوت به لهوا و باطلا- فهو حرام، و مما يدل على حرمة الغناء من حيث كونه لهوا و باطلا ولغوا رواية عبد الاعلى و فيها ابن فضال، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام عن الغناء و قلت:

انهم يزعمون أن رسول الله صلى الله عليه و آله رخص في أن يقال جئناكم جئناكم حيونا حيونا نحيككم، فقال: كذبوا ان الله تعالى يقول: (و ما خلقنا السموات و الارض و ما بينهما لاعيين لو أردنا أن نتخذ لها لاتخذناه من لدنا إن كنا فاعلين بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه فإذا هو زاهق و لكم الويل مما تصفون) ثم قال: ويل لفلان مما يصف رجل لم يحضر المجلس الخبر.

فإن الكلام المذكور المرخص فيه بزعمهم ليس بالباطل و اللهو الذين يكذب الامام عليه السلام رخصة النبي صلى الله عليه و آله فيه فليس الانكار الشديد المذكور و جعل ما زعموا الرخصة فيه من اللهو الباطل الا- من جهة التغنى به، و رواية يونس قال: سألت الخراساني عن الغناء، و قلت: ان العباسي زعم انك ترخص في الغناء، فقال: كذب الزنديق ما هكذا، قلت له: و انما سألتني عن الغناء، قلت له: ان رجلا- أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء، فقال له اذا ميز الله بين الحق و الباطل فأين يكون الغناء، قال: مع الباطل، فقال: قد حكمت. و رواية محمد بن أبي عباد و كان مستهترا (مشتهرا) بالسمع و بشرب النبيذ، قال: سألت الرضا عليه السلام عن السماع، قال لاهل الحجاز فيه رأى و هو في حيز الباطل و اللهو. اما سمعت الله عز و جل يقول: (و إذا مروا باللغو مروا كراما) و الغناء من السماع كما نص عليه في الصحاح، و قال أيضا:

جارية مسمعة أى مغنية و في رواية الاعمش الواردة في تعداد الكبائر قوله و الملاهي التي تصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الاوتار و قوله عليه السلام: و قد سئل عن الجارية المغنية قد يكون للرجل جارية تلهيه و ما ثمنها الا كئمن الكلب و ظاهره هذه الاخبار بأسرها حرمة الغناء من حيث اللهو و الباطل، كما هو الاقوى و سيجيء فهو و إن كان أعم و جب تقييده بما كان من هذا العنوان، كما انه لو كان أخص و جب التعدي عنه الى مطلق الصوت الخارج على وجه اللهو.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٢٠

...

و عن المستند: الايراد على المستدل بهذه الآيات بأن النصوص الواردة في تفسيرها بالغناء معارضه مع النصوص الاخر المفسره إياها بتفسير آخر.

و فيه: ان الروايات الواردة في تفسير القرآن كلها من قبيل تعيين المصداق و لا تدل على الانحصار، فلا تعارض بينها. الوجه الثالث: الروايات المستفيضة الواردة في بيان حرمة و حرمة التكسب به و استماعه و حرمة تعليمه و تعلمه. و ما يترتب عليه من المفاسد و قد ذكر طرف منها المصنف لاحظها «١».

فتحصل ان حرمة الغناء لا ينبغي انكاره.

و سيأتي الكلام على ما أفاده المحدث الكاشاني في المقام و ما يرد عليه عند ذكر المصنف قدس سره له.

بيان حقيقة الغناء

أما المقام الثاني فقد اضطرت كلمات الفقهاء و اللغويين في ذلك، و كلماتهم ما بين إفراط و تفريط، فعن بعضهم: انه مد الصوت، و عن الشافعي: انه تحسين الصوت و تربيته،

و عن النهاية: ان كل من رفع صوتا و الاله فصوته عند العرب غناء، و عن آخرين غير ذلك مما يقرب من هذه التعاريف.

و حيث ان بعض مصاديق هذه التعاريف ليس من أفراد الغناء قطعاً كرفع الصوت بالاذان الذي هو من المستحبات الشرعية و تحسينه بقراءة القرآن و المدائح و المراثي،

مضافا الى السيرة القطعية على جواز ذلك كله، و قد دلت النصوص على رجحان بعضها، فيستكشف من ذلك عدم تمامية هذه التعاريف.

و إليك طرف من كلمات الفقهاء و اللغويين المذكورة في المتن.

(١) راجع الوسائل، باب ١٥ و ١٦ و ٩٩ و ١٠٠ و ١٠١ و غيرها من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٢١

و بالجملة فالمحرم هو ما كان من لحون أهل الفسوق و المعاصى التى ورد النهى عن قراءة القرآن بها سواء كان مساويا للغناء، أو أعم أو أخص مع ان الظاهر ان ليس الغناء الا- هو و إن اختلف فيه عبارات الفقهاء و اللغويين، فعن المصباح ان الغناء الصوت، و عن آخر انه مد الصوت، و عن النهاية عن الشافعى انه تحسين الصوت و ترفيقه.

و عنها أيضا ان كل من رفع صوتا و والاه فصوته عند العرب غناء، و كل هذه المفاهيم مما يعلم عدم حرمتها و عدم صدق الغناء عليها فكلها اشارة الى المفهوم المعين عرفا و الاحسن من الكل ما تقدم من الصحاح و يقرب منه المحكى عن المشهور بين الفقهاء من انه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، و الطرب على ما فى الصحاح خفة يعترى الانسان لشدة حزن أو سرور.

و عن الاساس للزمخشري خفة لسرور او هم و هذا القيد هو المدخل للصوت فى أفراد اللهو و هو الذى اراده الشاعر بقوله: (اطربا و انت قنسى اى شيخ كبير و الافمجرد السرور او الحزن لا يبعد عن الشيخ الكبير).

و بالجملة فمجرد مد الصوت لامع الترجيع المطرب او و لو مع الترجيع لا يوجب كونه لهوا، و من اكتفى بذكر الترجيع كالقواعد اراد به المقتضى للاطراب قال فى جامع المقاصد فى الشرح ليس مجرد مد الصوت محرما و ان مالت اليه النفوس ما لم ينته الى حد يكون مطربا بالترجيع المقتضى للاطراب انتهى.

ثم ان المراد بالمطرب ما كان مطربا فى الجملة بالنسبة الى المغنى او المستمع او ما كان من شأنه الاطراب و مقتضيا له لو لم يمنع عنه مانع من جهة قبح الصوت او غيره. و أما لو اعتبر الاطراب فعلا خصوصا بالنسبة الى كل أحد و خصوصا بمعنى الخفة لشدة السرور أو الحزن فيشكل بخلو أكثر ما هو غناء عرفا عنه و كان هذا هو الذى دعا الشهيد الثانى الى ان زاد فى الروضة و المسالك بعد تعريف المشهور قوله.

او ما يسمى فى العرف غناء و تبعه فى مجمع الفائدة و غيره، و لعل هذا أيضا دعا صاحب الكرامة الى زعم ان الاطراب فى تعريف الغناء غير الطرب المفسر فى الصحاح بخفة لشدة سرور او حزن و ان توهمه صاحب مجمع البحرين و غيره من أصحابنا و استشهد على ذلك بما فى الصحاح من التطريب فى الصوت مدة و تحسينه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٢٢

و ما عن المصباح من ان طرب فى صوته رجعة و مده.

و فى القاموس الغناء ككساء من الصوت ما طرب به و ان التطريب الاطراب كالتطرب و التغنى قال قدس سره فيحصل من ذلك ان المراد بالتطريب و الاطراب غير الطرب بمعنى الخفة لشدة حزن أو سرور، كما توهمه صاحب مجمع البحرين و غيره من أصحابنا فكانه قال فى القاموس الغناء ان الصوت ما مد و حسن و رجع فانطبق على المشهور اذ الترجيع تقارب ضروب حركات الصوت و النفس فكان لازما للاطراب و التطريب، (انتهى كلامه).

و فيه ان الطرب إذا كان معناه على ما تقدم من الجوهرى و الزمخشري هو ما يحصل للانسان من الخفة لا جرم يكون المراد بالاطراب و التطريب ايجاد هذه الحالة و الا- لزم الاشتراك اللفظى مع انهم لم يذكروا للطرب معنى آخر ليشتم منه لفظ التطريب و الاطراب مضافا الى ما ذكر فى معنى التطريب من الصحاح و المصباح انما هو للفعل القائم بذى الصوت لا الاطراب القائم بالصوت، و هو المأخوذ فى تعريف الغناء عند المشهور دون فعل الشخص فيمكن ان يكون معنى تطريب الشخص فى صوته ايجاد سبب الطرب بمعنى الخفة بمد الصوت و تحسينه و ترجيعه كما ان تفريح الشخص ايجاد سبب الفرح بفعل ما يوجبه، فلا ينافى ذلك ما ذكر فى معنى الطرب، و كذا ما فى القاموس من قوله ما طرب به يعنى ما اوجد به الطرب مع انه لا مجال لتوهم كون التطريب بمادته بمعنى التحسين و الترجيع اذ لم يتوهم أحد كون الطرب بمعنى الحسن و الرجوع او كون التطريب هو نفس المد، فليست هذه الامور الا أسبابا للطرب يراد من ايجاده فعل هذه الاسباب.

هذا كله مضافا الى عدم امكان ارادة ما ذكر من المدد والتحسين و الترجيع من الطرب في قول الاكثر ان الغناء مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب كما لا يخفى مع ان مجرد المدد و الترجيع و التحسين لا يوجب الحرمة قطعا لما مر و سيجيء فتيين من جميع ما ذكرنا ان المتعين حمل المطرب في تعريف الاكثر للغناء على الطرب بمعنى الخفة و توجيه كلامهم بإرادة ما يقتضى الطرب و يعرض له بحسب وضع نوع ذلك الترجيع، و إن لم يطرب شخصه لمانع من غلظة الصوت و مج الاسماع له، و لقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٢٣

أجاد في الصحاح حيث فسر الغناء بالسماع و هو المعروف عند أهل العرف و قد تقدم في رواية محمد بن أبي عباد المستهتر بالسماع. و كيف كان فالمحصل من الادلة المتقدمة حرمة الصوت المرجع فيه على سبيل اللهو، فإن اللهو كما يكون بآلة من غير صوت كضرب الاوتار و نحوه و بالصوت في الآلة كالمزمار و القصب و نحوهما فقد يكون بالصوت المجرد فكل صوت يكون لهوا بكيفيته و معدودا من ألحان أهل الفسوق و المعاصي فهو حرام، و إن فرض انه ليس بغناء و كل ما لا يعد لهوا فليس بحرام، و ان فرض صدق الغناء عليه فرضا غير محقق لعدم الدليل على حرمة الغناء الا من حيث كونه باطلا ولهوا ولغوا و زورا.

و في مقابل هذه التعاريف ما اختار المحقق الايرواني قدس سره و هو: ان المتيقن من الغناء المحرم هو الكلام الباطل في ذاته و بحسب المدلول و المشتمل على المدد و الترجيع و الاطراب، و المراد من بطلان الكلام هو ان يكون معناه معنى لهويا، فالكلام الباطل غير المشتمل على الكيفية ذات القيود الثلاثة لا يكون حراما، كما ان المشتمل على الكيفية المزبورة لا يكون حراما إلا أن يكون باطلا في معناه.

و فيه: ان لازم هذا الوجه خروج بعض أفراد الغناء الذي لا يتوقف أحد في كونه غناء، و قد دلت النصوص عليه، كقراءة القرآن بلحون أهل الفسوق و العصيان.

و المشهور بين الاصحاب على ما نسب اليهم انه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، و قد اختلفت كلماتهم في تفسير الطرب، فعن جماعة: انه خفة تعتري الانسان لشدة السرور، و عن آخرين: انه خفة تعتري لشدة حزن أو سرور، و عن مفتاح الكرامة: ان الاطراب المأخوذ في تعريف الغناء غير الطرب المفسر لخفة لشدة السرور أو الحزن و ان المراد به مد الصوت و تحسينه و خير هذه الاقوال أوسطها.

أما فساد الاول: فلما عن القاموس من التصريح بفساد وهم من خص الطرب بالسرور، و أما فساد الاخير: فلما تقدم من ان مجرد مد الصوت و تحسينه ليس غناء قطعا لا سيما و قد ورد ان الله ما بعث نبيا الا حسن الصوت «١» و انه كان على بن الحسين عليهما السلام يقرأ القرآن فربما مر به المار فصعق من حسن صوته «٢» و ان الله تعالى يحب الصوت الحسن يرجع فيه ترجيعا.

(١) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب قراءة القرآن، حديث ٢، كتاب الصلاة.

(٢) نفس المصدر، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٢٤

ثم ان اللهو يتحقق بأمرين أحدهما قصد التلهي و إن لم يكن لهوا، و الثاني كونه لهوا في نفسه عند المستمعين و إن لم يقصد به التلهي. (١) ثم ان المرجع في اللهو الى العرف و الحاكم بتحقيقه هو الوجدان، حيث يجد الصوت المذكور مناسبا لبعض آلات اللهو و الرقص و لحضور ما يستلذه القوى الشهوية من كون المغنى جارية أو أمردا و نحو ذلك، و مراتب الوجدان المذكور مختلفة في الوضوح و الخفاء فقد يحس بعض الترجيع من مبادئ الغناء و لم يبلغه.

و لكن يرد على هذا التعريف: انه غير مطرد و لا منعكس.

أما الاول: فلما قيل من ان أظهر أفراد الغناء الالحن التي يستعملها أهل الفسوق مع انها لا توجب الطرب الا احيانا، مضافا الى ان من الغناء عند العرف ما ليس فيه مد و لا ترجيع مع كونه مطربا بالفعل و من ألحن أهل الفسوق بالمعنى الذى سيمر عليك، و الظاهر ان إطلاق الغناء على قول جئناكم جئناكم حيونا... الخ فى خبر عبد الاعلى الآتى من هذا القبيل لعدم مناسبه مع المد و الترجيع.

و أما الثانى: فلانه ربما يكون الصوت مرجعا مشجيا و مثيرا للحزن و البكاء و لا يصدق عليه الغناء، كما اذا كانت مادة الكلام حقا كمرثية أبى عبد الله عليه السلام.

و التحقيق: ان أحسن ما قيل فى المقام- و إن كان هو أيضا لا يخلو عن النقض- هو ما أفاده المصنف قدس سره و هو: ان الغناء عبارة عن الصوت للهوى و ما يعد فى الخارج من ألحن أهل الفسوق و المعاصى.

توضيحه: ان الصوت اذا كان مناسبا لبعض آلات اللهو و الرقص و لحضور ما يستلذه القوى الشهوية من كون المغنى جارية او نحو ذلك فهو فى العرف صوت لهوى و قول زور، و هو الغناء.

و لما كان ظاهر هذا التعريف اعتبار فعليه التلهى و لازم ذلك خروج أكثر ما هو غناء عرفا عنه، عممه.

(١) بقوله: ثم ان اللهو يتحقق بأمرين أى أحد أمرين:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٢٥

و ظهر مما ذكرنا انه لا فرق بين استعمال هذه الكيفية فى كلام حق أو باطل ففراءة القرآن و الدعاء و المراثى بصوت يرجع فيه على سبيل اللهو لا إشكال فى حرمتها و لا فى تضاعف عقابها لكونها معصية فى مقام الطاعة و استخفافا بالمقرؤ

أحدهما: قصد التلهى و إن لم يكن لهو او الثانى: كونه لهوا فى نفسه.

و محصل الامر الاول على ما أظن و إن كان خلاف ظاهر كلامه فى بادئ النظر ان الصوت تارة لا- يكون لهوا فعلا بالنسبة الى المسمعين، لعدم وجود المستمع، أو لمانع عن التلهى من شدة المرض و نحوها، فهو أيضا من مصاديق الغناء و لا ينحصر الغناء بما اذا كان لهوا فعلا.

و هذا التعريف أحسن ما قيل فى تعريف الغناء و موافق للمتفاهم العرفى.

و لكن الذى يرد على المصنف قدس سره انه لم يظهر لى وجه اعتباره الترجيع فى صدقه،

فإنه لا يعتبر فيه لا بحسب الأدلة و لا بحسب المتفاهم العرفى.

و النسبة بين هذا التعريف و ما ذكره المشهور هى العموم من وجه، لصدق تعريف المشهور على الصوت الموجب للخفة الحاصلة من حزن، و اختصاص هذا التعريف بالخفة الحاصلة من شدة السرور، و صدق هذا التعريف على كل صوت أوجب الخفة المزبورة و إن لم يكن فيه مد و لا ترجيع، و لا يصدق عليه تعريف المشهور.

و كيفية الكلام، تارة تكون بنفسها لا تصلح الا للرقص و موجبة لحصول الخفة،

فالكلام حينئذ يكون غناء و إن كانت مادته حقا، كالقرآن و نهج البلاغة و نحوهما، و على هذا يحمل ما دل على النهى عن التغنى بالقرآن، و قراءته بألحن أهل الفسوق و الكبائر المتقدم.

و أخرى لا تكون كذلك، الا فيما اذا كانت مادة الكلام باطلة ككونها من المعانى المهيجة للشهوة الباطلة، كبعض أنحاء التصانيف المتداولة فى هذا العصر، و فى مثل ذلك لو كانت مادة الكلام حقا لا يصدق عليه الغناء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٢٦

و المدعو و المرثى و من أوشح تسويلات الشيطان ان الرجل المتستر قد تدعوه نفسه لاجل التفرج و التنزه و التلذذ الى ما يوجب

نشاطه و رفع الكسالة عنه من الزمزمة الملهية فيجعل ذلك في بيت من الشعر المنظوم في الحكم و المراثى و نحوها، فيتغنى به أو يحضر عند من يفعل ذلك و ربما يعد مجلسا لاجل احضار أصحاب الالحن و يسميه مجلس المرثية فيحصل له بذلك ما لا يحصل من ضرب الاوتار من النشاط و الانبساط، و ربما يبكى في خلال ذلك لاجل الهموم المركوزة في قلبه الغائبة عن خاطره من فقد ما يستحضره القوى الشهوية و يتخيل انه بكى في المرثية و فاز بالمرتبة العالية و قد اشرف على النزول الى دركات الهاوية فلا ملجأ الا الى الله من شر الشيطان و النفس الغاوية.

و ربما يجرى (يجترى) على هذا عروض الشبهة في الازمنة المتأخرة في هذه المسألة تارة من حيث أصل الحكم و أخرى من حيث الموضوع و ثالثة من اختصاص الحكم ببعض الموضوع.

أما الاول: فلانه حكى عن المحدث الكاشانى انه خص الحرام منه بما اشتمل على محرم من خارج مثل اللعب بآلات اللهو و دخول الرجال و الكلام بالباطل، و الالفه في نفسه غير محرم و المحكى من كلامه في الوافى انه بعد حكاية الاخبار التي يأتي بعضها قال الذي يظهر من مجموع الاخبار الواردة اختصاص حرمة الغناء و ما يتعلق به من الاجر و التعليم و الاستماع و البيع و الشراء كلها بما كان على النحو (المعهود) المتعارف في زمن الخلفاء من دخول الرجال عليهم و تكلمهم بالباطل و لعبهم بالملاهي من العيدان و القصب و غيرهما دون ما سوى ذلك من أنواعه كما يشعر به قوله: ليست بالتي تدخل عليها الرجال الى ان قال: و على هذا فلا بأس بالتغنى بالاشعار المتضمنة لذكر الجنة و النار و التشويق الى دار القرار و وصف نعم الملك الجبار و ذكر العبادات و الرغبات في الخيرات و الزهد في الفانيات و نحو ذلك كما أشير اليه في حديث الفقيه بقوله: ذكرتك الجنة و ذلك لان هذا كله ذكر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٢٧

الله و ربما تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم ثم تلين جلودهم و قلوبهم الى ذكر الله.

و بالجملة فلا يخفى على أهل الحجى بعد سماع هذه الاخبار تمييز حق الغناء عن باطله و ان أكثر ما يتغنى به الصوفية في محافلهم من قبيل الباطل انتهى.

أقول: لو لا- استشهاده بقوله ليست بالتي تدخل عليها الرجال أمكن بلا تكلف تطبيق كلامه على ما ذكرنا من ان المحرم هو الصوت اللهوى الذي يناسبه اللعب بالملاهي و التكلم بالباطل و دخول الرجال على النساء لحظ السمع و البصر من شهوة الزنا دون مجرد الصوت الحسن الذي يذكر أمور الآخرة و ينسى شهوات الدنيا الا ان استشهاده بالرواية ليست بالتي تدخل عليها الرجال ظاهر في التفصيل بين أفراد الغناء لا- من حيث نفسه فان صوت المغنية التي تزف العرائس على سبيل اللهو لا محالة، و لذا لو قلنا بإباحته فيما يأتي كنا قد خصصناه بالدليل و نسب القول المذكور الى صاحب الكفاية أيضا و الموجود فيها، بعد ذكر الاخبار

[حكم الغناء]

و قد نسب الى المحدث الكاشانى القول بجواز الغناء من حيث هو، و انما يحرم اذا اشتمل على محرم من خارج مثل اللعب بآلات اللهو و دخول الرجال و الكلام بالباطل و لا يهمننا البحث في صحة النسبة و فسادها.

و في الجمع بين كلمات المصنف حيث انه ينسب اليه اولا القول بالجواز، ثم ينسب اليه غير ذلك، و انما المهم بيان أصل المطلب. و حاصله: انه ربما يدعى عدم حرمة الغناء.

و استدلل له بوجه:

الاول: انه ليس في النصوص رواية معتبرة دالة على حرمة الغناء فالمتعين الاخذ بالمتعين، و المتيقن هو ما اذا اقترن بأحد المحرمات الاخر كما كان متعارفا في زمن الخلفاء و فيه: ما تقدم من تواتر الروايات الدالة على ذلك، و قد مر أن فيها روايات معتبرة فراجع.

الثانى: ان نصوص حرمة الغناء منصرفه الى الغناء فى جوف آلات اللهو من المزمار و نحوه بايجاده فيها فالغناء المجرد لا يكون حراما.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٢٨

المتخالفه جوازا و منعا فى القرآن و غيره ان الجمع بين هذه الاخبار يمكن بوجهين:

أحدهما: تخصيص تلك الاخبار الواردة المانعة بما عدا القرآن، و حمل ما يدل على ذم التغنى بالقرآن على قراءة يكون على سبيل اللهو كما يصنعه الفساق فى غنائهم، و يؤيده رواية عبد الله سنان المذكورة اقرءوا القرآن بألحان العرب و اياكم

و لحون أهل الفسق و الكبائر و سيجىء من بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء.

و ثانيهما: ان يقال و حاصل ما قال: حمل الاخبار المانعة على الفرد الشائع فى ذلك الزمان، قال: و الشائع فى ذلك الزمان الغناء على

سبيل اللهو من الجوارى و غيرهن فى مجالس الفجور و الخمر و العمل بالملاهى و التكلم بالباطل و اسماعهن الرجال، فحمل المفرد

المعرف يعنى لفظ الغناء على تلك الافراد الشائعة فى ذلك الزمان غير بعيد، ثم ذكر رواية على بن جعفر الآتية و رواية اقرءوا القرآن

المتقدمة،

و قوله: ليست بالتى يدخل عليها الرجال مؤيدا لهذا الحمل، قال: ان فيه اشعارا بأن منشأ المنع فى الغناء هو بعض الامور المحرمة

المقترنة به كالاتهاء و غيره الى ان قال:

ان فى عدة من أخبار المنع عن الغناء اشعارا بكونه لهوا باطلا.

و فيه: انه لا وجه لدعوى الانصراف بل ظاهر النصوص النهى عن الغناء نفسه و من حيث هو.

الثالث: ما عن قرب الاسناد بسند لم يبعد فى الكفاية الحاقه بالصحاح عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن الغناء فى

الفطر و الاضحى و الفرح قال عليه السلام: لا بأس ما لم يعص به (١).

و هو و إن كان ضعيف السند لعبد الله بن الحسن، و عدم استبعاد صاحب الكفاية الحاقه بالصحاح، يمكن أن يكون لاجل انه اطلع

على أمانة مفيدة للظن بوثاقته، و لا يفيد بالنسبة اليها، الا أن الخبر مروى عن كتاب على بن جعفر، و لكن فيه ما لم يزم به و هو يدل

(١) الوسائل، باب ١٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٢٩

و صدق ذلك فى القرآن و الدعوات و الاذكار المقروءة بالاصوات الطيبة المذكورة المهيجة للاشواق الى العالم الاعلى محل تأمل على

ان التعارض واقع بين أخبار الغناء و الاخبار الكثيرة المتواترة الدالة على فضل قراءة القرآن و الادعية، و الاذكار مع عمومها لغه و

كثرتها و موافقتها للاصل و النسبة بين الموضوعين عموم من وجه فاذا لا ريب فى تحريم الغناء على سبيل اللهو و الاقتران بالملاهى و

نحوهما،

ثم إن ثبت إجماع فى غيره و الابقى حكمه على الاباحة و طريق الاحتياط واضح انتهى.

أقول: لا يخفى ان الغناء على استفدنا من الاخبار بل فتاوى الاصحاب و قول أهل اللغة هو من الملاهى نظير ضرب الاوتار و النفخ فى

القصب و المزمار، و قد تقدم التصريح بذلك فى رواية الاعمش الواردة فى الكبائر فلا يحتاج فى حرمة الى أن يقترن بالمحرمات

الآخر كما هو ظاهر بعض ما تقدم من المحدثين المذكورين.

على حرمة الغناء اذا اقترن بالمعاصى الاخر.

و فيه: ان محتملات قوله ما لم يزم به ثلاثة: الاول ارادة ما لم يقتن بضرب المزمار،

الثاني: ارادة ما لم يوجد الغناء في المزمارة، الثالث: ارادة ما لم يكن الصوت صوتا مزماريا و لحنا رقصيا، و الاستدلال بالخبر يتوقف على ارادة المعنى الاول، و لا ريب في كونه خلاف الظاهر، إذ لو كان المراد ذلك لقال ما لم يقترن بالمزمارة، بل الظاهر من الخبر هو ارادة المعنى الثالث كما لا يخفى.

و عليه فيتعين كون اطلاق الغناء على الجامع بين القسمين اطلاقا على المعنى الاعم كإطلاق أهل اللغة.

الرابع: النصوص الدالة على مدح الصوت الحسن، و انه ما بعث الله نبيا الا- و هو حسن الصوت و استحباب قراءة القرآن بالصوت الحسن و ان علي بن الحسين عليه السلام كان أحسن الناس صوتا بالقرآن، «١» فإنه يستفاد منها جواز الغناء، بل استحبابه في القرآن، و ان الحرمة انما تكون للامور الخارجية.

(١) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب قراءة القرآن، من كتاب الصلاة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٣٠

نعم لو فرض كون الغناء موضوعا لمطلق الصوت الحسن كما يظهر من بعض ما تقدم في تفسير معنى التطريب توجه ما ذكره بل لا أظن أحد أ يفتى بإطلاق حرمة الصوت الحسن و الاخبار بمدح الصوت الحسن و انه من أجمل الجمال و استحباب القراءة و الدعاء به و انه حلية القرآن و اتصاف الانبياء و الائمة عليهم السلام به في غاية الكثرة، و قد جمعها في الكفاية بعد ما ذكر ان غير واحد من الاخبار يدل على جواز الغناء في القرآن بل استحبابه بناء على دلالة الروايات على استحباب حسن الصوت و التحزين و الترجيع به. و الظاهر ان شيئا منها لا يوجد بدون الغناء على ما استفيد من كلام أهل اللغة و غيرهم على ما فصلناه في بعض رسائلنا انتهى.

و قد صرح به شرح قوله عليه السلام اقرءوا القرآن بألحان العرب ان اللحن هو الغناء، و بالجملة فنسب الخلاف اليه في معنى الغناء اولى من نسبة التفصيل اليه بل ظاهر أكثر كلمات المحدث الكاشاني أيضا ذلك لانه في مقام نفي التحريم عن الصوت الحسن المذكور لأمر الآخرة المنسى لشهوات الدنيا، نعم بعض كلماتها ظاهرة فيما نسب اليهما من التفصيل في الصوت اللهوي الذي ليس هو عند التأمل تفصيلا بل قولاً باطلاق جواز الغناء و انه لا حرمة فيه أصلا، و انما الحرام ما يقترن به من المحرمات فهو على تقدير صدق نسبتة اليهما في غاية الضعف لا شاهد له يقيد الاطلاقات الكثيرة المدعى تواترها الا بعض الروايات التي ذكرها منها ما عن الحميري بسند لم يبعد في الكفاية الحاقه بالصحاح عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن الغناء في الفطر و الاضحى و الفرح، قال: لا بأس ما لم يعص به و المراد به ظاهرا ما لم يصير الغناء سببا للمعصية و لا مقدمه للمعاصي المقارنة له.

و في كتاب علي بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر و الاضحى و الفرح، قال: لا بأس ما لم يزر به، و الظاهر ان المراد بقوله ما لم يزر به ما لم يلعب معه بالمزمارة أو ما لم يكن الغناء بالمزمارة و نحوه من آلات الاغاني، و رواية أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كعب المغنيات، فقال: التي يدخل عليها الرجال حرام و التي تدعى الى الاعراس لا بأس به، و هو قول الله عز و جل:

(و من الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله)

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٣١

و عن ابي بصير عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال قال اجر المغنية التي تزف العرائس ليس به باس ليست بالتي تدخل عليها الرجال فان ظاهر الثانية و صريح الاولى ان حرمة الغناء منوط بما يقصد منه فان كان المقصود اقامة مجلس اللهو حرم و الا فلا (١) و قوله في الرواية و هو قول الله اشارة الى ما ذكره من التفصيل و يظهر منه ان كلا الغناءين من لهو الحديث لكن يقصد باحدهما ادخال الناس في المعاصي و الاخراج عن سبيل الحق و طريق الطاعة دون الآخر و انت خير بعدم مقاومة هذه الاخبار للاطلاقات لعدم ظهور يعتد به في دلالتها فان الرواية الاولى لعلي بن جعفر ظاهرة في تحقق المعصية بنفس الغناء فيكون المراد بالغناء مطلق الصوت المشتمل على

الترجيع و هو قد يكون مطربا ملهيا فيحرم و قد لا ينتهى الى ذلك الحد فلا يعصى به.

و فيه: انها غير مربوطة بالغناء اذ صوت الحسن غير الغناء كما تقدم.

الخامس: مرسل الفقيه: سال رجل على بن الحسين (عليهما السلام) عن شراء جارية لها صوت فقال (عليه السلام) ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنة يعنى براءة القرآن و الزهد و الفضائل التى ليست بغناء و أما الغناء فمحظور «١».

و فيه: اولاً: انه ضعيف السند للارسال.

و ثانياً: انه وارد فى الجارية التى لها صوت لا- المغنية اذ الظاهر ان التفسير انما هو من الصدوق و على فرض كونه من الامام (عليه السلام) فهو يدل على ان المذكورات على قسمين:

احدهما: ما هو غناء و الثانى: ما ليس كذلك فيدل على ان الغناء محرم.

(١) السادس: صحيح ابى بصير المذكور فى المتن «٢».

و نحوه خبره الآخر المذكور فيه «٣».

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب ما يكتسب به حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٣٢

و منه يظهر توجه الرواية الثانية لعلى بن جعفر فان معنى قوله لم يزم به لم يرجع فيه ترجيع المزمار او لم يقصد منه قصد المزمار او ان المراد من الزمر التغنى على سبيل اللهو.

و أما رواية ابى بصير مع ضعفها سنداً بعلى بن ابى حمزة البطائنى فلا يدل الا على كون غناء المغنية التى يدخل عليها الرجال داخلا فى لهو الحديث فى الآية و عدم دخول غناء التى تدعى الى الاعراس فيها و هذا لا يدل على دخول ما لم يكن منهما فى القسم المباح مع كونه من لهو الحديث قطعاً فاذا فرضنا ان المغنى يعنى باشعار باطله فدخول هذا فى الآية اقرب من خروجه.

و بالجملة فالمذكور فى الرواية تقسيم غناء المغنية باعتبار ما هو الغالب من انها تطلب للتغنى اما فى المجالس المختصة بالنساء كما فى الاعراس و أما للتغنى فى مجالس الرجال نعم الانصاف انه لا يخلو من اشعار بكون المحرم هو الذى يدخل فيه الرجال على المغنيات لكن المنصف لا- يرفع اليد عن الاطلاقات لاجل هذا الاشعار خصوصاً مع معارضته بما هو كالصريح فى حرمة غناء المغنية و لو لخصوص مولاها كما تقدم من قوله (عليه السلام) قد يكون للرجل الجارية تلهيه و ما ثمنها الا ثمن الكلب فتأمل.

السابع: ان الروايات بقريته دلالة بعضها على ان المنع بمناط اللهو محمولة على مطلق المرجوحية اذ من المعلوم ان اللهو بما هو لا يقتضى التحريم.

و فيه: مضافاً الى ما سياتى فى مبحث اللهو من حرمة على بعض معانيه: ان النصوص انما تدل على حرمة الغناء من حيث انه صوت لهوى و هذا لا يستلزم حرمة كل ما يكون لهوا كى يستكشف جوازه من جواز اللهو. هذا كله.

مضافاً انه لو تمت دلالة ما تقدم على هذا القول بما انه لا يمكن حمل جميع ما دل على حرمة الغناء على ان حرمة انما تكون للامور الخارجية و لا يمكن رفع اليد عن ظهورها فى حرمة الغناء نفسه فلا محالة يقع التعارض بينهما و الترجيح معها كما لا يخفى.

و اصف الى ذلك انه لم ينسب القول بالجواز الى احد سوى المحدث المذكور و المحقق السبزواري و قد عرفت دعوى بعضهم ان

عدم الجواز من الضروريات. فاذا لا ينبغي التوقف في الحرمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٣٣

و بالجمله فضعف هذا القول بعد ملاحظة النصوص اظهر من ان يحتاج الى الاطهار و ما ابعده ما بين هذا و بين ما سيجيء من فخر الدين من عدم تجويز الغناء بالاعراس لان الروايتين و ان كانتا نصين في الجواز الا انهما لا تقاومان الاخبار المانعة لتواترها. و أما ما ذكره في الكفاية من تعارض اخبار المنع للاخبار الواردة في فضل قراءة القرآن فيظهر فسادها عند التكلم في التفصيل.

و أما الثاني: فهو الاشتباه في الموضوع فهو ما ظهر من بعض من لا خبرة له من طلبه زماننا تقليدا لمن سبقه من اعياننا من منع صدق الغناء في المراثي و هو عجيب فانه ان اراد ان الغناء مما يكون لمواد الالفاظ دخل فيه فهو تكذيب للعرف و اللغة.

اما اللغة فقد عرفت. و أما العرف لانه لا ريب ان من سمع من بعيد صوتا مشتملا على الاطراب المقتضى للرقص او ضرب آلات اللهو لا يتأمل في اطلاق الغناء عليه الى ان يعلم مواد الالفاظ و ان اراد ان الكيفية التي يقرأ بها للمريئة لا يصدق عليها تعريف الغناء فهو تكذيب للحس.

و أما الثالث: و هو اختصاص الحرمة ببعض افراد الموضوع فقد حكى في جامع المقاصد قولاً لم يسم قائله باستثناء الغناء في المراثي (١) نظير استثنائه في الاعراس و لم يذكر وجهه و ربما وجهه بعض من متأخري المتأخرين.

الغناء في المراثي

و قد استثنى القوم من الغناء المحرم موارد:

(١) الاول: ما حكى في محكي جامع المقاصد عن من لم يصم قائله و هو الغناء في المراثي و لم يذكر وجهه.

و قربه المحقق الاردبيلي في محكي شرح الارشاد و علل ذلك بوجوه:

منها: انه ما ثبت الاجماع الا في غيرها و الاخبار ليست بصحيحة صريحة في التحريم مطلقاً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٣٤

بعمومات ادلة الابكاء و الرثاء. (١) و قد اخذ ذلك مما تقدم من صاحب الكفاية من الاستدلال باطلاق ادلة قراءة القرآن.

و فيه ان ادلة المستحبات لا تقاوم ادلة المحرمات (٢) خصوصاً التي يكون من مقدماتها فان مرجع ادلة الاستحباب الى استحباب ايجاد الشيء بسببه المباح لا بسببه المحرم أ لا ترى انه لا يجوز ادخال السرور في قلب المؤمن و اجابته بالمحرمات كالزنا و اللواط و الغناء و السرف في ذلك ان دليل الاستحباب انما يدل على كون الفعل لو خلى و طبعه خاليا عما يوجب لزوم احد طرفيه فلا ينافي ذلك طرو عنوان من الخارج يوجب لزوم فعله او تركه كما اذا صار مقدمة لواجب او صادفه عنوان محرم فاجابة المؤمن و ادخال السرور في قلبه ليس في نفسه شيء ملزم لفعله او تركه فاذا تحقق في ضمن الزنا فقد طرا عليه عنوان ملزم لتركه كما انه اذا امر به الوالد او السيد طرا عليه عنوان ملزم لفعله.

و الحاصل ان جهات الاحكام الثلاثة اعني الاباحة و الاستحباب و الكراهة لا يزاحم جهة الوجوب او الحرمة فالحكم لهما مع اجتماع جهتيهما مع احدي الجهات الثلاث.

و فيه: ما عرفت من وجود روايات صحيحة دالة على حرمة الغناء مطلقاً.

(١) و منها عمومات ادلة الابكاء و الرثاء.

(٢) و اجاب عنه المصنف بقوله: ان ادلة المستحبات لا تقاوم ادلة المحرمات.

و محصل ما ذكره في وجه ذلك: ان دليل الاستحباب انما يتضمن ثبوت الحكم لوجود جهته المقتضية له مع عدم تحقق ما يقتضى الالزام بترك مورده فالفعل انما يتصف بالاستحباب اذا خلا في طبعه عما يقتضى الحرمة فمع طرو عنوان ملزم لتركه يكون محرما و لا يقاومه دليل الاستحباب فالابكاء مستحب ما لم يطرأ عليه احد العناوين المحرمة منها الغناء فلا يصلح دليل مطلوبيته لمقاومة ادلة حرمة الغناء.

و يرد: ان ما ذكره من عدم مقاومة ادلة الاحكام غير الالزامية ادلة الاحكام الالزامية انما يتم في موارد:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٣٥

...

الاول: ما اذا وقعت المزامحة بين الطائفتين في مقام الامثال من دون ان تتصادقا

على مورد واحد كما اذا وقعت المزامحة بين وجوب الصوم و استحباب قراءة القرآن اذا لم يتمكن من الجمع بينهما فانه في مثل ذلك لا شبهة في تقديم الاول لان دليله يكون معجزا عن الثاني.

الثاني: ما اذا كان الموضوع فيهما واحدا و يكون الحكم غير الالزامي مشروطا بان لا يلزم من موافقته مخالفة حكم الزامى كقضاء حاجة المؤمن حيث ان استحبابه مقيد بعدم لزوم فعل الحرام من امثاله و عليه يبنى عدم توقف احد من انه لا يجوز شىء من المحرمات بعنوان قضاء حاجة المؤمن.

الثالث: ما اذا كان الحكم غير الالزامي مترتبا على الشىء بعنوانه الاولى و الحكم الالزامي متعلقا به بعنوانه الثانوى.

و أما في غير هذه الموارد الثلاثة و هو ما اذا كان الثابت في الواقع حكما واحدا و كانت الادلة متعارضة في ثبوت الحكم الالزامى او غير الالزامى بنحو التباين او العموم من وجه مع عدم كون الحكم غير الالزامى مشروطا بعدم مخالفة الحكم الالزامى فلا وجه لدعوى تقدم دليل الحكم الالزامى الا بدعوى احد امور ثلاثة على سبيل منع الخلو احدها: عدم ثبوت الاطلاق لدليل الحكم غير الالزامى بنحو يشمل موردا قام فيه دليل على حكم الزامى.

ثانيها: انصرافه عن هذا المورد.

ثالثها: ظهوره في تقييد ما تضمنه من الحكم بعدم المخالفة للحكم الالزامى.

و أما دعوى ان مقتضيات الاحكام الترخيضية لا تصلح لمزامحة مقتضيات الاحكام الالزامية فاجنبية عن المقام اذ تلك انما هي فيما اذا ثبت مقتضيات و هو في الفرض معلوم لعدم لفرض التعارض بين الدليلين و لا أقل من عدم المعلومية و عليه فلا مناص عن الرجوع الى مرجحات باب التعارض. و ما نحن فيه من هذا القبيل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٣٦

...

و ليس من قبيل الموارد الثلاثة الاول كما هو واضح فلا بد من تقديم ادلة الغناء لمخالفتها للعامه.

و منها: ان التحريم انما هو للطرب و ليس في المراثى طرب بل ليس فيها الا الحزن.

و فيه: انه تارة يكون الصوت صوتا لهويا و لحنا رقصيا و يوجب حصول النشاط و الانبساط و لكن ربما يبكى المستمع في خلاله لاجل الهموم المركوزة في قلبه الغائبة عن خاطره من فقد ما تستحضره القوى الشهوية و يتخيل انه بكى في المرثية او انه يبكى من جهة

اقوائيه المادة في حصول الحزن من الكيفية المطربة.

و اخرى يكون الصوت بنفسه موجبا لحصول الحزن و البكاء و عدم صدق الغناء على الثانى و ان كان هو الحق كما عرفت الا انه يصدق على الاول فاللازم هو مراعاة ذلك و تمييز الغناء عن غيره.

و منها: قيام السيرة على ذلك لانه المتعارف دائما في بلاد المسلمين من زمان المشايخ الى زماننا هذا من غير نكير.

و فيه: ان قيام السيرة على الرثاء و اقامة التعزية مسلم الا انه لا نسلم قيام السيرة على التغنى فيها بل المسلم خلافه و دعوى ان النياحة لا تكون الا معه ممنوعة.

و منها: ان البكاء و التفجع مطلوب مرغوب و فيه ثواب عظيم و الغناء معين على ذلك.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان الغناء لا يكون معيناً على البكاء لما تقدم في مقام بيان حقيقته.

و ثانياً انه لو سلم كونه معيناً عليه لا وجه للقول بجوازه من جهة وقوعه مقدمه للمستحب اذ لو وقعت المزاخمة بين حكيم الزامى و غير الزامى لا شبهة في تقديم دليل الاول على الثانى لكونه صالحاً لان يكون معجزاً عن غيره بخلاف العكس.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٣٧

و يشهد بما ذكرنا من عدم تادى المستحبات في ضمن المحرمات قوله صلى الله عليه و آله اقرءوا القرآن بالحن العرب و اياكم و لحن اهل الفسوق و الكبائر و سيجىء بعدى اقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء و النوح و الرهبانية لا يجوز تراقبهم قلوبهم مقلوبة و قلوب من يعجبه شأنهم (١) قال فى الصحاح اللحن واحد الالحن و اللحن.

و منه الحديث اقرءوا القرآن بلحن العرب (٢) و قد لحن فى قراءته اذا طرب بها و هو ألحن الناس اذا كان احسنهم قراءة او غناء انتهى.

و صاحب الحدائق جعل اللحن فى هذا الخبر بمعنى اللغة اى بلغة العرب و كانه اراد باللغة اللهجة و تخيل ان ابقاءه على معناه يوجب ظهور الخبر فى جواز الغناء فى القرآن (٣) و فيه ما تقدم من ان مطلق اللحن اذا لم يكن على سبيل اللهو ليس غناء و قوله صلى الله عليه و آله و اياكم و لحن اهل الفسوق نهى عن الغناء فى القرآن ثم ان فى قوله لا يجوز تراقبهم اشارة الى ان مقصودهم ليس تدبر معانى القرآن بل هو مجرد الصوت المطرب (٤).

فتحصل: ان الغناء فى المراثى حرام الا ان الصوت غير الموجب لحصول الخفة الحاصلة عن شدة السرور- و بعبارة اخرى غير الملهى- لا يكون غناء فلا يكون محرماً.

(١) كما فى خبر عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (عليه السلام) «١»

(٢) كما فى الحدائق ١٨، ١١٤ و فى الصحاح ٦، ٢١٩٣ مادة لحن و فى خبر حذيفة بن اليمان «٢».

(٣) لم يتخيل صاحب الحدائق (قدس سره) ذلك و هذا كلامه فلا حظه قال فانه و ان كان لفظ اللحن مما ورد بمعنى الغناء لكنه ورد ايضا لمعان اخر منها اللغة و ترجيع الصوت و تحسين القراءة و الشعر الا ان الانسب به هنا هو الحمل على اللغة انتهى و على ذلك فلا مورد لما اورده المصنف (قدس سره) عليه.

(٤) و يمكن ان يكون المراد به انه لا- يجاوز تراقبهم الى السماء بمعنى ان الله لا يقبل منهم و لا يرفع قراءتهم الى السماء قصدوا بها تدبر معانى القرآن ايضا ام لا.

(١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب قراءة القرآن حديث ١ مع تفاوت يسير.

(٢) المستدرک باب ٢٠ من ابواب قراءة القرآن حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٣٨

و ظهر مما ذكرنا انه لا- تنافى بين حرمة الغناء فى القرآن و ما ورد من قوله صلى الله عليه و آله و رجع فى القرآن صوتك فان الله يحب الصوت الحسن فان المراد بالترجيع ترديد الصوت فى الحلق.

و من المعلوم ان مجرد ذلك لا- يكون غناء اذا لم يكن على سبيل اللهو فالمقصود من الامر بالترجيع ان لا يقرأ كقراءة عبائر الكتب الكتب عند المقابلة لكن مجرد الترجيع لا يكون غناء و لذا جعله نوعا منه فى قوله (صلى الله عليه و آله) يرجعون القرآن ترجيع الغناء و فى محكى شمس العلوم ان الترجيع ترديد الصوت مثل ترجيع اهل الالحان و القراءة و الغناء (انتهى).

و بالجملة فلا تنافى بين الخبرين و لا بينهما و بين ما دل على حرمة الغناء حتى فى القرآن كما تقدم زعمه من صاحب الكفاية (١) تبعا فى بعض ما ذكره من عدم اللهو فى قراءة القرآن و غيره لما ذكره المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث انه بعد ما وجه استثناء المراثى و غيرها من الغناء بانه ما ثبت الاجماع الا فى غيرها و الاخبار ليست بصحيحة صريحة فى التحريم مطلقا ايد استثناء المراثى بان البكاء و التفجع مطلوب مرغوب و فيه ثواب عظيم و الغناء معين على ذلك و انه متعارف دائما فى بلاد المسلمين من زمن المشايخ الى زماننا هذا من غير تكبير ثم ايد بجواز النياحة و جواز اخذ الاجر عليها و الظاهر انها لا تكون الا معه و بان تحريم الغناء للطرب على الظاهر و ليس فى المراثى طرب بل ليس الا الحزن انتهى.

الغناء فى قراءة القرآن

الثانى: الغناء فى قراءة القرآن.

(١) و قد نسب استثناء ذلك الى المحقق السبزواري و تبعه بعض المحققين.

و استدل له بوجه:

الاول: ان قراءة القرآن خارجة عن الغناء موضوعا اذ يعتبر فى صدق الغناء كون معنى الكلام لهويا ذكره صاحب الكفاية و المحقق الايروانى (قدس سره).

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٣٩

...

و قد عرفت فى المقام الاول فساد هذا المسلك، و ان الغناء كيفية خاصة من

الصوت، و هو الصوت للهوى المجامع مع كون المادة حقا.

الثانى: انه قد دلت النصوص «١» الكثيرة على استحباب تحسين الصوت فى قراءة القرآن و التحزين و الترجيع به. و شىء منها لا يوجد بدون الغناء.

وفيه: انه قد عرفت ان هذه العناوين غير الغناء، اذ الغناء هو الصوت للهوى و اللحن الرقصى، و مجرد حسن الصوت و الترجيع به و التحزين لا- يكون ذلك. و على ذلك فلا تنافى بين هذه النصوص، و بين ما دل على ذم التغنى بالقرآن كخبر عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: اقرءوا القرآن بألحان العرب و أصواتها و اياكم و لحون أهل الفسق و أهل الكبائر، فإنه سيجىء بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء و النوح و الرهبانية «٢».

و المحقق السبزواري قدس سره لبنائه على ملازمة تحسين الصوت و الترجيع به للغناء، بنى على التعارض بين الطائفتين: و جمع بينهما بنحوين اولهما الصحيح على هذا المسلك، قال:

أحدهما: تخصيص تلك الاخبار الواردة المانعة بما عند القرآن، و حمل ما يدل على ذم التغنى بالقرآن على قراءة تكون على سبيل الله كما يصنعه الفساق في غنائهم.

الثالث: ان اخبار الغناء معارضة مع الاخبار «٣» الكثيرة الدالة على فضل قراءة القرآن و النسبة عموم من وجه، فتساقطان في مورد الاجتماع فيرجع الى أصالة الاباحة.

وفيه: ما تقدم من ان المختار في التعارض بين العامين من وجه هو الرجوع الى المرجحات و هي تقتضى تقديم نصوص الغناء لكونها مخالفة للعام.

و أما ما أجابه المصنف قدس سره من ان ادلة الاحكام غير الازامية لا تقاوم أدلة الاحكام الازامية، فقد مر فيه مفصلا في المستثنى الاول فراجع.

(١) راجع الوسائل، باب ٢٤، من أبواب قراءة القرآن.

(٢) راجع الوسائل، باب ٢٤، من أبواب قراءة القرآن، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ١١، من أبواب قراءة القرآن

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٤٠

و أنت خبير بأن شيئا مما ذكره لا ينفذ في جواز الغناء على الوجه الذى ذكرنا اما كون الغناء معينا على البكاء و التفجع فهو ممنوع بناء على ما عرفت من كون الغناء هو الصوت للهوى، بل و على ظاهر تعريف المشهور من الترجيع المطرب لان الطرب الحاصل منه ان كان سرورا فهو مناف للتفجع لا معين، و إن كان حزنا فهو على ما هو المركز في النفس الحيوانية من فقد المشتهايات النفسانية لا على ما أصاب سادات الزمان من انه على تقدير الاعانة، لا ينفذ في جواز الشىء كونه مقدمة لمستحب او مباح بل لا بد من ملاحظة عموم دليل الحرمة له، فإن كن فهو و الا فيحكم بإباحته للاصل و على أى حال فلا يجوز التمسك للاباحة بكونه مقدمة لغير حرام لما عرفت.

ثم انه يظهر من هذا و مما ذكر أخيرا من ان المرئى ليس فيها طرب ان نظره الى المراثى المتعارفة لاهل الديانة التى لا يقصدونها الا للتفجع و كأنه لم يحدث في عصره المراثى التى يكتفى بها أهل اللهو و المترفون من الرجال و النساء عن حضور مجالس اللهو و ضرب العود و الاوتار و التغنى بالقصبة و المزمار كما هو الشائع في زماننا الذى قد أخبر النبي صلى الله عليه و آله بنظيره في قوله: يتخذون القرآن مزامير كما ان زيارة سيدنا و مولانا أبى عبد الله عليه السلام صار سفرها من أسفار اللهو و النزهه لكثير من المترفين، و قد أخبر النبي صلى الله عليه و آله بنظيره في سفر الحج و انه يحج أغنياء أمتي للنزهه و الاوساط للتجارة و الفقراء للسمعة، و كان كلامه صلى الله عليه و آله كالكتاب العزيز و ارد في مورد و جار في نظيره و الذى أظن ان ما ذكرنا في معنى الغناء المحرم من أنه الصوت للهوى ان هؤلاء و غيرهم غير مخالفين فيه.

و أما ما لم يكن على جهة اللهو المناسب لسائر آلاته فلا دليل على تحريمه لو فرض شمول الغناء له لان مطلقات الغناء منزلة على ما دل على إناطة الحكم فيه باللهو و الباطل من الاخبار المتقدمة خصوصا من انصرافها في أنفسها كأخبار المغنية الى هذا الفرد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٤١

بقي الكلام فيما استثناه المشهور من الغناء و هو أمران:

أحدهما: الحداء بالضم كدعاء صوت يرجع فيه للسير بالابل (١) و فى الكفاية ان المشهور استثنائه، و قد صرح بذلك فى شهادات الشرائع و القواعد و فى الدروس، و على تقدير كونه من الاصوات للهوية كما يشهد به استثنائهم اياه عن الغناء بعد أخذهم الاطراب فى تعريفه فلم أجد ما يصلح لاستثنائه مع تواتر الاخبار بالتحريم عدا رواية نبوية ذكرها فى المسالك من تقرير النبي صلى الله عليه و

آله لعبد الله ابن رواحة حيث حدا للابل و كان حسن الصوت (٢)، و فى دلالتة و سنده ما لا يخفى (٣)

فالاظهر هو حرمة الغناء فى قراءة القرآن، و يدل عليه خبر عبد الله بن سنان المتقدم، و لكنه ضعيف السند لان فى طريقه إبراهيم الاحمر، بل الغناء فى ذلك أبغض لكونه هتكا للدين.

الحداء لسوق الابل

(١) الثالث: الحداء لسوق الابل.

فى الكفاية: ان المشهور استثنائه، و قد استدلل له بوجوه:

(٢) الاول: النبوى المرسل الذى ذكره فى كتاب الشهادات من المسالك المتضمن تقرير النبى صلى الله عليه و آله لعبد الله بن رواحة حيث حد للابل و كان حسن الصوت «١».

(٣) قوله و فى دلالتة و سنده ما لا يخفى.

و أورد عليه المحقق الشيرازى: بأن دلالتة لم أعرف وجه ضعفها على تقدير كون الحداء من الغناء، و ضعف سنده منجر بنقل الشهرة و فتوى جمع من الاساطين.

و فيه ان المرسل متضمن لواقعة شخصية فيمكن ان لا يكون الحداء الذى جوزة النبى صلى الله عليه و آله غناء فلا يدل على جواز الغناء.

(١) سنن بيهقى، ج ١٠، ص ٢٢٧.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ١، ص: ٤٤٢

الثانى: غناء المغنية فى الاعراس اذا لم يكتف بها محرم آخر من التكلم بالباطيل و اللعب بالآلات الملاهى المحرمة و دخول الرجال على النساء (١) و المشهور استثنائه للخبرين المتقدمين على أبى بصير فى أجر المغنية التى تزف العرائس (٢)

الثانى: ما رواه الصدوق بإسناده عن السكونى عن جعفر بن محمد عن النبى صلى الله عليه و آله زاد المسافر الحداء و الشعر ما كان منه ليس فيه خناء أى فحش او جفاء او حنان «١»

أى الطرب على اختلاف النسخ، بناء على رجوع القيد الى خصوص الشعر كما يشهد به أفراد الضمير.

و لكن الاستدلال به مبنى على كون الحداء منحصرا بالغناء و لكنه ممنوع فلا يدل على جواز الغناء.

و به يظهر ما فى الوجه الثالث و هو استقرار السيرة على جواز الحداء.

الرابع: ما فى الجواهر الميل اليه، و هو: ان الحداء قسيم للغناء بشهادة العرف، فهو خارج عن الغناء موضوعا.

و فيه: انه لا- تنافى بين العنوانين كى يكون صدق أحدهما مانعا من صدق الآخر، بل الاظهر ان النسبة بينهما عموم من وجه. فاذا لا دليل على استثناء الغناء فى الحداء.

الغناء فى زف العرائس

(١) الرابع: غناء المغنية فى الاعراس اذا لم يكتف به محرم آخر.

(٢) قوله و المشهور استثنائه للخبرين المتقدمين عن أبى بصير.

أحدهما صحيح أبي بصير عن مولانا الصادق عليه السلام أجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس و ليست بالتي يدخل عليها الرجال «٢» و نحوه الآخر «٣»

(١) الوسائل باب ٣٧، من أبواب آداب السفر، حديث ١، كتاب الحج.

(٢) الوسائل، باب ١٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٣) نفس المصدر، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ١، ص: ٤٤٣

و نحوهما ثالث عنه أيضا (١) و إباحة الاجر لازمه لإباحة الفعل و دعوى ان الاجر لمجرد الزف لا الغناء عنده مخالفا للظاهر لكن في سند الروايات ابو بصير و هو غير صحيح و الشهرة على وجه يوجب الانجبار غير ثابتة لان المحكى عن المفيد قدس سره و المرتضى، و ظاهر الحلبي و صريح الحلبي و التذكرة و الايضاح بل كل من لم يذكر الاستثناء بعد التعميم المنع، لكن الانصاف ان سند الروايات و ان انتهت الى أبي بصير الا انه لا يخلو من وثوق و العمل بها تبعاً للاكثر غير بعيد و إن كان الاحوط كما في الدروس الترك و الله العالم.

(١) قوله و نحوهما ثالث عنه.

اشارة الى خبره الثالث عنه عليه السلام عن كسب المغنيات فقال عليه السلام: التي يدخل عليها الرجال حرام، و التي تدعى الى الاعراس ليس به بأس «١».

لكن الثاني مجهول، و الثالث ضعيف.

و دعوى ضعف الاول كما ترى.

و الايراد عليه: بأنه انما يدل على إباحة الاجر لا الفعل، مندفع بالتلازم بينهما.

و دعوى ان الأجر لمجرد الزف، خلاف الظاهر فالظاهر هو جوازه.

بقى الكلام في تعليمه و تعلمه، و ملخص القول فيه: ان التعليم و التعلم بالتغنى و الاستماع حرام بلا- كلام، و أما بغير ذلك فحرمة

التعليم مستفادة من خبرين مرويين في الوسائل «٢» و حرمة التعلم تستفاد من المرسل المروي عن مستدرك الوسائل، «٣» الا ان كلا

ضعيف السند اذا أحد الخبرين المرويين في الوسائل مرسل، و الآخر في طريقه محمد الطاطري و هو مهمل، و ما عن المستدرك

مرسل أيضا. و مقتضى الاصل هو الجواز.

قد تم الجزء الاول من كتابنا منهاج الفقاهة و يتلوه في الطبع الجزء الثاني منه و الحمد لله أولا و آخر.

(١) الوسائل، باب ١٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٢ و ١٦، من أبواب ما يكتسب به.

(٣) المستدرك، باب ١٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

الجزء الثاني

[تنمة المكاسب المحرمة]

[تنمة الاكتساب المحرم أنواع]

[تتمة النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملاً محرماً في نفسه]

الرابعة عشر: الغيبة حرام

إشارة

بالأدلة الأربعة، و يدل عليه من الكتاب قوله تعالى: (وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا) (١) فجعل المؤمن أخا و عرضه ك لحمه و التفكه به أكلا، و عدم شعوره بذلك بمنزلة حالة موته.

حرمة الغيبة

(١) الرابعة عشرة: الغيبة حرام بالأدلة الأربعة و يدل عليه من الكتاب قوله تعالى (وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ) (١).

تقريب الاستدلال بهذه الآية الشريفة انما يكون من وجوه:

الأول: اشتغالها على النهي عن الاغتيا ب، و ظاهر النهي هو الحرمة.

الثاني: ان الله تعالى جعل المؤمن أخا، لأن المؤمنين إخوة، و شبه عرض المؤمن باللحم لانتقاصه بالتفكه به، كما ان اللحم ينتقص بالأكل، و شبه التفكه به بالأكل، أى شبه التفكه بهتك عرضه بأكل الميتة، اما لأنه يأكل الجيف فى الآخرة كما فى بعض النصوص، او لتشبيه المغتاب بالكسر بالكلاب و السباع كما فى بعض النصوص الاخر.

و لا ريب فى ان التشبيه انما يكون بلحاظ الحكم، و هو الحرمة و يؤكد تصدير هذه التشبيهات بالاستفهام الإنكارى الدال على قبح صدور هذا العمل، و بعبارة اخرى: انه يدل على انه كما يشتم الإنسان عن أكل لحم أخيه الميت، لا بد و أن يشتم عن اغتيا به.

الثالث: قوله تعالى (فَكَرِهْتُمُوهُ) فإن مفاده: انه كما تكرهون أكل لحم الأخ، كذلك لا بد و أن تكرهوا اغتيا به، أى تجتنبوا عنه، و لكن جعل هذا من تتمه الوجه الثانى أولى من جعله وجها مستقلا.

(١) سورة الحجرات، آية ١٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٦

و قوله تعالى: (وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ) (١)

و قوله تعالى: (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ). (٢)

(١) و قوله تعالى: (وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ) «١».

تقريب الاستدلال به: ان المراد بالأولى المغتاب بالكسر و بالثانية الطعان، و عن ابن عباس، ان المراد بالثانية المغتاب، و المراد بالأولى الطعان.

و على كل تقدير دلالة على الوعيد للمغتاب ظاهرة، و حيث ان ثبوت العقاب مستلزم لكون الفعل حراما، فبشوته يستدل على الحرمة. و فيه: اولاً: انه قيل فى معناهما وجوه اخرى: منها: ان الهمزة هو الذى يؤذى جليسه بسوء لفظه، و اللمزة هو الذى يكسر عينه على جليسه و يؤمى بطرفيهما و يشير برأسه إليه.

و منها: ان الهمزة هو الذى يهمز الناس و يضربهم بيده، و اللمزة هو الذى يلمزهم بلسانه و عينه.
و منها: ان المراد بهما كثير الطعن على غيره بغير حق، سواء كان فى الغياب أم فى الحضور، و سواء كان باللسان أم بغيره.
و حيث انه على هذه التفاسير لا تدل الآية على حرمة الغيبة، فتكون مجملته فلا يصح الاستدلال بها.
و ثانيا: ان الهمزة على التفسير الأول، و اللمزة على التفسير الثانى ليس هو المغتاب بالكسر بل الذى يعيبك على ظهر الغيب، و النسبة بينه و بين الغيبة عموم من وجه، اذ هذا المعنى يشمل ذكره اخاه بما ليس فيه، و الغيبة أيضا أعم من جهة عدم اختصاصها بما اذا كان المغتاب فى مقام التعيب.

(٢) و قوله تعالى (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ) «٢».

و تقريب الاستدلال به: ان الغيبة هى الجهر بالسوء المتعلق بالأخ المؤمن، و الآية تدل على ان الله لا يريد وقوعها من غير المظلوم، و لازمه الحرمة.

(١) سورة الهمزة، آية ٢.

(٢) سورة النساء، آية ١٤٩.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٧

و قوله تعالى (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ). (١)

و فيه: أولا: ان عدم المحبوبة أعم من الحرمة. و بعبارة اخرى: عدم الحب و الإرادة لا يلازم الحرمة، بل الملازم لها ارادة عدم تحقق الفعل.

و ثانيا: انه ليس فى الآية الشريفة ما يدل على ان الغيبة من الجهر بالسوء، بل لا يبعد دعوى ان الظاهر منه ارادة القول المنشأ به السوء لا الحاكي عنه، فيكون المراد به الشتم و الدعاء على الغير.

و يشهد به المروى فى مجمع البيان عن الإمام الباقر عليه السلام فى تفسير الآية: (لا يحب الله الشتم الا من ظلم).

اللهم إلا- أن يقال: ان الغيبة من الجهر بالسوء حتى بناء على ارادة القول المنشأ به السوء، فانها اظهار ما ستره الله من العيوب الموجب لهتك المقول فيه و اهانتة.

و أما الخبر: فمضافا الى ضعف سنده: لا يدل على اختصاص الجهر بالسوء بالشتم و إنما يدل على انه أحد مصاديقه، فالعمدة الايراد الأول.

(١) و قوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ) «١».

المراد من الحب هو ما انتهى الى فعل المحبوب، و الآية الشريفة انما تدل على ترتب العقاب على اشاعة الفاحشة و من مصاديقها الغيبة، فبالدلالة الالتزامية تدل على الحرمة.

و لكن يرد على الاستدلال بها: انها ظاهرة فى ان حب شيوع الفاحشة بين الناس بارتكابهم المحرمات من المحرمات، فلا صلة لها بالغيبة التى هى اعلام الناس بالفاحشة و العيب المستور.

نعم قد فسر فى بعض النصوص اشاعة الفاحشة بما يشمل الغيبة.

ففى مرسل ابن أبى عمير: الذى هو كالصحيح عن مولانا الصادق عليه السلام من قال فى مؤمن ما رأته عيناه وسعته اذناه فهو من الذين قال الله عز و جل (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ ...) «٢».

(١) سورة النور، آية ١٩.

(٢) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨

و يدل عليه من الأخبار ما لا يحصى.

فمنها ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله بعدة طرق ان الغيبة أشد من الزنا، و ان الرجل يزني فيتوب و يتوب الله عليه، و ان صاحب

الغيبة لا يغفر له حتى يغفر له صاحبه. (١)

و عنه صلى الله عليه وآله انه خطب يوما فذكر الربا و عظم شأنه، فقال: ان الدرهم يصيبه الرجل من الربا أعظم من ستة و ثلاثين زنية،

و ان اربى الربا عرض الرجل المسلم. (٢)

و عنه صلى الله عليه وآله من اغتاب مسلما او مسلمة لم يقبل الله صلاته و لا صيامه أربعين صباحا إلا أن يغفر له صاحبه. (٣)

و عنه صلى الله عليه وآله من اغتاب مؤمنا بما فيه لم يجمع الله بينهما في الجنة و من اغتاب مؤمنا بما ليس فيه انقطعت العصمة بينهما

(منهما)، و كان المغتاب خالدا في النار و بسئ المصير. (٤) و عنه صلى الله عليه وآله كذب من زعم انه ولد من حلال و هو يأكل

لحوم

و عليه فالآية تدل على حرمة الغيبة، و هي و إن كانت أخص من المدعى كما لا يخفى إلا ان الاستدلال بها يتم بضميمة عدم القول بالفصل.

(١) النبوى «١» و روى في كتب الحديث مع اختلاف مع المذكور في المتن في العبارة.

(٢) هذا الخبر «٢» لا صلة له بالغيبة و انما يتضمن بيان حكم التعرض لعرض المسلم و هو مروى في تنبيه الخواطر أعظم عند الله في

الخطيئة.

(٣) الخبر مروى في المستدرک «٣» و فيه بدل أربعين صباحا أربعين يوما و ليلة.

ثم عدم قبول الصلاة و الصوم لا يلازم الحرمة.

(٤) الخبر رواه الشيخ الحر العاملى «٤».

(١) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٩.

(٢) مستدرک الوسائل، باب ١٣٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢٥.

(٣) نفس المصدر، حديث ٣٤.

(٤) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩

الناس بالغيبة، فاجتنب الغيبة فانها أدام كلاب النار. (١)

و عنه صلى الله عليه وآله من مشى في غيبة (عيب) أخيه و كشف عورته كانت أول خطوة خطاها وضعها في جهنم. (٢)

و روى ان المغتاب اذا تاب فهو آخر من يدخل الجنة، و ان لم يتب فهو أول من يدخل النار. (٣)

و عنه صلى الله عليه وآله ان الغيبة حرام على كل مسلم و ان الغيبة لتأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب (٤) و أكل الحسنات اما

أن يكون على وجه الإحباط أو لاضمحلال ثوابها في جنب عقابه، أو لانها تنقل الحسنات الى المغتاب كما في غير واحد من الأخبار.

و منها النبوى صلى الله عليه وآله يؤتى بأحد يوم القيامة فيوقف بين يدي الرب عز و جل و يدفع اليه كتابه فلا يرى حسناته فيه،

فيقول: الهى ليس هذا كتابى لا أرى فيه حسناتى، فيقال له: ان ربك لا يضل ولا ينسى ذهب عملك باغتيال الناس، ثم يؤتى بآخر و يدفع اليه كتابه فيرى فيه طاعات كثيرة، فيقول: الهى ما هذا كتابى فانى ما عملت هذه الطاعات، فيقال له: ان فلانا اغتابك فدفع حسناته اليك، الخبر. (٥)

و منها ما ذكره كاشف الريبه قدس سره من روايه عن عبد الله بن سليمان النوفلى الطويله عن الصادق عليه السلام و فيها عن النبى صلى الله عليه و آله ادنى الكفر أن يسمع الرجل من أخيه كلمه فيحفظها عليه يريد ان يفضحه بها اولئك لا خلاق لهم، و حدثنى أبى عن آباءه عن على عليه السلام انه من قال فى مؤمن ما رأته عيناه أو سمعت اذناه مما يشينه و يهدم مروته فهو من الذين قال الله تعالى: (إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشه فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم). (٦)

(١) فى المصدر اجتنبوا (١)

(٢) فى المصدر فى عيب أخيه (٢)

(٣) رواه المحدث النورى باختلاف فى اللفظ،

(٤) رواه المجلسى (٣)

(٥) كذا فى النسخ و الظاهر زياده الخبر (٤)

(٦) رواه فى كشف الريبه (٥).

(١) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢١.

(٢) المستدرک، باب ١٣٢، من أبواب أحكام العشرة.

(٣) البحار، ج ٧٥، ص ٢٥٧ حديث ٤٨.

(٤) المستدرک، باب ١٣٢، من أبواب أحكام العشرة.

(٥) الوسائل، باب ٤٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٠

ثم ظاهر هذه الأخبار كون الغيبه من الكبائر (١) كما ذكره جماعة بل أشد من بعضها وعد فى غير واحد من الأخبار من الكبائر الخيانه، و يمكن إرجاع الغيبه إليها، فأى خيانه أعظم من التفكه بلحم الأخ على غفله منه، و عدم شعور و كيف كان فما سمعناه من بعض من عاصرناه من الوسوسه فى عدها من الكبائر اظنها فى غير المحل.

الغيبه من الذنوب الكبيره

(١) قال المصنف: ثم ظاهر هذه الاخبار كون الغيبه من الكبائر.

فى تقسيم الذنوب إلى الكبائر و الصغائر، ثم فى الفرق بين القسمين بدعوى ان الكبائر تضر بالعداله، و الصغائر لا تضر بها كلام محرر فى محله.

و المختار ان المعاصى كلها كبيره و إن كان بعضها أكبر من الآخر، ثم على فرض وجود القسمين الأظهر ان الصغيره أيضا تضر بالعداله.

و الكلام فى المقام انما هو فى انه على فرض انقسام المعاصى الى قسمين:

هل تكون الغيبة من الكبائر أم من غيرها، فيه وجهان أقواهما الأول.

و ذلك لأن الكبيرة هو الذنب العظيم عند الشارع، و ثبوت كونه كذلك انما يكون بالتوعيد عليه في الكتاب او السنة المعتمدة، أو بالنص على كونه كذلك، أو بجعله أشد مما ثبت كونه من الكبائر أو مثله أو بترتيب آثار الكبيرة عليه.

و على ذلك فيدل على كون الغيبة من الكبائر وجوه:

الأول: انه تضمنت الآية الشريفة و هي آية إشاعة الفاحشة «١» و النصوص «٢» المعتمدة، التوعيد على الغيبة.

الثاني: جعلها «٣» أشد و أعظم من الزنا و الربا، و لا- إشكال في كونهما من الكبائر، فتأمل. فانه يمكن رد هذا الوجه: بأن النصوص المتضمنة لذلك كلها ضعيف السند مع ان الرواية المتضمنة لجعلها أشد من الزنا عللت الأشدية فيها بأن الزاني يتوب فيغفر له

(١) سورة النور، آية ٢٠.

(٢) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة في السفر و الحضر.

(٣) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة في السفر و الحضر.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١١

ثم ان ظاهر الأخبار اختصاص حرمة الغيبة بالمؤمن (١) فيجوز اغتياح المخالف كما يجوز لعنه.

و المغتاب لا- يغفر له حتى يغفر له صاحبه، و هذا التعليل يدل على ان المراد بالأشدية ليس هو الأشدية في الحكم بل الأشدية من حيث ما يوجب رفع الأثر، فهو نظير أشدية المنى من البول لاحتياجه إلى الدلك دونه مع كون البول أشد من حيث النجاسة، و الرواية التي توهم تضمنها لجعلها أشد من الربا قد مر عدم دلالتها على ذلك. فهذا الوجه ضعيف.

الثالث: النصوص «١» الدالة على كون الخيانة من الكبائر و الغيبة منها، إذ أى خيانة أعظم من التفكه بلحم الأخ على غفلة منه، مع انه يدل على كونها منها قول النبي صلى الله عليه و آله في وصيته لابي ذر رضى الله عنه المروى بطريق ضعيف. و استدلال لعدم كونها من الكبائر بالنصوص «٢» الحاصرة للكبائر في جملة من المعاصي التي ليست منها الغيبة. و فيه: انه يتعين رفع اليد عن إطلاق مفهوم الحصر بما تقدم مما دل على كونها من الكبائر.

يشترط الايمان فى حرمة الغيبة

(١) صرح غير واحد بان ظاهر الاخبار اختصاص حرمة الغيبة بالمؤمن.

و عن المحقق الأردبيلي: القول بحرمة غيبة المخالفين لإطلاق الأدلة.

و استدلال للجواز بوجوه:

منها ان المطلقات تقيد بالنصوص المخصصة للحرمة بالأخ المؤمن.

و فيه: ان المطلق يحمل على المقيد اذا كانا متنافيين، و الا فلا يحمل عليه، و فى المقام لا تنافى بينهما كما لا يخفى.

(١) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب جهاد النفس.

(٢) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب جهاد النفس.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٢

و توهم عموم الآية كبعض الروايات لمطلق المسلم مدفوع بما علم بضرورة المذهب من عدم احترامهم، و عدم جريان أحكام الاسلام

عليهم الا- قليلا مما يتوقف (١) استقامة نظم معاش المؤمنين عليه مثل عدم انفعال ما يلاقيهم بالرطوبة وحل ذبائهم و مناكتهم و حرمة دمائم لحكمة دفع الفتنة، و نساءهم لأن لكل قوم نكاحا و نحو ذلك مع ان التمثيل المذكور فى الآية مختص بمن ثبت اخوته، فلا يعم من وجب التبرى عنه.

و منها ما ذكره الأستاذ الأعظم، و هو ان المستفاد من الآية و الروايات هو تحريم غيبة الأخ المؤمن، و من البديهي انه لا أخوة و لا عصمة بيننا و بين المخالفين.

و هذا هو المراد من المطلقات لمناسبة الحكم و الموضوع.

و الظاهر ان الى ذلك نظر المصنف حيث يقول فى آخر المبحث.

مع ان التمثيل المذكور فى الآية مختص بمن ثبت اخوته.

و فيه: انه و ان ذكر الايمان فى صدر الآية الشريف- و بعبارة اخرى: الضمير فى قوله (بعضكم بعضا) إنما يرجع الى المؤمنين- الا ان هذه الآية انما نزلت قبل عرض الولاية على الناس فى عام حجة الوداع، و فى ذلك الزمان لم يكن يفترق الاسلام عن الايمان بذلك، فليس المراد من الايمان فى الآية، الاقرار بالولاية، فالآية ككثير من الأخبار مطلقه.

و دعوى انها تحمل على غير المخالف لمناسبة الحكم و الموضوع كما ترى.

(١) و منها: ما فى المتن و هو: انه لا يمكن التمسك بعموم الآية و بعض الروايات لما علم بضرورة المذهب من عدم احترامهم و عدم جريان أحكام الاسلام عليهم الا فى قليل من الأحكام.

و فيه: انه لم يدل دليل على ان تمام مناط حرمة الغيبة هو الاحترام الا ما فى بعض النصوص الآتية الدالة على عدم حرمة غيبة المعلن بفسقه المتضمن انه لا حرمة له فلا غيبة له، لكنها ضعيفة السند لا يعتمد عليها.

و المراد من عدم جريان أحكام الاسلام ان كان عدم جريان ما لدليله اطلاق فهو

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٣

...

ممنوع و إن كان عدم جريان ما لا إطلاق لدليله فهو مسلم، الا انه لا يفيد كما لا يخفى.

و منها ما ذكره الأستاذ الأعظم و غيره، و هو: ان المخالفين بأجمعهم متجاهرون بالفسق لبطلان عملهم رأسا، بل التزموا بما هو أعظم من الفسق، و سيجىء ان المتجاهر بالفسق تجوز غيبته.

و فيه: أولا: انه سيجىء عدم شمول المتجاهر بالفسق لمن لا يعلم بأن ما يفعله فسق.

و ثانيا: ان المختار عنده هو عدم جواز غيبة المتجاهر بالفسق فى غير ما تجاهر به و المطلوب فى المقام اثبات جواز غيبته مطلقا.

و منها: ما عن الأستاذ الأعظم أيضا، و فى كلمات المصنف اشارة الى انه ثبت فى الروايات و الأدعية و الزيارات جواز لعن المخالفين و وجوب البراءة منهم و إكثار السب عليهم و اتهامهم و الوقعة فيهم أى غيبتهم لانهم من أهل البدع و الريب، بل لا شبهة فى كفرهم. و استشهد على ذلك- أى على كفرهم- بجملة من الروايات و الأدعية، ثم قال: و من البديهي ان جواز غيبتهم أهون من الأمور المذكورة.

و لكن الاسلام على ما يستفاد من الأخبار يطلق على معان ثلاثة:

أحدها: إظهار الشهادتين.

ثانيها: الايمان بهما.

ثالثها: القول بالولاية.

و يقابل الاسلام الكفر في الثلاثة، و الذى لا كلام فيه هو جواز غيبة الكافر بالمعنى المقابل للمسلم بالمعنى الأول. و أما جواز غيبة الكافر بالمعنى المقابل للمسلم بالمعنى الأخير فهو أول الكلام، فمجرد تضمن النصوص كون المخالف كافرا لا يكفى فى الحكم بالجواز، و جواز لعنهم و وجوب البراءة منهم و اكنار السب عليهم أعم من جواز الغيبة. و دعوى ان جواز الغيبة أهون من هذه الامور كما ترى لعدم ثبوت مناط حرمتها. و النصوص المتضمنة لجواز الوقيعة انما وردت فى أهل البدع و الضلال- أى ائمتهم- كما يظهر لمن راجعها و لا- تشمل جميع المخالفين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤

و كيف كان فلا- اشكال فى المسألة، بعد ملاحظة الروايات الواردة فى الغيبة و فى حكمة حرمتها، و فى حال غير المؤمن فى نظر الشارع، ثم الظاهر دخول الصبى المميز المتأثر بالغيبة لو سمعها. (١)

و لكن مع ذلك كله جواز غيبة المخالف من المسلمات عند الأصحاب.

و قد ادعى بعضهم قيام السيرة المستمرة على غيبة المخالفين.

و عن الجواهر: ان جواز ذلك من الضروريات.

و يمكن أن يستشهد له: بأن المستفاد من الأخبار المفسرة للغيبة دخل عنوان الاخوة فى صدقها، و من طبيعة الاخوة أن يكون بينهم تحاب و توادد، فجعل الشارع المؤمن أخا للمؤمن، مرجعه الى جعله محبا و صديقا له، فهى تتحقق فيمن لم يأمر الشارع الأقدس بالاجتناب و التبرئ عنه و بعدم اتخاذه وليا و محبا، بل و اتخاذه عدوا له، فالاخوة منحصره بالمؤمنين بالأخص، إذ الشارع أمر بالتبرئ عن المخالفين و التقيء منهم فى الدين حفظا للدماء، و مرجع ذلك الى الأمر بأخذهم اعداء لأنفسهم و اعراضهم و جواز لعنهم. و على ذلك فلا تحرم غيبة المخالف لعدم صدق الغيبة عليها موضوعا فأخراجهم انما يكون موضوعيا، و لا بأس بجعل بعض ما تقدم مؤيدا للجواز الموجب ذلك الاطمئنان بالحكم بضميمة ما ذكرناه.

حكم غيبة الصبى

(١) قال المصنف قدس سره: ثم الظاهر دخول الصبى المميز المتأثر بالغيبة لو سمعها.

و تنقيح القول فيه بالبحث فى موردين:

الأول: فى الصبى و المجنون المميزين.

الثانى: فى الصبيان و المجانين، غير المميزين.

أما المورد الأول: فلا- ريب فى صدق المؤمن عليهما حقيقة إذا اقرا بما يعتبر فيه بناء على قبول إسلامهما كما حققناه فى محله أو حكما و تنزيلا، و به تتحقق الاخوة بينهما و بين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥

لعموم بعض الروايات المتقدمة و غيرها الدالة على حرمة اغتياب الناس و أكل لحومهم (١) مع صدق الأخ عليه كما يشهد به قوله تعالى (و إن تخالطوهم فإخوانكم فى الدين) مضافا الى امكان الاستدلال بالأية (٢) و إن كان الخطاب للمكلفين بناء على عد اطفالهم منهم تغليبا (٣) و إمكان دعوى صدق المؤمن عليه مطلقا، أو فى الجملة و لعله لما ذكرنا صرح فى كشف الريبة بعدم الفرق بين الصغير و الكبير.

و ظاهره الشمول لغير المميز أيضا، و منه يظهر حكم المجنون الا- انه صرح بعض الأساطين باستثناء من لا- عقل له و لا تمييز معللا بالشك في دخوله تحت أدلة الحرمة، و لعله من جهة ان الاطلاقات منصرفة الى من يتأثر لو سمع، و سيتضح ذلك زيادة على ذلك.

سائر المؤمنين، و لأجل ذلك أطلق الاخوة على الصبيان في الآية الشريفة (و إن تخالطوهم فإخوانكم «١»).

كما لا ريب في أن بعض الأمور يعد صدوره من الصبيان عيبا فيهم، و على ذلك فتصدق الغيبة على كشف أمر منهم قد ستره الله و يكون عيبا فيهم، فيشملها اطلاق جملة من النصوص الدالة على حرمة اغتياب المؤمن.
(١) و على ذلك فيتم الوجه الذي ذكره المصنف قدس سره بقوله لعموم بعض الروايات.
و قد استدل في المكاسب لذلك بوجهين آخرين:

(٢) الاول: قوله تعالى (أ يحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا... الخ) «٢» بناء على صدق الأخ على الصبي، فانه يدل على ان تمام الموضوع لحرمة الغيبة ذكر الأخ في غيابه بما يسوؤه، فمقتضى عموم حرمة غيبة الصبي و إن لم يشمل صدر الآية الشريفة له.
(٣) الثاني: عموم صدر الآية الشريفة أيضا، فان أطفال المؤمنين منهم اما تغليا أو حقيقة كما مر فيشملهم البعض الثاني الذي يكون المراد به المغتاب بالفتح و إن لم يشملهم البعض الأول لحديث رفع القلم.

(١) سورة البقرة، آية ٢٢١.

(٢) الحجرات، آية ١٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦

بقي الكلام في أمور: الأول الغيبة اسم مصدر لاغتاب أو مصدر لغاب، ففي المصباح اغتابه اذا ذكره بما يكرهه من العيوب و هو حق و الاسم الغيبة. (١)

و فيه: ان الظاهر وحدة المراد من البعض في الموردين، فمع فرض عدم شمول البعض الأول لا يشملهم البعض الثاني.

و أما المورد الثاني: فالظاهر عدم صدق الغيبة على اغتيابهم و ذلك لوجهين.

الأول: عدم كون صدور شيء منهم عيبا حتى يكون ذكره كشفا لما ستره الله تعالى.

الثاني: عدم تأثرهم لو سمعوا، و قد أخذ في حقيقة الغيبة الكراهة كما في النصوص و كلمات اللغويين، و بذلك ظهرت المسامحة في عبارة الكتاب حيث قال: من جهة أن الاطلاقات منصرفة الى من يتأثر لو سمع، كما انه ظهر عدم تامية ما عن كشف الريبة من عدم الفرق بين الصغير و الكبير الظاهر في الشمول لغير المميز أيضا.

و المصنف قدس سره ذكر في صدر المبحث: ان الغيبة حرام بالأدلة الأربعة، ثم ذكر من الكتاب آيات و من السنة روايات و لم يذكر من العقل و الاجماع شيئا.

و الحق أن يقال إنه إن انطبق الظلم على الغيبة في مورد فلا كلام في قبحه، و إلا لا يكون العقل مستقلا بقبحه. و بالجملة مجرد كشف أمر ستره الله ليس من القبائح العقلية.

و دعوى ملازمة ذلك لعنوان الظلم، كما ترى.

و أما الاجماع فلا اشكال في قيامه على الحرمة، بل هي من ضروريات الدين.

بيان معنى الغيبة

و ينبغي التنبيه على أمور:

(١) الاول فى بيان معنى الغيبة و قد اختلفت كلمات اللغويين و الفقهاء فى مفهوم الغيبة موضوعا، و لا يستفاد جميع ما قيل باعتبارها من القيود من الأخبار، فلا بد من البحث فى كل واحد من تلك القيود مستقلا حتى يتضح الأمر بذلك، فإن أمكن تحديدها بنحو يكون جامعا و مانعا فهو، و الا فيقتصر فى الحكم بالتحريم على المتيقن، و يرجع فيما زاد الى أصالة البراءة، و ستعرف فى آخر هذا المبحث ما هو الحق عندى فى بيان الضابط فانتظر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٧

و عن القاموس غابه، عابه و ذكره بما فيه من السوء، و عن النهاية أن يذكر الانسان فى غيبته بسوء مما يكون فيه، و الظاهر من الكل خصوصا القاموس المفسر لها أولا بالعيب، ان المراد ذكره فى مقام الانتقاص (١) و المراد بالموصول هو نفس النقص الذى فيه.

فأقول و منه التوفيق: ان جميع ما قيل و يمكن أن يقال باعتباره فيها امور:

الأول: كون المعتاب بالفتح أخوا فى الدين، و تدل على اعتباره جملة من النصوص:

كحسن عبد الرحمن بن سيابة عن مولانا الصادق عليه السلام: ان الغيبة ان تقول فى أخيك ما ستره الله عليه، و أما الأمر الظاهر مثل الحدة و العجلة فلا، و البهتان ان تقول فيه ما ليس فيه «١».

و حسن داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام عن الغيبة قال: هو ان تقول لأخيك فى دينه ما لم يفعل و تبث عليه أمرا قد ستره الله عليه لم يقم عليه فيه حد «٢» و نحوهما غيرهما.

و قد مر آنفا فى غيبة المخالف: ان الاخوة منحصرة بالمؤمنين بالمعنى الأخص.

(١) الثانى: قصد الانتقاص، فقد نسب الشهيد قدس سره اعتباره فى صدق الغيبة الى المشهور.

و الأظهر عدم اعتباره و ذلك، لأن الأخبار الواردة فى تحديد موضوع الغيبة غير متعرضة لاعتباره، و كلمات اللغويين خالية عنه، و صدق عنوان العيب و ما ستره الله لا يتوقف على قصد الانتقاص: لعدم كونه من الأمور القصدية و عليه فلا مقيد لإطلاق الأدلة.

و استدلل لاعتباره تارة: بأن الغالب كون المغتابين فى مقام التقيص، و هذا بنفسه بمنزلة التقييد، فيكون الاطلاق واردا مورد الغالب. و أخرى: بأن مناسبة الحكم و الموضوع تقضى باعتباره.

و ثالثة: بأن ذلك يستفاد من تنزيل المعتاب منزلة آكل لحم الأخ ميتا، فلو لم يكن فى مقام التقيص لا يكون وجه لهذا التنظير.

(١) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢.

(٢) نفس المصدر، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٨

و الظاهر من الكراهة فى عبارة المصباح كراهة وجوده و لكنه غير مقصود قطعا، فالمراد اما كراهة ظهوره و لو لم يكره وجوده كالميل الى القبائح، و أما كراهة ذكره بذلك العيب (١) و على هذا التعريف دلت جملة من الأخبار مثل قوله عليه السلام و قد سأله أبو ذر عن الغيبة انها ذكر ك أخاك بما يكرهه، و فى نبوى آخر قال صلى الله عليه و آله:

أ تدرين «أ تدرى» ما الغيبة قالوا «قال» الله و رسوله أعلم قال: ذكر ك «ذكر ك»

أخاك «أخاك» بما يكرهه، و لذا قال فى جامع المقاصد ان حد الغيبة على ما فى الأخبار أن تقول فى أخيك ما يكرهه، «لو سمعه» مما هو فيه.

و في الجميع نظر:

أما الأول: فلأن غلبة الوجود لا توجب الانصراف الموجب لتقييد اطلاق الادلة.

و أما الثاني: فلأن مناسبة الحكم و الموضوع تقضى باعتبار كون المذكور عيبا لا كون الذاكر في مقام التنقيص.

و أما الثالث: فلأنه مع فرض كون المذكور عيبا يكون التنظير في محله و إن لم يكن الذاكر في مقام التنقيص لأنه ينتقص عرض المؤمن بذلك كانتقاص اللحم بالأكل، مع انه لو تم شيء من هذه الوجوه لكان ذلك قيذا للحكم لا للموضوع، فالأظهر عدم اعتباره.

(١) الثالث: ان يكون المذكور مما يسوئه المغتاب بالفتح و يكرهه فلو كان مما لا يسوؤه لم يكن ذلك من الغيبة.

و يشهد لاعتباره- مضافا الى تصريح اللغويين به و ذكره في النويين المذكورين في المكاسب «١» - تلازم كون المذكور عيبا و نقصا في المقول فيه مع كراهة وجوده، إذ الطباع السليمة تكره العيوب و الصفات الذميمة و الأفعال القبيحة، و هي من حيث هي مكروهة للطباع السليمة.

و قد وقع الخلاف في ان متعلق الكراهة هل هو علم الناس باتصافه بتلك الصفة و إن لم يكن كارها لوجودها، أو ان متعلقها نفس وجود تلك الصفة فيه، و حيث ان الظاهر تلازم الكراهتين، إذ لم يذكر لمورد كراهة الذكر مع عدم كراهة المذكور إلا- ذكره بارتكاب

(١) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٩ و كشف الريبه، ص ٥٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩

و المراد بما يكرهه كما تقدم في عبارة المصنف ما يكره ظهوره سواء كره وجوده كالبرص و الجذام أم لا كالميل الى القبائح، و يحتمل أن يراد بالموصول نفس الكلام الذي يذكر الشخص به (١) و يكون كراهته. اما لكونه إظهارا للعيب و أما لكونه صادرا على جهة المذمة و الاستخفاف و الاستهزاء و إن لم يكن العيب مما يكره اظهاره لكونه ظاهرا بنفسه. و أما لكونه مشعرا بالذم و إن لم يقصد المتكلم الذم به كالألقاب المشعرة بالذم.

قال في الصحاح: الغيبة أن يتكلم خلف انسان مستور، بما يغمه لو سمعه، و ظاهره التكلم بكلام يغمه لو سمعه، بل في كلام بعض من قارب عصرنا ان الإجماع و الأخبار متطابقان على ان حقيقة الغيبة ان يذكر الغير بما يكره لو سمعه سواء كان بنقص في نفسه أو بدنه او دينه أو دنياه أو فيما يتعلق به من الأشياء و ظاهره أيضا ارادة الكلام المكروه.

المعصية التي صدرت عنه اختيارا عن ميل و رغبة، بدعوى ان المفروض انه كاره لظهورها و راغب الى نفس وجودها، و هو غير تام، إذ المؤمن بما هو مؤمن لا يعقل رغبته الى المعصية، لأن ايمانه بنفسه من الموانع و موجب لكراهته. و بعبارة اخرى: المؤمن بما ان له قوة عاقلة دراكه يكره وجود المعصية من حيث هي، و يكون ميله اليها لأمر خارجي عارضى كغلبة الهوى و الشهوة فلا فائدة مترتبة على النزاع في ان المراد كراهة الذكر او المذكور.

فإن قيل: ان هناك احتمالا آخر ذكره المصنف قدس سره:

(١) بقوله و يحتمل ان يراد بالموصول نفس الكلام الذي يذكر ... الخ.

و هو أن يكون المراد كراهة الذكر، لكن لا- بما انه اظهار للعيب من جهة كونه ظاهرا بنفسه، بل لكونه صادرا على جهة المذمة و الاستخفاف او لكونه مشعرا بالذم و إن لم يقصد المتكلم الذم به.

يتوجه عليه ان هذا الاحتمال ضعيف جدا، إذ لو فرضنا كون المذكور غير عيب، أو كان عيبا و لكن لظهوره بنفسه لا يكره الانسان اظهاره من حيث انه اظهار للعيب لا تصدق الغيبة على ذكره به لعدم كونه سوء او لعدم كونه مما ستره الله، و مع كونه عيبا مخفيا لا

محالة يكره اظهاره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٠

وقال الشهيد الثاني في كشف الريبة: ان الغيبة ذكر الإنسان في غيبته بما يكره نسبته اليه مما يعد نقصا في العرف بقصد الانتقاص و الذم، و يخرج على هذا التعريف ما اذا ذكر الشخص بصفات ظاهرة يكون وجودها نقصا مع عدم قصد انتقاصه بذلك مع انه داخل في التعريف عند الشهيد قدس سره ايضا حيث عد من الغيبة ذكر بعض الأشخاص بالصفات المعروف بها كالأعمش و الأعور و نحوهما. و كذلك ذكر عيوب الجارية التي يراد شراؤها اذا لم يقصد من ذكرها الا بيان الواقع و غير ذلك مما ذكره هو و غيره من المستثنيات و دعوى ان قصد الانتقاص يحصل بمجرد بيان النقائص موجبة لاستدراك ذكره بعد قوله مما يعد نقصا، و الأولى بملاحظة ما تقدم من الأخبار و كلمات الأصحاب بناء على ارجاع الكراهة الى الكلام المذكور به لا إلى الوصف ما تقدم من ان الغيبة ان يذكر الإنسان بكلام يسوؤه به. اما بإظهار عيبه المستور، و إن لم يقصد انتقاصه، و أما بانتقاصه بعيب غير مستور، اما بقصد المتكلم او بكون الكلام بنفسه منقصا له كما اذا اتصف الشخص بالألقاب المشعرة بالذم، نعم لو ارجعت الكراهة الى الوصف الذي يسند الى الإنسان تعين ارادة كراهة ظهورها فيختص بالقسم الأول، و هو ما كان اظهارا لأمر مستور و يؤيد هذا الاحتمال بل يعينه الأخبار المستفيضة الدالة على اعتبار كون المقول مستورا

ثم الظاهر من النبوي و كلمات اللغويين اعتبار كراهة المذكور، إذ الظاهر من الموصول لا سيما بعد ما عرفت من ان الطباع السليمة تكره العيوب، و ملاحظة ما في المصباح حيث جعل من العيوب بيانا للموصول، ارادة العيب لا- الكلام، فظاهر الضمير في يكره الرجوع الى العيب نفسه، الا ان الظاهر من ما قيل انه تطابق الإجماع و الأخبار على ان الغيبة هي ذكر الغير بما يكره لو سمعه، ان المراد بالموصول هو الكلام كما لا يخفى.

الرابع: أن يكون المذكور من الأوصاف الذميمة او الأفعال القبيحة، فلو ذكر الإنسان بما يوجب تعظيمه بين الناس بالأوصاف الحميدة أو الأفعال المستحبة كقضاء حاجة المؤمن و المواظبة على النوافل و نحو ذلك، أو ذكره بالأوصاف العادية غير الموجبة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١

غير منكشف مثل قوله عليه السلام فيما رواه العياشي بسنده عن ابن سنان: الغيبة ان تقول في أخيك ما فيه مما قد ستره الله عليه. و رواية داود بن سرحان المروية في الكافي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغيبة، قال: هو ان تقول لأخيك في دينه ما لم يفعل و تبث عليه أمرا قد ستره الله عليه لم يقم عليه فيه حد. و رواية أبان عن رجل لا يعلمه الا يحيى الأزرق، قال: قال لى أبو الحسن عليه السلام من ذكر رجلا- خلفه بما هو فيه مما عرفه الناس لم يغتبه و من ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس فقد اغتابه و من ذكره بما ليس فيه فقد بهته. و حسنة عبد الرحمن بن سيابة بابن هاشم، قال: قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الغيبة أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه.

و أما الأمر الظاهر مثل الحدة و العجلة فلا، و البهتان أن يقول فيه ما ليس فيه، و هذه الأخبار كما ترى صريحة في اعتبار كون الشيء غير منكشف (١) و يؤيد ذلك ما في الصحاح من ان الغيبة ان يتكلم خلف انسان مستور بما يغمه لو سمعه فإن كان صدقا سمي غيبة، و إن كان كذبا سمي بهتانا فإن اراد من المستور من حيث ذلك المقول و أفق الأخبار و إن اراد مقابل المتجاهر احتمل الموافقة و المخالفة.

للمدح أو الذم و لو بالاستلزام أو الأفعال المباحة لم يكن ذلك من الغيبة، و إن كره ذكره بذلك.

و اعتبار هذا القيد لعله اتفاق، و يستفاد من الخبرين المتقدمين في الأمر الأول من الأمور المعبرة في صدق الغيبة إذ الأمور الموجبة

للتعظيم و الأمور العادية ليست مما ستره الله تعالى، و لا يوجب ذكرها نقصا فيه و افتضاحه.

(١) الخامس: أن يكون المقول مستورا غيرا ظاهرا، و يشهد لاعتباره: النصوص التي ذكرها الماتن في المتن، و هي ما رواه العياشي عن ابن سنان «١» و حسن داود بن سرحان «٢» و خبر أبان «٣» و حسن عبد الله بن سيابة «٤».

(١) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢٢.

(٢) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

(٤) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٢

و الملخص من مجموع ما ورد في المقام ان الشيء المقول إن لم يكن نقصا فلا يكون ذكر الشخص حينئذ غيبه و إن اعتقد المقول فيه كونه نقصا عليه نظير ما اذا نفى عنه الاجتهاد و ليس ممن يكون ذلك نقصا في حقه إلا انه معتقد باجتهاد نفسه، نعم قد يحرم هذا من وجه آخر و إن كان نقصا شرعا أو عرفا بحسب حال المغتاب فإن كان مخفيا للسامع بحيث يستنكف عن ظهوره للناس و اراد القائل تنقيص المغتاب به فهو المتيقن من أفراد الغيبة، و إن لم يرد القائل التنقيص. فالظاهر حرمة لكونه كشفا لعورة المؤمن و قد تقدم الخبر من مشى في غيبة أخيه و كشف عورته. الخ.

و في صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له عورة المؤمن على المؤمن حرام، قال: نعم. قلت: تعنى سفليته، قال: ليس حيث تذهب انما هو اذاعه سره «١».

و في رواية محمد بن فضيل عن أبي الحسن عليه السلام: و لا تديعن عليه شيئا تشينه به و تهدم به مروته فتكون من الذين قال الله عز و جل: (إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم) «٢» و لا يقيد اطلاق النهي بصورة قصد الشين و الهدم من جهة الاستشهاد بأية حب شياع الفاحشة، بل الظاهر ان المراد مجرد فعل ما يوجب شياعها مع انه لا فائدة كثيرة في التنبيه على دخول القاصد لاشاعة

ثم العيب ان كان ظاهرا للمخاطب نفسه لا إشكال في جواز ذكره و عدم كونه غيبه لعدم كونه اظهار ما ستره الله، فما عن بعض الأكابر من التردد فيه في غير محله.

و إن لم يكن ظاهرا له و لكن كان ظاهرا للناس، فيستفاد عدم كونه غيبه حينئذ من خبر الأزرق المتقدم كما هو واضح. و دعوى ان المراد بالناس في قوله عليه السلام مما عرفه الناس هو خصوص المخاطب. خلاف الظاهر.

و إن لم يكن العيب ظاهرا بالفعل لا- للمخاطب و لا- للناس. و لكن له ظهورا شائيا، بمعنى انه يكون العيب من شأنه الظهور بأدنى ممارسته، فالظاهر عدم صدق الغيبة على ذكره أيضا، و ذلك لقوله عليه السلام في حسن ابن سيابة المتقدم و أما الأمر الظاهر مثل الحدة و العجلة فلا فإن التمثيل للأمر الظاهر بالحدة و العجلة كالصريح في ارادة ما يعم الظهور الشائى.

(١) الوسائل، باب ١٥٧، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٥٧، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٣

الفاحشة في عموم الآية.

و إنما يحسن التنبيه على ان قاصد السبب قاصد للمسبب و إن لم يقصده بعنوانه، و كيف كان فلا اشكال من حيث النقل و العقل في حرمة اذاعة ما يوجب مهانة المؤمن و سقوطه عن أعين الناس في الجملة. و انما الكلام في انها غيبة أم لا، مقتضى الأخبار المتقدمة بأسرها ذلك خصوصا المستفيضة الأخيرة، فان التفصيل فيها بين الظاهر و الخفى انما يكون مع عدم قصد القائل المذمة و الانتقاص. و أما مع قصده فلا فرق بينهما في الحرمة و المنفى في تلك الأخبار، و إن كان تحقق موضوع الغيبة دون الحكم بالحرمة الا ان ظاهر سياقها نفى الحرمة فيما عداها أيضا لكن مقتضى ظاهر التعريف المتقدم عن كاشف الريبه عدمه لأنه اعتبر قصد الانتقاص و الذم الا ان يراد اعتبار ذلك فيما يقع على وجهين: دون ما لا يقع الا على وجه واحد، فان قصد ما لا ينفك عن الانتقاص قصد له و إن كان المقول نقصا ظاهرا للسامع فان لم يقصد القائل الذم، و لم يكن الوصف من الأوصاف المشعرة بالذم نظير الألقاب المشعرة به.

فالظاهر انه خارج عن الغيبة لعدم حصول كراهة للمقول فيه لا من حيث الاظهار و لا من حيث ذم المتكلم و لا من حيث الاشعار و إن كان من الأوصاف المشعرة بالذم أو قصد المتكلم التعبير و المذمة بوجوده فلا اشكال في حرمة الثاني بل و كذا الأول لعموم ما دل على حرمة ايذاء المؤمن و اهانتته و حرمة التنازب بالألقاب و حرمة تعبير المؤمن على صدور معصية منه فضلا عن غيرها ففي عدّه من الأخبار من غير مؤمناً على معصية لم يمت حتى يرتكبه. و انما الكلام في كونهما من الغيبة، فان ظاهر المستفيضة المتقدمة عدم كونهما منها. و ظاهر ما عداها من الأخبار المتقدمة بناء على ارجاع الكراهة فيها الى كراهة الكلام الذي يذكر به الغير، و كذلك كلام أهل اللغة عدا الصحاح على بعض احتمالاته كونهما غيبة و العمل بالمستفيضة لا يخلو عن قوة، و إن كان ظاهر الأكثر خلافه فيكون ذكر الشخص بالعيوب الظاهرة الذي لا يفيد السامع اطلاعا لم يعلمه و لا يعلمه عادة من غير خبر مخبر، ليس غيبة فلا يحرم الا اذا ثبت الحرمة من حيث المذمة و التعبير أو من جهة كون نفس الاتصاف بتلك الصفة مما يستكفه المغتاب و لو باعتبار بعض

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٤

التعابير فيحرم من جهة الايذاء و الاستخفاف و الذم و التعبير.

ثم الظاهر المصرح به في بعض الروايات عدم الفرق في ذلك على ما صرح به غير واحد بين ما كان نقصانا في بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه أو دنياه حتى في ثوبه أو داره أو دابته أو غير ذلك. (١) و قد روى عن مولانا الصادق عليه السلام (٢) الاشارة الى ذلك بقوله: وجوه الغيبة تقع بذكر عيب في الخلق و الفعل و المعاملة و المذهب و الجهل و أشباهه. قيل: أما البدن فكذلك فيه العمش و الحول و العور و القرع و القصر و الطول و السواد و الصفرة و جميع ما يتصور ان يوصف به مما يكرهه. و النسب بأن يقول ابوه فاسق أو خبيث أو خسيس أو اسكاف أو حائك أو نحو ذلك مما يكره. و أما الخلق بأن يقول انه سيئ الخلق بخيل «محيل» وراء متكبر شديد الغضب، جبان ضعيف القلب و نحو ذلك. و أما في افعاله المتعلقة بالدين فكقولك سارق كذاب، شارب، خائن ظالم متهاون بالصلاة لا يحسن الركوع و السجود و لا يجتنب من النجاسات ليس بارا بوالديه لا يحرس نفسه من الغيبة و التعرض لأعراض الناس. و أما افعاله المتعلقة بالدنيا فكقولك قليل الأدب متهاون بالناس لا يرى لأحد عليه حقا كثير الكلام كثير الأكل نثوم «و النوم» يجلس في غير موضعه. و أما في ثوبه فكقولك انه واسع الكم طويل الذيل و سخ الثياب و نحو ذلك.

(١) لا فرق في ما يوجب نقصا في المقول فيه بين أن يوجب نقصا في دينه، أو بدنه، أو نسبه، أو خلقه، أو فعله، أو قوله، أو عشيرته، أو ثوبه، أو داره، أو دابته، أو غير ذلك مما يوجب نقصا فيه كما صرح به غير واحد.

(٢) و يشهد له - مضافا الى الخبر المروي عن الامام الصادق عليه السلام المشار اليه في المتن: وجوه الغيبة تقع بذكر عيب في الخلق و الفعل و المعاملة و المذهب و الجهل و أشباهه. الحديث «١» - اطلاق حسن بن سيابة المتقدم.

و استدلال لاعتبار كونه نقصا دينيا بقوله عليه السلام في خبر ابن سرحان المتقدم: ان تقول لأخيك في دينه.

(١) المستدرک، باب ١٣٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٥

ثم ان ظاهر النص و إن كان منصرفا إلى الذكر باللسان لكن المراد به حقيقة الذكر (١) فهو مقابل الاغفال فكل ما يوجب التذكر للشخص من القول و الفعل و الاشارة و غيرها فهو ذكر له و من ذلك المبالغة في تهجين المطلب الذي ذكره بعض المصنفين بحيث يفهم منها الاضرار بحال ذلك المصنف فان قولك ان هذا المطلب بديهي البطلان لأن فيه تعريضا بأن صاحبه لم ينتقل الى الملازمة بين المطلب و بين ما هو بديهي البطلان، و لعل الملازمة نظرية و قد وقع من بعض الأعلام بالنسبة الى بعضهم ما لا بد له من الحمل و التوجيه أعوذ بالله من الغرور و إعجاب المرء بنفسه و حسده على غيره و الاستيكال بالعلم.

و فيه: ان في دينه يمكن أن يكون صفة لأخيك أي الأخ الذي كانت اخوته بسبب دينه، و قوله ما لم يفعل حينئذ يحتمل أن يراد به ما لم يفعل العيب الذي لم يكن باختياره و فعله الله فيه كالعيوب البدنية، و على ذلك فهو أيضا يدل على المختار. السادس: قد يقال باعتبار كون اظهار ما ستره الله بالقول فلا تتحقق الغيبة بالاشارة و الكتابة و الفعل. و اختار جمع من المحققين عدم اعتبار ذلك و ان الغيبة تتحقق بكل ما يوجب التذكر من القول و الفعل و الاشارة و غيرها. (١) و إلى ذلك اشار المصنف حيث قال لكن المراد به حقيقة الذكر. و استدلال للأول بالنصوص المتقدمة المتضمنة لخصوص القول.

و فيه: مضافا الى ان الاشارة المفهومة للمقصود عند العرف قول تنزيلا يرتبون عليها ما يرتب على القول، و الكتابة قول، فقد قيل إن القلم أحد اللسانين. و إلى ان المذكور في خبر الأزرق هو الذكر، لا القول، و هو يشمل جميع المذكورات. فان المراد بالذكر هو الذي يوجب تذكر المخاطب و انتقاله الى المقصود و المراد، و إلى النبوى (١) المشهور في قصة عائشة، انه من البديهي عدم دخل القول بما هو قول غير الشامل للمذكورات في هذا الحكم

(١) اخرجه الخرائطي و ابن مردويه و البيهقي كما في محكى الدر المنثور، ج ٦، ص ٩٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٦

ثم إن دواعي الغيبة كثيرة:

روى عن مولانا الصادق عليه السلام التنبيه عليها إجمالا بقوله عليه السلام: أصل الغيبة تتنوع بعشرة أنواع: شفاء غيظ، و مساعدة قوم، و تصديق خبر بلا كشف، و تهمة، و سوء ظن، و حسد، و سخرية، و تعجيب، و تبرم، و ترين، الخبر.

ثم ان ذكر الشخص قد يتضح كونها غيبة، و قد يخفى على النفس لحب او بعض فيرى انه لم يغتب و قد وقع في أعظمها و من ذلك ان الانسان قد يغتم بسبب ما يتلى به اخوه في الدين لأجل أمر يرجع الى نقص في فعله او رأيه فيذكره المغتم في مقام التأسف عليه بما يكره ظهوره للغير مع انه كان يمكنه بيان حاله للغير على وجه لا يذكر اسمه ليكون قد أحرز ثواب الاغتمام على ما أصاب المؤمن لكن الشيطان يخدعه و يوقعه في ذكر الاسم.

بقي الكلام في انه هل يعتبر في الغيبة حضور مخاطب عند المغتاب أو يكفي ذكره عند نفسه (١) ظاهر الأكثر الدخول كما صرح به بعض المعاصرين، نعم ربما يستثنى من حكمها عند من استثنى ما لو علم اثنان صفة شخص فيذكر أحدهما بحضرة الآخر. و أما على ما قويناه من الرجوع في تعريف الغيبة الى ما دل عليه المستفيضة المتقدمة من كونها هتك ستر مستور، فلا يدخل ذلك في الغيبة.

بل ذكره انما هو من باب المثال، و إلا فالميزان هو اظهار ما ستره الله الصادق على جميع المذكورات.
فالأظهر هو القول الثانى.

(١) السابع: أن يكون مخاطب حاضرا عند المغتاب، إذ مع عدم حضوره لا يصدق على حديث النفس بالعيب انه اظهار لما ستره الله.
و يؤيده أن المستفاد من الأخبار والآية الشريفة هو كون ذكر العيب كشفا لعورة الأخ المؤمن، و موجبا لانتقاص عرض المغتاب
بافتح، و مع عدم حضور المخاطب، لا
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٧
...

يكون الذكر هتكا و كشفا للعورة.

و لو كان المتكلم بذكر عيب أخيه المؤمن فى مقام حديث النفس غير قاصد لفهام السامع و لكن الغير كان يسمع ما يقوله، فهل هو
غيبه أم لا؟ وجهان:

الظاهر صدق الغيبة عليه، لأنه إظهار لما ستره الله تعالى، و لا يعتبر فى صدقها قصد إفهام السامع. نعم اذا كان غير ملتفت الى سماع
الغير لا تكون هذه الغيبة محرمة لفرض الغفلة عن كون ما يتكلم به غيبه كما لا يخفى.
الثامن: قد يتوهم اعتبار عدم حضور المغتاب بالفتح فى صدق الغيبة.

و استدل له: بالتشبيه فى الآية الشريفة، حيث انه شبه المغتاب بالفتح بالميته، و هو انما يكون بلحاظ عدم شعوره بما قيل فيه.
و بأنه مقتضى تعريف المشهور إياها: بأن الغيبة ذكر ك أخاك بما يكرهه لو سمعه.
و بخبر الأزرق المتقدم: و من ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس اغتابه.
و فى الجميع نظر:

أما الأول: فلأنه يمكن أن يكون تشبيه المغتاب (بالكسر) بأكل الميتة من جهة أنه يأكل الجيف فى الآخرة كما فى بعض النصوص، أو
لتشبيهه بالسباع و الكلاب كما فى بعضها الآخر.

و أما الثانى: فلأن تعريف المشهور بعد ما ظهر عدم كونه جامعا و مانعا لا يصح الاستناد اليه.

و أما الثالث: فلأنه لا مفهوم له، فإنه فى مقام بيان أن هذا من الغيبة لا ان الغيبة منحصرة بذلك كما لا يخفى على من تدبر فيه،
فالأظهر عدم اعتباره لإطلاق النصوص المتقدمة، اللهم إلا أن يقال ان اعتبار عدم حضور المغتاب مأخوذ فى مفهوم الغيبة بحسب
المتفاهم العرفى و لا يبعد ذلك، فإن تم ذلك، او صار سببا للشك فى صدقها مع حضوره لا مناص عن البناء على عدم الحرمة مع
حضور المغتاب كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٨

و منه يظهر أيضا انه لا يدخل فيها ما لو كان الغائب مجهولا عند المخاطب (١) مرددا بين أشخاص غير محصورة كما اذا قال جاءنى
اليوم رجل بخيل دنى ذميم. فان ظاهر تعريف الأ-كث دخوله و إن خرج عن الحكم بناء على اعتبار التأثير عند السامع. و ظاهر
المستفيضة المتقدمة عدم الدخول. نعم لو قصد المذمة و التعبير حرم من هذه الجهة فيجب على السامع نهى المتكلم عنه الا اذا احتمل
أن يكون الشخص متجاهرا بالفسق فيحمل فعل المتكلم على الصحة كما سيجىء فى مسألة الاستماع. و الظاهر ان الذم و التعبير
لمجهول العين لا- يجب الردع عنه مع كون الذم و التعبير فى موقعهما بأن كان مستحقا لهما، و ان لم يستحق مواجهته بالذم او ذكره
عند غيره بالذم.

هذا كله لو كان الغائب المذكور مشتبهها على الإطلاق. أما لو كان مرددا بين أشخاص فإن كان بحيث لا يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم كان كالمشتبه على الإطلاق (٢) كما لو قال جاءني عجمي أو عربي كذا و كذا، إذا لم يكن بحيث يكون الظم راجعا الى العنوان كأن يكون فى المثالين تعريفى الى ذم تمام العجم أو العرب

(١) التاسع: كون المغتاب (بالفتح) معلوما بالتفصيل عند المخاطب، وإلا فلا يكون ذكره غيبه لعدم كونه اظهارا لما ستره الله تعالى. توضيح ذلك: انه تارة يكون المغتاب بالفتح معلوما تفصيلا للمخاطب، و اخرى: يكون مجهولا عند المخاطب مرددا بين أشخاص غير محصورين، و ثالثة: يكون مرددا بين أشخاص محصورة. أما فى الصورة الأولى: فلا اشكال فى صدق الغيبة.

و أما فى الصورة الثانية: فلا ينبغى التوقف فى عدم صدق الغيبة على ذكره بالسوء لعدم كونه اظهارا لما ستره الله. و بعبارة اخرى: لأجل عدم انتقال المخاطب الى الشخص المذكور يكون هو بحكم الغائب الذى عرفت عدم صدق الغيبة معه. و كذلك فى الصورة الثالثة اذا لم يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم لما تقدم من اعتبار كراهة المغتاب. (٢) و إلى ذلك نظر المصنف حيث كان كالمشتبه على الإطلاق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٩

و إن كان بحيث يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم (١) كأن يقول أحد ابني زيدا و أحد اخويه كذا و كذا. ففي كونه اغتيايا لكل منهما لذكرهما بما يكرهانه من التعريض لاحتمال كونه هو المعيوب و عدمه لعدم تهتك ستر المعيوب منهما، كما لو قال أحد أهل البلد الفلانى كذا و كذا، و إن كان فرق بينهما من جهة كون ما نحن فيه محرما من حيث الإساءة الى المؤمن بتعريضه لاحتمال دون المثال او كونه اغتيايا للمعيوب الواقعي منهما و اسائه بالنسبة الى غيره لأنه تهتك بالنسبة اليه لأنه اظهار فى الجملة لعيبه بتقليل مشاركته فى احتمال العيب، فيكون الاطلاع عليه قريبا. و أما الآخر فقد اساء بالنسبة اليه حيث عرضه لاحتمال العيب، وجوه قال فى جامع المقاصد و يوجد فى كلام بعض الفضلاء (الفقهاء) ان من شرط الغيبة أن يكون متعلقها محصورا و الا فلا تعد غيبة، فلو قال عن أهل بلدة غير محصورة ما لو قاله عن شخص واحد كان غيبة لم يحتسب غيبة، انتهى.

(١) و أما لو كان بحيث يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم ففيها وجوه:

الأول: كونه اغتيايا لكل واحد من أطراف الشبهة لذكره بما يكرهه من التعريض لاحتمال كونه هو المعيوب.

الثانى: كونه اغتيايا للمعيوب الواقعي منهم لأنه اظهار فى الجملة لعيبه بتقليل مشاركته فى احتمال العيب.

الثالث: عدم كونه اغتيايا أصلا.

و أظهرها الأخير، و ذلك:

لأنه يرد على الأول: ان الغيبة ذكر عيب الأخ لا ذكر مطلق ما يكرهه، و ما ذكره ليس ذكر عيب كل واحد منهم كما هو واضح.

و يرد على الثانى: ان مجرد ذكر الأخ لا يكون مشمولا للأدلة إن كان غير معلوم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠

أقول: ان اراد أن ذم جمع غير محصور لا يعد غيبة و إن قصد انتقاص كل منهم، كما لو قال أهل هذه القرية أو هذه البلدة كلهم كذا و كذا، فلا اشكال فى كونها غيبة محرمة و لا وجه لاجراجه عن موضوعها أو حكمها و إن اراد ان ذم المردد بين غير المحصور لا يعد غيبة فلا بأس كما ذكرنا و لذا ذكر بعض تبعاً لبعض الأساطين فى مستثنيات الغيبة ما لو علق الظم بطائفة أو أهل بلدة أو أهل قرية مع قيام القرينة على عدم ارادة الجميع كذم العرب أو العجم أو أهل الكوفة أو البصرة و بعض القرى، انتهى و لو اراد الأغلب فى كونه

اغتيابا لكل منهم و عدمه ما تقدم في المحصور. و بالجملة فالمدار في التحريم غير المدار في صدق الغيبة و بينهما عموم من وجه.

يصدق بالنسبة الى المقول فيه المجهول.

و إن شئت قلت: ان مجرد القول في الأَخ بما ستره الله و إن لم يوجب ذلك اظهارا له لا- يكون غيبة لما عرفت من أن القول في النصوص انما أخذ في الموضوع من جهة كونه من مصاديق الإظهار، فيتعين الوجه الثالث.

هذا فيما إذا كان المذكور نقصا لفرد مردد بين أشخاص، و أما لو كان نقصا للعنوان الكلي، فلا اشكال في صدق الغيبة لكونه اظهارا لما ستره الله بالنسبة الى كل فرد من ذلك النوع إلا اذا اريد به الأغلب أو جمع من أفراد ذلك، فإنه حينئذ بحكم ما إذا كان نقصا للفرد المردد، و على هذا يحمل ما ورد عن بعض سادات المؤمنين من ذكر أهل بلد بالسوء. فتدبر، فإنه يمكن أن يقال بوجود جهة اخرى في تلك الموارد موجبة لعدم كونه غيبة و إن أراد كلهم، و هو كون المذكور أمرا ظاهرا.

فتحصل مما ذكرناه: ان أحسن تعريف للغيبة أن يقال: إن الغيبة أن تقول في أخيك ما ستره الله من العيوب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١

الثاني: في كفارة الغيبة الماحية لها. (١)

كفارة الغيبة

(١) قوله الثاني: في كفارة الغيبة الماحية لها.

الأقوال و الوجوه في كفارة الغيبة متعددة:

منها: الاستحلال من المغتاب.

و منها: الاستغفار له.

و منها: كلا الأمرين معا.

و منها أحدهما على التخيير.

و منها: التفصيل بين وصول الغيبة الى المغتاب فالاستحلال، و بين عدم وصولها اليه فالاستغفار له.

و منها: التفصيل بين إمكان الاستحلال فيجب الاستحلال منه، و بين عدم إمكانه فيجب الاستغفار له.

و منها: انه لا كفارة لها، بل الواجب على المغتاب بالكسر الاستغفار من ذنوبه لنفسه و التوبة منها.

و قبل البحث في الأدلة التي اقيمت على هذه الوجوه لا بد من البحث فيما يقتضيه الأصل العملي لو شك في وجوب شيء.

فأقول: إن أصالة البراءة تقضى بعدم وجوب شيء من الاستحلال و الاستغفار، و لكن قد يقال بأن الأصل في المسألة مع ذلك هو الاحتياط.

و استدلل له بوجهين:

الأول: ما في المكاسب قال: في اواخر البحث و أصالة بقاء الحق الثابت للمغتاب (بالفتح) على المغتاب (بالكسر) تقتضى عدم الخروج منه الا بالاستحلال خاصة.

و فيه: انه إن أريد بالحق الثابت هو حق عدم الاغتيال فيرد عليه: انه بالغيبة فات فلا معنى لبقائه، و إن أريد به الحق الثابت بعد الغيبة فهو غير معلوم الحدوث، و استصحاب بقاء جنس الحق يتوقف على القول بجريانه في الكلي في القسم الثالث و لا نقول به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢

و مقتضى كونها من حقوق الناس توقف رفعها الى إسقاط صاحبها. اما كونها من حقوق الناس فلأنه ظلم على المغتاب و للأخبار فى ان من حق المؤمن على المؤمن ان لا- يغتابه (١) و ان حرمة عرض المسلم كحرمة دمه و ماله (٢) و أما توقف رفعها على ابراء ذى الحق فللمستفيضة المعتضدة بالأصل منها ما تقدم من ان الغيبة لا- تغفر حتى يغفر صاحبها و منها ما حكاه غير واحد عن الشيخ الكراجكى بسنده المتصل الى على بن الحسين عليه السلام عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: للمؤمن على أخيه ثلاثون حقاً لا براءة له منها إلا بأدائها

الثانى: ما أفاده المحقق الإيروانى قدس سره و هو: ان العقاب اذا ثبت اوجب العقل تحصيل القطع بالبراءة منه، فيجب اتيان كل ما يحتمل دخله فى رفع العقاب من الاستحلال و غيره، فالأصل فى المسألة هو الاحتياط، و إن كان الشك فيها فى التكليف دون البراءة. و فيه: انه لو شك فى دخل شىء فى رفع العقاب غير التوبة، يكون المرجع هو ما دل على ان التوبة توجب محو الذنوب، و إن التائب من ذنبه كمن لا ذنب له، من الآيات و الروايات المتواترة.

فتحصل: ان الأقوى هو الاكتفاء بالتوبة مع عدم الدليل على لزوم الاستحلال و الاستغفار له. اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد استدلل للقول الأول فى المتن بما حاصله ان من حقوق الناس ان لا يغتابه.

و استند فى ذلك الى طائفتين من الأخبار:

(١) إحداهما قال من حق المؤمن على المؤمن ان لا يغتابه.

مثل ما ورد عن النبى صلى الله عليه و آله للمؤمن على المؤمن سبعة حقوق واجبة من الله عز و جل الى ان قال: و ان يحرم غيبته «١». و ما ورد عن الامام الرضا عليه السلام من حق المؤمن على المؤمن المودة له فى صدره الى ان قال: و لا يغتابه «٢».

(١) الوسائل، باب ١٢٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١٣.

(٢) المستدرک، باب ١٠٥، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١٦.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٣

او العفو الى أن قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله يقول: ان أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة و يقضى له عليه و النبوى المحكى فى السرائر، و كشف الريه من كانت لأخيه عنده مظلمة فى عرض أو مال فليستحللها من قبل أن يأتى يوم ليس هناك درهم و لا دينار فيؤخذ من حسناته فإن لم يكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فيترايد على سيئاته. و فى نبوى آخر من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله صلاته و لا صيامه أربعين يوماً و ليلة الا ان يغفر له صاحبه. و فى الدعاء التاسع و الثلاثون من أدعية الصحيفة السجادية و دعاء يوم الاثنين من ملحقاتها ما يدل على هذا المعنى أيضاً.

ثانيتها ما دل على أن حرمة عرض المسلم كحرمة دمه. الظاهر ان نظره الشريف ليس وروود هذه الجملة فى النصوص كى يورد عليه بأننا لم نقف على خبر يصرح بذلك.

بل إلى أن ذلك يستفاد من النصوص.

فلاحظ ما تضمنه المؤمن حرام كله عرضه و ماله و دمه «١».

و ما ورد سباب المؤمن فسوق الى ان قال و حرمة ماله كحرمة دمه «٢».

فاذا ثبت ذلك فيشهد النصوص بتوقف رفعها على ابراء ذى الحق.

لاحظ النبوى المتقدم ان الغيبة لا تغفر حتى يغفر صاحبها.

و النبوى الذى حكاه غير واحد عن الشيخ الكراچكى «٣».

و النبوى المحكى فى السرائر «٤». و النبوى الثالث «٥».

و الدعاء التاسع و الثلاثين من أدعية الصحيفة السجادية.

و دعاء يوم الاثنين من ملحقاتها المذكورة كلها فى المتن.

ثم ان جماعة استدلو لهذا القول بهذه النصوص بلا احتياج الى ضم الأمر الأول و كيف كان فالاستدلال بهذه النصوص و الأدعية غير تام.

(١) المستدرک، باب ١٣٨، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٥٨، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

(٣) الوسائل، باب ١٢٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢٤.

(٤) السرائر، ج ٢، ص ٦٩.

(٥) المستدرک، باب ١٣٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٤

...

أما النصوص: فضعيفه السند.

أما الأول: فلأن فى طريقه ابن ميمون و رجاء و غيرهما.

و أما الثانى: فلأنه مرسل.

و أما الثالث: فلأن فى طريقه الحسين بن محمد بن على الصير فى البغدادى.

و أما الرابع و الخامس و السادس: فللإرسال.

و دعوى انها مستفيضة و بعدها لا محل للمناقشة فى السند.

مندفعة بأن الخبر المستفيض غير المتواتر، و الثانى حجة دون الأول.

و أضف الى ذلك عدم دلالة غير الأولين و الرابع على هذا القول.

أما الثالث: فلاشتماله على حقوق لا قائل بوجوب البراءة منها بالاستحلال من ذى الحق كعبادة المريض و قضاء الحاجة و غيرهما. و عليه فمعنى القضاء يوم القيامة لذيها على من عليها المعاملة معه معاملة من لم يراع حقوق المؤمن لا العقاب عليها كما أفاده المصنف قدس سره.

و أما الخامس: فلأنه بناء على ما هو الظاهر من مغايرة القبول للأجزاء لا يدل على بقاء أثر الحرمة ما لم يغفر له صاحبه، و يؤيده ما فيه من التحديد بأربعين يوماً و ليلة، إذ على فرض وجوب الاستحلال لا وجه لهذا التحديد.

و أما الدعاءان: فمضافا الى ان الثانى من أدعية ملحقات الصحيفة و هى بنفسها و إن وصلت اليها بسند معتبر إلا أن ملحقاتها ليست كذلك انهما لا يدلان على ذلك.

أما الدعاء الأول: فهو متضمن لجملتين: إحداهما: تتضمن طلب العفو و الرحمة على الظالمين له و المنهمكين لحرماته، ثانيتهما: تتضمن طلب الإرضاء و ايفاء الحق من الله تعالى لمن له مظلمة عليه، و شىء منهما لا صلة له بهذا القول.

أما الأولى: فلأن الاستغفار و طلب العفو للظالمين له كاستغفارهم عليهم السلام لسائر العاصين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٥

و لا فرق في مقتضى الأصل و الأخبار بين التمكن من الوصول الى صاحبه و تعذره لأن تعذر البراءة لا يوجب سقوط الحق كما في غير هذا المقام، لكن روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام عن النبي صلى الله عليه و آله ان كفارة الاغتيال ان تستغفر لمن اغتبتة كلما ذكرته و لو صح سنده أمكن تخصيص الإطلاقات المتقدمة به فيكون الاستغفار طريقا أيضا الى البراءة مع احتمال عدم أيضا، لأن كون الاستغفار كفارة لا يدل على البراءة، فلعله كفارة للذنب من حيث كونه حقا لله تعالى نظير كفارة قتل الخطأ التي لا توجب براءة القاتل الا أن يدعى ظهور السياق في البراءة.

و أما الثانية: فمضافا الى منافاتها لأدنى مراتب العدالة- فضلا عن أعلى مراتب العصمة- ان طلب العفو و المغفرة لذي الحق و المظلمة أعم من وجوب الاستحلال مع إمكانه.

و بذلك ظهر ما في الدعاء الثاني لانه يدل على طلب المغفرة لذي الحق.

و ربما يستدل لهذا القول بما عن جامع الأخبار الدال على انتقال الأعمال الحسنة باغتيال الناس الى المغتاب بالفتح، فاذا استحل منها رجعت الى صاحبها «١».

و فيه: انه لا يدل على بقاء أثر الحرمة ما دام لم يستحل.

فتحصل: انه لا دليل على وجوب الاستحلال مطلقا.

و قد استدلل للقول الثاني: بما في دعاء يوم الاثنين من ملحقات الصحيفة من طلبه عليه السلام المغفرة لذوى الحقوق و المظلمة.

و بخبر حفص بن عمير عن الإمام الصادق عليه السلام قال: سأل النبي صلى الله عليه و آله ما كفارة الاغتيال؟ قال صلى الله عليه و آله: تستغفر الله لمن اغتبتة كلما ذكرته «٢».

(١) المستدرک، باب ١٣٢، من أبواب أحكام العشرة.

(٢) الوسائل، باب ١٥٥، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٦

...

و بخبر السكوني عنه عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه و آله من ظلم أحدا وفاته فليستغفر الله فانه كفارة له «١».

و بالنبوي المروي عن الجعفریات: من ظلم أحدا فعابه فليستغفر الله له كما ذكره فانه كفارة له «٢».

و في الجميع نظر:

أما الأول: فلما تقدم آنفا من ضعف السند و الدلالة.

و أما الثاني: فلأنه مجهول لحفص بن عمير.

و أما الثالث: فلأن الظاهر منه ان الضمير في فاته يرجع الى المظلوم، فالمعنى: ان من لم يدركه ليطلب البراءة، و يرضيه فليستغفر الله له،

فهو يدل على وجوب الاستغفار عند عدم التمكن من الاستحلال لا مطلقا.

لا يقال: ان لازم ذلك عدم وجوب التصديق اذا كان حقا ماليا، و هو مما لم يقل به أحد.

فإنه يقال: إن التصديق أيضا طلب مغفرة له مع انه اذا رجع الضمير الى الظلم كان مفاده ذلك، إذ فوت الظلم عبارة اخرى عن عدم إمكان تداركه.

و أما الأخير: فلأنه مرسل.

ثم إن المصنف قدس سره قال روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام الظاهر انه سهو إذ لم يوجد خبر للسكوني بهذا المضمون و راوى الخبر المشار اليه هو حفص بن عمير المتقدم و أما رواية السكوني فوردت في باب الظلم و سيذكرها المصنف قدس سره و الله مقيل العثرات.

فتحصل: انه لا دليل على وجوب الاستغفار له مطلقا.

و بما ذكرناه ظهر ضعف القولين الأخيرين الثالث و الرابع، و هما وجوب الأمرين معا، و التخيير بينهما.

(١) الوسائل، باب ٧٨، من أبواب جهاد النفس، حديث ٥.

(٢) المستدرک، باب ١٣٥، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٧

قال في كشف الريبه بعد ذكر النبيين الأخيرين المتعارضين و يمكن الجمع بينهما بحمل الاستغفار له على من لم يبلغ غيبته المغتاب، فينبغي له الاقتصار على الدعاء و الاستغفار لأن في محالته اثاره للفتنة و جلبا للضغائن، و في حكم من لم يبلغه من لم يقدر على الوصول اليه لموت او غيبه و حمل المحالة على من يمكن التوصل اليه مع بلوغه الغيبه. (١)

أقول: إن صح النبوي الأخير سندا، فلا مانع عن العمل به بجعله طريقا الى البراءة مطلقا في مقابل الاستبراء و الاتعين طرحه و الرجوع الى الأصل و اطلاق الأخبار المتقدمة و تعذر الاستبراء أو وجود المفسدة فيه لا يوجب وجود مبرئ آخر. نعم ارسل بعض من قارب عصرنا عن الصادق عليه السلام انك إن اغتبت فبلغ المغتاب فاستحل منه و إن لم يبلغه فاستغفر الله له. (٢)

و في رواية السكوني المروية في الكافي في باب الظلم عن أبي

و أما القول الخامس الذي ذهب اليه جمع من الأساطين فقد استدل له:

(١) تارة بما في المتن عن كشف الريبه بأنه مقتضى الجمع بين ما دل على وجوب الاستحلال و ما دل على وجوب الاستغفار له.

(٢) و اخرى بالمرسل الذي ارسله النراقي الكبير ارسله في جامع السعادات المذكور في المتن «١».

و لكن يرد على الوجه الأول: مضافا الى ما تقدم: انه جمع تبرعى لا وجه للمصير اليه.

و يرد على الوجه الثاني: انه ضعيف السند للإرسال.

و أما القول السادس: فيدل عليه خبر السكوني المتقدم المذكور في المتن بالتقريب الذي تقدم.

و ما ذكره الأستاذ الأعظم من انه ضعيف السند للنوفلي، غير تام، إذ النوفلي عند الإطلاق يراد به الحسين بن يزيد، لا سيما اذا كان يروى عن السكوني و كان الراوى عنه ابراهيم بن هاشم كما في الخبر، و الحسين مقبول الرواية كما صرح به جمع من ائمة الرجال

(١) البحار، ج ٧٥، ص ٢٥٧.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨

عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من ظلم أحدا ففاته فليستغفر الله له فانه كفارة له و الإنصاف ان الأخبار الواردة في هذا الباب كلها غير نقيه السند و أصالة البراءة تقتضى عدم وجوب الاستحلال و لا الاستغفار و أصالة بقاء الحق الثابت للمغتاب (بالفتح) على المغتاب (بالكسر) تقتضى عدم الخروج منه الا بالاستحلال خاصة (١) لكن المثبت لكون الغيبه حقا بمعنى وجوب البراءة منه ليس الا- الأخبار الغير النقيه السند (٢) مع ان السند لو كان نقيا كانت الدلالة ضعيفة (٣) لذكر حقوق اخر في

الروايات لا قائل بوجوب البراءة منها. ومعنى القضاء يوم القيامة لذيها على من عليها المعاملة معه معاملة من لم يراع حقوق المؤمن لا العقاب عليها كما لا يخفى على من لاحظ الحقوق الثلاثين المذكورة في رواية الكراجكي فالقول بعدم كونه حقا للناس بمعنى وجوب البراءة نظير الحقوق المالية لا يخلو عن قوة وإن كان الاحتياط في خلافه بل لا يخلو عن قرب من جهة كثرة الأخبار الدالة على وجوب الاستبراء منها، بل اعتبار سند بعضها، والاحوط الاستحلال ان تيسر و الا فالاستغفار غفر الله لمن اغتناه و لمن اغتابنا بحق محمد و آله الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

و يؤيده ما في دعاء الإمام السجاد عليه السلام يوم الاثنين المتقدم.

فتحصل: ان الأظهر ان كفارتها الاستحلال إن أمكن و إلا فالاستغفار له.

(١) قوله الا بالاستحلال خاصة.

قد عرفت ما في هذا الاستصحاب و على فرض جريانه فهو يقتضى عدم الخروج من العقاب الا بالاستحلال و الاستغفار له فلا وجه للتخصيص بالأول، اللهم إلا أن تكون كفاية الاستحلال في حصول البراءة قطعية.

(٢) قوله ليس إلا الأخبار غير النقية السند أورد عليه المحقق الإيرواني بأنه بعد اعترافه بأنها مستفيضة لا محل للمناقشة في السند.

وفيه: ما تقدم من أن المستفيض من قسم الآحاد.

(٣) قوله كانت الدلالة ضعيفة. هذا انما يتطرق في بعضها لا جميعها كما مر.

(٤) قوله و الاحوط الاستحلال. قد تقدم ان هذا هو الأقوى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩

الثالث: فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الأعم. (١)

فاعلم أن المستفاد من الأخبار المتقدمة و غيرها ان حرمة الغيبة لأجل انتقاص المؤمن و تأذيه منه، فاذا فرض هناك مصلحة راجعة الى المغتاب (بالكسر) او (بالفتح) أو ثالث دل العقل او الشرع على كونها أعظم من مصلحة احترام المؤمن بترك ذلك القول فيه وجب كون الحكم على طبق أقوى المصلحتين كما هو الحال في كل معصية من حقوق الله و حقوق الناس، و قد نبه عليه غير واحد (١) قال في جامع المقاصد بعد ما تقدم عنه في تعريف الغيبة: ان ضابط الغيبة المحرمة كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن او التفكه به او اضحاك الناس منه، و أما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم كنصح المستشير و التظلم و سماعه و الجرح و التعديل ورد من ادعى نسبا ليس له و القدح في مقالة باطله خصوصا في الدين، انتهى.

و في كشف الريبه، اعلم أن المرخص في ذكر مساوي الغير لغرض صحيح لا يمكن التوصل اليه الا- بها انتهى. و على هذا فموارد الاستثناء لا ينحصر في عدد.

مستثنيات الغيبة

إشارة

(١) قوله الثالث: فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الأعم.

قد يقال كما عن جماعة منهم المصنف قدس سره: انه اذا كان الاغتياب لغرض صحيح كنصح المستشير و التظلم و نحوهما لا يحرم، و ضابط الغيبة المحرمة كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن او التفكه به او اضحاك الناس منه.

(٢) و استدلل له المصنف قدس سره بأن المستفاد من النصوص و غيرها ان حرمة الغيبة لأجل انتقاص المؤمن و تأذيه منه، فاذا فرض

هناك مصلحة راجعة الى المغتاب (بالكسر او بالفتح) او ثالث دل العقل او الشرع على كونها أعظم من مصلحة احترام المؤمن بترك ذلك القول فيه وجب كون الحكم على طبق أقوى المصلحتين كما هو الحال في كل معصية منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٠

...

من حقوق الله و حقوق الناس، و ارتضاه الأستاذ الأعظم.

وفيه: أولاً- ان كون الانتقاص و التأذى تمام مناط حرمة الغيبة غير محرز، إذ من المحتمل دخل شىء آخر فيه كحفظ اللسان عن التعرض لاعراض الناس أو غيره.

و ثانياً: ان إحراز أهمية المصلحة الطارئة مع عدم ورود النص بها في غاية الاشكال لعدم معلومية مقادير المصالح لنا. و ثالثاً: انه قد تقدم في مستثنيات الغناء: ان الترجيح بالأهمية انما هو في ما اذا وقعت المزاخمة بين الدليلين في مرحلة الامتثال من دون أن يكون أحدهما مربوطاً بالآخر مطلقين في مقام الجعل و انه إذا كان الدليلان متعارضين بالعموم من وجه و كان الدليلان في مقام الجعل متصادقين على مورد في الخارج، لا- بد من الرجوع الى مرجحات باب المعارضة و عليه ففي المقام يقع التعارض بين دليل حرمة الغيبة و الدليل المتكفل لبيان حكم ذلك العنوان الطارى مثل نصح المستشير و نحوه، فلا مورد للرجوع الى مرجحات باب المزاخمة، بل يتعين الرجوع الى مرجحات إحدى الروايتين على الاخرى.

و الغريب ان الأستاذ الأعظم مع اعترافه بجميع ما ذكرناه في ذلك المبحث استحسنت ما ذكره المصنف قدس سره في المقام. نعم لو كان مرادهما ما اذا كان هناك مصلحة أعظم من مفسدة الغيبة في فعل آخر متوقف على الغيبة لاما اذا كان في عنوان منطبق عليها صح ما ذكره من الكبرى الكلية كما حققناه في محله، لكنه خلاف ظاهر كلام الشيخ الأعظم إذ الظاهر منه ارادة بيان حكم الصورة الثانية.

و قد استدلل للجواز في صورة طرو عنوان ذى مصلحة عليها: بعدم صدق الغيبة معه موضوعاً لأخذ قصد الانتقاص في مفهومها. وفيه: ما عرفت من عدم تمامية المبنى، فالأظهر انه لا تتم هذه الكلية. نعم فيما إذا أحرز من الخارج وجود ملاك ذلك العنوان في المجمع و أحرز أهميته لا محالة تجوز الغيبة كما إذا توقف حفظ النفس المحترمة عليها، بل قد تجب حينئذ.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١

نعم الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة،

إشارة

أحدهما ما اذا كان المغتاب متجاهراً بالفسق (١) فإن من لا- يبالي بظهور فسقه بين الناس لا يكره ذكره بالفسق. (٢) نعم لو كان في مقام ذمه كرهه من حيث المذمة لكن المذمة على الفسق المتجاهر به لا تحرم كما لا يحرم لعنه. و قد تقدم عن الصحاح أخذ المستور في المغتاب (٣) و قد ورد في الأخبار المستفيضة جواز غيبة المتجاهر منها قوله عليه السلام في رواية هارون بن الجهم اذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة. (٤)

و كيف كان: فقد ذكر الأصحاب موردين لجواز الغيبة من غير مصلحة:

(١) أحدهما: ما اذا كان المغتاب متجاهرا بالفسق.

و قد استدل لاستثنائه بوجوه:

(٢) الأول: ان غير المبالي بظهور فسقه لا يكره ذكره به.

(٣) الثانى: ان المأخوذ فى مفهوم الغيبة كون المقول أمرا مستورا، فمع كون الفاسق متجاهرا بفسقه لا يصدق الغيبة على ذكر المقول فيه به.

الثالث: جملة من النصوص.

(٤) منها: خبر هارون بن الجهم عن الإمام الصادق عليه السلام اذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة «١» المذكور فى المتن.

و دلالة على المدعى ظاهرة، و قد ناقش فيه الأستاذ الأعظم بأنه ضعيف السند لأحمد بن هارون.

و فيه: انه قد صرح جماعة بأنه من مشايخ الصدوق و أكثر من الرواية عنه مترضيا، و عليه فخبره معتبر.

(١) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٤٢

و قوله من ألقى جلباب الحياء فلا غيبة له (١) و رواية أبى البخترى ثلاثة ليس لهم حرمة: صاحب هوى مبتدع، و الإمام الجائر، و الفاسق المعلن بفسقه (٢)

و مفهوم قوله عليه السلام: من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم فهو ممن كملت مروته و وجبت أخوته و ظهر عدله و حرمت غيبته. (٣)

(١) و منها: النبوى من ألقى جلباب الحياء فلا غيبة له «١».

و المراد به ليس إلقاء جلباب الحياء فى الأمور العادية غير اللائقة بشأنه كأكل العالم فى السوق و نحوه، و لا إلقاء جلباب الحياء بينه و بين ربه، بل المراد به إعلان الفاسق بفسقه و ارتكاب الفاحشة علنا. و فيه: انه ضعيف السند.

(٢) و منها خبر أبى البخترى عن مولانا الصادق عليه السلام ثلاثة ليس لهم حرمة:

صاحب هوى مبتدع، و الإمام الجائر، و الفاسق المعلن بفسقه «٢».

و قريب من هذا المضمون ما فى جملة من المراسيل، الا انها بأجمعها ضعيفة السند، أما ضعف المراسيل فواضح، و أما خبر أبى البخترى فلأن الظاهر منه هو وهب بن وهب الذى ضعفه كل من تعرض له، و لا أقل من احتمال أن يكون هو المراد به فى المقام، مع انه عرفت ان عدم الحرمة أعم من جواز الغيبة، إذ كون مناط حرمة الغيبة الاحترام غير ثابت.

(٣) و منها: خبر سماعة بن مهران عن مولانا الصادق عليه السلام من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته و كملت مروته و ظهر عدله و وجبت أخوته «٣».

و رواه الصدوق قدس سره بأسانيد، و الطبرسى فى صحيفه الرضا عليه السلام و تقريب الاستدلال به: ان الظاهر من قوله: عامل الناس... الخ جريان سيرته على عدم الظلم و جريان عادته

(١) المستدرک، باب ١٣٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٥.

(٣) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٣

و في صحيحه ابن أبي يعفور الواردة في بيان العدالة (١) بعد تعريف العدالة، ان الدليل على ذلك أن يكون ساترا لعيوبه حتى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته دل على ترتب حرمة التفتيش على كون الرجل ساترا فينتفى عند انتفائه.

على ذلك، و على عدم الكذب، و عدم خلف الوعد، و عليه فمفهومه ان من لم تجر سيرته و عاداته على ذلك بأن كان من عاداته الظلم و خلف الوعد و الكذب في الحديث لا- يحرم غيبته، و من البديهي ان من جرت عاداته على ذلك يكون لا- محالة متجاهرا بالفسق.

و بما ذكرناه ظهر وجه جعل قوله عليه السلام من عامل الناس ... الخ كاشفا عن العدالة، فإن من جرت عاداته في الأمور المذكورة لا محالة تكون فيه ملكة العدالة الموجبة لذلك.

و قد أورد عليه الأستاذ الأعظم: بأنه ضعيف السند لعثمان بن عيسى.

و فيه: ان أقوال أئمة الرجال و إن اختلفت بالنسبة اليه الا ان الظاهر كون حديثه من الموثق.

فالصحيح أن يورد على الاستدلال به: انه لا مفهوم للقضية الا على القول بثبوت المفهوم للوصف، و دعوى ان من الموصولة متضمنة لمعنى الشرطية، ممنوعه، بل الظاهر منها ان الأمور المذكورة كلها قيود للموضوع، و إن القضية مسوقة لبيان مجرد نسبة المحمول الى الموضوع، مضافا الى انه لو كان لها مفهوم فانما هو ان من لم تجر عاداته على عدم الظلم و عدم الكذب و عدم خلف الوعد يجوز غيبته، لا- ان من جرت عاداته على الظلم و اخويه حكمه ذلك، و عليه فهو يدل على جواز غيبه غير العادل و إن لم يكن متجاهرا بالفسق، و هذا مما لم يلتزم به أحد، مع ان الجزاء عبارة عن مجموع الأمور الأربعة التي ذكرها عليه السلام على سبيل العموم المجموعى، فبانتفاء المقدم ينتفى المجموع الملائم مع بقاء بعضها، فلعل المنفى خصوص العدالة.

(١) و منها: صحيح (١) ابن أبي يعفور عن مولانا الصادق عليه السلام الوارد في بيان

(١) الوسائل، باب ٤١، من أبواب الشهادات، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٤

و مفهوم قوله عليه السلام في رواية علقمة المحكية عن المحاسن من لم تره بعينك يرتكب ذنبا، و لم يشهد عليه شاهدان فهو من أهل العدالة و الستر و شهادته مقبولة، و إن كان في نفسه مذنبا و من اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله تعالى داخل في ولاية الشيطان، الخبر. (١)

دل على ترتب حرمة الاغتيا و قبول الشهادة على كونه من أهل الستر (٢) و كونه من أهل العدالة على الطريق اللف و النشر أو على اشتراط الكل بكون الرجل غير مرئى منه المعصية و لا مشهودا عليه بها، و مقتضى المفهوم جواز الاغتيا مع عدم الشرط خرج منه غير المتجاهر، و كون قوله و من اغتابه الخ، جملة مستأنفة غير معطوفة على الجزاء خلاف الظاهر.

العدالة بعد ما بين حقيقة العدالة، و الدلالة على ذلك أن يكون ساترا لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته (١) فإن مفهومه إن من لم يكن ساترا لعيوبه لا يحرم التفتيش عن حاله بالسؤال عن جيرانه و معاشره و غيرهم عن معاصيه. و فيه: أولا: ان التفتيش تارة يكون بالسؤال عن المطلع على حاله، و اخرى بغيره فلا تلازم بين جواز التفتيش و جواز الغيبة.

و ثانيا: ان الستر للعيوب في الخبر جعل طريقا الى ثبوت العدالة، فالمراد به الستر عند من يريد ترتيب آثار العدالة، حتى انه لو رأى منه ذنبا خرج عن هذا الستر و إن كان غير متجاهر بالفسق، و عليه فمفهومه جواز غيبة الفاسق مطلقا.
(١) و منها: خبر علقمة المحكى عن المحاسن عن سيدنا الصادق عليه السلام المذكور في المتن.
و قد استدل به المصنف قدس سره بتقريبين:

(٢) الأول: انه دل على ترتب عدم جواز الغيبة على كون الرجل غير مرئى منه المعصية و لا مشهودا عليه بها، و مقتضى المفهوم جواز الاغتيال مع عدم الشرط، خرج منه غير المتجاهر.
الثاني: انه دل على ترتب قبول الشهادة على كونه من أهل الستر فمفهومه جواز غيبة غير المتستر، و هو المتجاهر بالفسق.

(١) الوسائل، باب ٤١، من أبواب الشهادات، حديث ١٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٥

ثم ان مقتضى اطلاق الروايات جواز غيبة المتجاهر في ما تجاهر به و لو مع عدم قصد غرض صحيح (١) و لم أجد من قال باعتبار قصد الغرض الصحيح و هو ارتداعه عن المنكر. نعم تقدم عن الشهيد الثاني احتمال اعتبار قصد النهي عن المنكر في جواز سب المتجاهر مع اعترافه بأن ظاهر النص و الفتوى عدمه.

و لكن: يرد على الاستدلال به.

أولا: انه ضعيف السند لعلقمة.

و ثانيا: انه لا مفهوم له لعدم حجية مفهوم الوصف.

و ثالثا: ان الظاهر من الستر ارادة العدالة منه، لأنه عليه السلام رتب كونه من أهل الستر و العدالة على شىء واحد و هو حسن الظاهر، فلو كان له مفهوم فإنما هو جواز غيبة الفاسق.

و دعوى ان مفهومه و إن كان ذلك الا انه خرج عنه غير المتجاهر.

ممنوعه، إذ التصرف في المفهوم من دون التصرف في المنطوق غير معقول كما حقق في محله، و التصرف في المنطوق في المقام لا يمكن كما لا يخفى، مع ان الالتزام بذلك مستلزم للقول بعدم مدخلية التجاهر بالفسق في الحكم.

فتحصل: انه لا يكون في النصوص المعبرة ما يمكن الاستدلال به الا خبر هارون و لا بأس بالوجهين الأولين ايضا.

فروع

بقي في المقام فروع تعرض لها المصنف قدس سره

(١) قال ثم ان مقتضى اطلاق الروايات جواز غيبة المتجاهر في ما تجاهر به و لو مع عدم قصد غرض صحيح.

لاحظ قوله عليه السلام في خبر هارون: إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة فان اطلاقه يقتضى عدم الفرق بين أن تكون الغيبة لغرض صحيح أم كانت بقصد الانتقاص، كما ان ما ذكرناه من خروج ذكر المغتاب في ما تجاهر به عن الغيبة موضوعا لعدم كونه اظهارا لما ستره الله يقتضى ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٦

و هل يجوز اغتيال المتجاهر في غير ما تجاهر به (١) صرح الشهيد الثاني و غيره بعدم الجواز. و حكى عن الشهيد ايضا.

و ظاهر الروايات النافية لاحترام المتجاهر و غير الساتر هو الجواز، و استظهره في الحدائق من كلام جملة من الأعلام و صرح به بعض الأساطين. و ينبغي الحاق ما يتستر به بما يتجاهر فيه إذا كان دونه في القبح، فمن تجاهر باللواط العياذ بالله جاز اغتيابه بالتعرض للنساء

الأجانب، و من تجاهر بقطع الطرق جاز اغتيابه بالسرقة، و من تجاهر بكونه جلاد السلطان يقتل الناس و ينكلهم جاز اغتيابه بشرب الخمر، و من تجاهر بالقبايح المعروفة جاز اغتيابه بكل قبيح (٢) و لعل هذا هو المراد بمن القى جلباب الحياء لا من تجاهر بمعصية خاصة وعد مستورا بالنسبة الى غيرها كبعض عمال الظلمة.

الثاني: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

(١) هل يجوز اغتياب المتجاهر في غير ما تجاهر به. الأقوال في المسألة ثلاثة:

الأول: ما اختاره صاحب الحدائق و استظهره من كلام جمع من الأصحاب و صرح به بعض الأساطين و هو الجواز.

الثاني: ما عن جماعة آخرين منهم الشهيد الثاني، و هو عدم الجواز.

(٢) الثالث: ما اختاره المصنف قدس سره و هو التفصيل بين المعاصي التي دون ما تجاهر به في القبح و بين غيرها فيجوز في الأولى و لا يجوز في الثانية، فمن تجاهر باللواط جاز اغتيابه بالتعرض لفساد الأجانب، و من تجاهر بقطع الطريق جاز اغتيابه بالسرقة، و من تجاهر بالمعاصي الكبيرة جاز اغتيابه بكل قبيح.

و قد استدلل للأول تارة بإطلاق النصوص التي منها خبر هارون المتقدم، فإن مقتضى إطلاق نفي الجنس، هو نفي جميع أفراد الغيبة التي منها غيبته في غير ما تجاهر به فإن نفي الطبيعة نفي لجميع وجوداتها في الخارج.

و اخرى: بأن الظاهر من الخبر وروده في مقام بيان الحكم لا بيان نفي الموضوع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٧

...

و عليه فحيث أن ذكر النقص المتجاهر فيه لا يكون غيبة حقيقة كما تقدم، فيكون الخبر واردا لبيان الرخصة في الغيبة بالنسبة الى غير ما تجاهر فيه.

و لكن يرد عليهما: ان الظاهر من نفي الطبيعة هو نفي الموضوع حقيقة، و حمله على ارادة النفي التنزيلي و نفي الحكم عن الموضوع خلاف الظاهر لا- يصار اليه الا مع القرينة، ككونه نفيًا لموضوع واقعي واضح ليس اثباته و نفيه وظيفة الشارع، و لا يكون الموضوع متفيا بعد نفيه كقوله عليه السلام لا شك لكثير الشك و ليست الغيبة كذلك، فإن للشارع تحديد مفهومها و بيان قيودها، و قد بينها في جملة من النصوص المتقدمة، فلا قرينة صارفة عن ظهور القضية في نفي الموضوع حقيقة، و هو لا يكون الا فيما تجاهر فيه من المعاصي، فلا يكون مطلقا و لا مختصا بغير ما تجاهر فيه.

مع ان ارادة الأعم من ما تجاهر فيه و غيره غير ممكنة، إذ بالنسبة الى ما تجاهر فيه يكون النفي نفيًا للموضوع حقيقة و بالنسبة الى غيره يكون نفيًا له تنزيلا- أي نفيًا للحكم بلسان نفي الموضوع- و ارادة الأعم مستلزمة لاجتماع اللحاظين في استعمال واحد، فيدور الأمر بين ارادة أحد القسمين، و المتعين هو الأول كما تقدم.

هذا كله في خبر هارون، و أما سائر النصوص فقد عرفت انها ما بين ضعيف السند، و غير الدال على المطلوب.

و أما الوجهان الأولان فاختصاصهما بخصوص ما تجاهر فيه واضح.

و قد استدلل للقول الأخير بوجهين:

الأول: ان مناط جواز غيبة المتجاهر تبين هذه المرتبة من العصيان منه، فيجوز غيبته في الأدون بالأولية.

الثاني: ما ذكره بعض مشايخنا المحققين قدس سرهم من ان من لا- يكره نسبه الى اللواط- العياذ بالله- مثلا لا يكره نسبه الى انه يتفحص عن حرائر النساء و هذه الملازمة بعنوان انه نقص و عيب ثابتة فاذا فرضنا ان أحدا يكره الثاني دون الأول يستكشف منه ان

كراهة الثاني ليست متعلقة به بما هو عيب و نقص، فيجوز غيبته فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٨

ثم المراد بالمتجاهر، من تجاهر بالقبیح بعنوان انه قبيح فلو تجاهر به مع إظهار محمل له لا يعرف فساده الا القليل، كما اذا كان من عمال الظلمة و ادعى في ذلك عذرا مخالفا للواقع او غير مسموع منه لم يعد متجاهرا. (١)

نعم لو كان اعتذاره واضح الفساد لم يخرج عن المتجاهر.

و فيهما نظر:

أما الأول: فلأن كون المناط ما ذكر غير معلوم، بل يحتمل أن يكون المناط عدم كراهة الإظهار، أو عدم كونه إظهارا لما ستره الله المفروض تحققه في ما تجاهر فيه دون الأدون، مع ان الأولوية لو تمت فإنما هي فيما لو اقتصر على الأدون دون الجمع بين الغيبتين كما لا يخفى.

و أما الثاني: فلأنه ربما يكون الشخص متجاهرا في معصية كبيرة، كقتل النفوس المحترمة و متسترا فيما هو دونها، و يكره نسبه اليه و يتجنبه كما هو واضح.

فتحصل: ان الأظهر هو اختصاص الحكم بخصوص ما تجاهر فيه، نعم إذا جاهر بمعصية جاز اغتيابه بها و بلوازمها، لأن الالتزام بالشئ التزام بلوازمه.

(١) الثالث: المراد بالمتجاهر: من تجاهر بالقبح مع علمه بالقبح، و بعلم الناس بصدوره عنه بعنوان انه قبيح، فلو لم يكن عالما بقبحه لشبهه حكمية، كما لو شرب التمر المغلى قبل ذهاب ثلثيه معتقدا اباحته، او لشبهه موضوعية، كما لو شرب الخمر باعتقاد انه ماء، لا يجوز اغتيابه لعدم كونه فاسقا، فضلا عن كونه متجاهرا بالفسق.

كما انه لو اتى به علنا مع العلم بأنه قبيح لكن احتمل عدم اطلاع الناس على صدور الفعل منه معصية لاحتمالهم في حقه الجهل بالموضوع او الحكم عن قصور لم يكن متجاهرا بالفسق بما هو فسق، بل متجاهر بالفسق من حيث ذاته، و ظاهر الدليل جواز غيبة المتجاهر بالفسق بما هو فسق، فالمتجاهر بالفسق هو من اتى بالمعصية مع علمه بأن المأتى به معصية علنا و علم ان الناس عالمون بأنه عاص بفعله، و ليس له عذر و لو غير موجه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٩

و لو كان متجاهرا عند أهل بلده او محلته مستورا عند غيرهم هل يجوز ذكره عند غيرهم (١) ففيه اشكال من امكان دعوى ظهور روايات الرخصة فيمن لا يستنكف عن الاطلاع على عمله مطلقا قرب متجاهر في بلد متستر في بلاد الغربه او في طريق الحج و الزيارة لثلا يقع عن عيون الناس.

و بالجملة فحيث كان الأصل في المؤمن الاحترام على الاطلاق و جب الاقتصار على ما يقن خروجه، فالاحوط الاقتصار على ذكر المتجاهر بما لا يكرهه لو سمعه و لا يستنكف من ظهوره للغير. نعم لو تأذى من ذمه بذلك دون ظهوره لم يقدح في الجواز، و لذا جاز سبه بما لا يكون كذبا و هذا هو الفارق بين السب و الغيبة حيث ان مناط الأول المذمة و التنقيص فيجوز، و مناط الثاني اظهار عيوبه فلا يجوز الا بمقدار الرخصة.

(١) قوله و لو كان متجاهرا عند أهل بلده او محلته مستورا هذا هو الرابع: و هو انه اذا كان متجاهرا جاز غيبته عند من لا يكون مطلعا على حاله لعدم كونه اظهارا لما ستره الله، اذ المراد منه اظهار الأمر المستور، فلو كان منكشفا لم يكن من الغيبة، هذا مضافا الى ظهور خبر هارون، فان الظاهر منه ارادة بيان ان في المتجاهر خصوصية ليست في غيره، فلو اقتصر على ذكره عند من يكون مطلعا على حاله

لزم عدم خصوصية فيه فإن العالم بالحال يجوز الغيبة عنده و لو لم يكن المقول فيه متجاهرا و هذا مما لا إشكال فيه. انما الكلام في حد التجاهر، و الظاهر انه يصدق مع التجاهر به عند جماعة معتد بهم مع عدم المبالاة بأطلاع غيرهم، فلو تجاهر عند أصحاب سره و رفقائه لا يصدق عليه المتجاهر، كما انه لو تجاهر في بلد الغربة و تستر في بلد نفسه، لا يكون متجاهرا. الخامس: ان جواز الغيبة يدور مدار بقاء كونه متجاهرا، فلو انتفى عنه المبدأ و اخى فسقه و تأذى من ظهوره تحرم غيبته، إذ بقاء الحكم تابع لبقاء موضوعه، فمع ارتفاع الموضوع يرتفع الحكم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥٠

الثاني: تظلم المظلوم (١) و إظهار ما فعل به الظالم و إن كان متسترا به كما اذا ضربه في الليل الماضي و شتمه أو أخذ ماله جاز ذكره بذلك عند من لا يعلم ذلك منه لظاهر قوله تعالى: (و لمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل إنما السبيل على الذين يظلمون الناس و يبغون في الأرض بغير الحق). (٢)

تظلم المظلوم

إشارة

(١) قوله الثاني: تظلم المظلوم و اظهار ما فعل به الظالم.

و إن كان متسترا به كما اذا ضربه في الليل الماضي و شتمه أو أخذ ماله جاز ذكره بذلك عند من لا يعلم ذلك منه. و الظاهر ان جواز اظهار ما فعل الظالم بالمظلوم و إن كان متسترا به إجماعى، و قد استدل له بأمور:

(٢) الأول: قوله تعالى: (و لمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل) «١».

بتقريب انه تدل الآية على ان من صار مظلوما لا- سبيل عليه في الانتصار، و من المعلوم انه يتوقف الانتصار على اظهار ما فعل به من الظلم.

و فيه: ان الانتصار عبارة عن الانتقام، فمفاد الآية الشريفة جواز الانتقام و مجازاة الظالم بالمثل التي دلت عليها الآية التي قبل هذه الآية، و هي جزاء سيئة. سيئة مثلها، فهي اجنبية عن جواز الاغتيال.

فإن قلت: ان الغيبة نحو من الانتقام.

اجبنا: انه لا إطلاق للآية في كيفية الانتقام و لذا لم يتوهم أحد جواز نكاحه لأنه نحو من الانتقام.

(١) الشورى، آية ٤٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥١

و قوله تعالى لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم. (١)

فعن تفسير القمى أى لا يحب ان يجهر الرجل بالظلم و السوء و يظلم الا من ظلم فاطلق له ان يعارضه بالظلم.

و عن تفسير العياشى عنه صلى الله عليه و آله من أضاف قوما فأساء اضافتهم فهو ممن ظلم فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه (٢) و هذه الرواية و إن وجب توجيهها اما بحمل الإساءة على ما يكون ظلما و هتكا لاحترامهم او بغير ذلك الا انها دالة على عموم من ظلم في الآية الشريفة و ان كل من ظلم فلا جناح عليه فيما قال في الظالم.

(١) الثاني: قوله تعالى (لا يحب الله الجهر بالسوء الا من ظلم) «١». فانه يدل على مرجوحية الجهر بالسوء من القول الذى من أفراد و

مصاديقه الغيبة كما تقدم في أول المبحث الا بالنسبة الى المظلوم.

فإن قلت: انكم بنيتم على عدم دلالة الآية على عدم جواز الغيبة فكيف تتمسكون بها في المقام؟ أجبت عنه: بأن هذا الإيراد وارد على من التزم بعدم كون الغيبة من مصاديق الجهر بالسوء كالمحقق الإيرواني قدس سره وغيره، ولا يرد علينا لانا قلنا انها لا تدل على عدم جواز الغيبة لأن عدم الحب أعم من الحرمة و عليه فلا مورد لهذا الإيراد كما لا يخفى.

و دعوى ان الاستثناء من عموم السلب، لا يقتضى الا ثبوت الإيجاب الجزئي، و حيث انه لا إطلاق لتلك الجزئية، لعدم ثبوت كونها وارده في مقام البيان من هذه الجهة فيمكن ان يكون الجواز راجعا الى مذمته، و تعبيره و تنقيصه فانها من الجهر بالسوء كما في تعليقه بعض مشايخنا المحققين.

مندفعة بما حقق في محله، من انه عند الشك في كون دليل في مقام البيان يبنى على انه كذلك. و عليه فمقتضى اطلاقه جواز كل فرد من أفراد الجهر بالسوء التي منها الغيبة.

(٢) الثالث: ما عن تفسير العياشي عن الفضل بن أبي قره عن مولانا الصادق عليه السلام

(١) النساء، آية ١٤٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥٢

و نحوها في وجوب التوجيه رواية اخرى في هذا المعنى محكية عن المجمع (١) ان الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيافته فلا جناح عليه في أن يذكره بسوء ما فعله و يؤيد الحكم فيما نحن فيه ان في منع المظلوم من هذا الذي هو نوع من التشفى حرجا عظيما (٢) و لأن في تشريع الجواز مظنة ردع الظالم (٣) و هي مصلحة

في قول الله عز و جل: (لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم) من اضاف قوما فأساء ضيافتهم فهو ممن ظلم فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه «١».

(١) و ما عن مجمع البيان عنه عليه السلام في قوله تعالى (لا يحب ... الخ) إن الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيافته فلا جناح عليه في ان يذكره سوء ما فعله «٢» بتقريب انهما يدلان على ان من هتك ضيفه و لم يقم بما يليق بشأنه في مقام الضيافة جاز له أن يذكره بما فعله من السوء.

و فيه: ان الخبرين ضعيفان.

اما الأول فلجهالة حال المفضل.

و أما الثاني: فلإرسال.

(٢) الرابع: ان في منع المظلوم من التظلم حرجا عظيما.

و فيه: اولاً: ان المراد من دليل نفى الحرج ليس هو الحرج النوعي، بل المراد الحرج الشخصي، فلا ينفع في نفى الحكم كلياً. و ثانياً: ان دليل نفى الحرج انما ينفي الأحكام التي في نفيها امتتان على الأمة، فالحكم الذي يكون نفيه منه على شخص و منافيا للامتنان على الآخر لا يكون مشمولاً لدليل نفى الحرج و المقام من هذا القبيل، لأن جواز الاغتيا ب مناف للامتنان بالنسبة الى المغتاب بالفتح.

(٣) الخامس: ان في تشريع الجواز مظنة ردع الظالم و هي مصلحة خالية عن مفسدة فيثبت الجواز، لأن الأحكام تابعة للمصالح.

و فيه: اولاً: ان مقاومة هذه المصلحة لا سيما و هي مظنونة للمفسدة المقطوعة الثابتة في الغيبة ممنوعة.

(١) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٦.

(٢) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥٣

خالية عن مفسدة فيثبت الجواز لأن الأحكام تابعة للمصالح، و يؤيده ما تقدم من عدم الاحترام للإمام الجائر (١) بناء على ان عدم احترامه من جهة جوره لا من جهة تجاهره و الا لم يذكره في مقابل الفاسق المعلن بالفسق. و في النبوي لصاحب الحق مقال. (٢)

و ثانيا: ان لازم هذا الوجه جواز اغتياح كل عاص و إن غير متجاهر و لا ظالم لشخص، فان في تجويزه مظنة الردع. و ثالثا: ان الجواز على هذا لا يختص بالمظلوم، بل يجوز لكل أحد لعين هذا الوجه.

و رابعا: انه ربما يحصل العلم بأنه لا يرتكب تلك المعصية او انه لا يرتدع من هذا التظلم.

(١) السادس: خبر قرب الإسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام: ثلاثة ليس لهم حرمة: صاحب هوى مبتدع، و الإمام الجائر، و الفاسق المعلن بالفسق «١».

بتقريب ان نفى الحرمة عن الإمام الجائر من جهة جوره لا من جهة تجاهره و الا لم يذكره في مقابل الفاسق المعلن بالفسق.

و فيه: مضافا الى ضعف سنده و عدم دلالة على جواز غيبة هذه الثلاثة كما تقدم:

انه يمكن أن يكون جواز غيبة الإمام الجائر، لو ثبت من جهة غصبه حقوق الأئمة و تصديه مقام الخلافة، مع ان هذا لو تم لدل على جواز الاغتياح لكل أحد لا خصوص المظلوم، مضافا الى ان الخبر مروى بطريق آخر و فيه توصيف الإمام بالكذب.

(٢) السابع: النبوي و لصاحب الحق مقال «٢». و فيه: اولاً: انه ضعيف السند.

و ثانيا: انه يدل على ان من ثبت له حق فله مقال، و الكلام في المظلوم انما هو في ثبوت الحق له بعد ما اضيع حقه بالظلم، مع ان المقال الثابت لصاحب الحق لعله اريد به مطالبة ما اضيع به من حقه لا غيبته.

فتحصل: ان شيئاً مما استدل به على جواز غيبة المظلوم لا يدل عليه سوى آية الجهر بالسوء.

(١) الوسائل، باب ١٥٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٥.

(٢) المحجّة البيضاء للمحدث الكاشاني، ج ٥، ص ٢٧٠- و كشف الريبه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥٤

و الظاهر من جميع ما ذكر عدم تقييد جواز الغيبة بكونها عند من يرجو إزالة الظلم عنه (١) و قواه بعض الأساطين خلافاً لكاشف الريبه و جمع ممن تأخر عنه فقيده اقتصاراً في مخالفة الأصل على المتيقن من الأدلة لعدم عموم في الآيه و عدم نهوض ما تقدم في تفسيرها للحجية مع ان المروى عن الباقر عليه السلام في تفسيرها المحكى عن مجمع البيان (٢) انه لا يجب الشتم في الانتصار الا من ظلم، فلا بأس له ان ينتصر ممن ظلمه بما يجوز الانتصار به في الدين. قال في الكتاب المذكور و نظيره (و انتصروا من بعد ما ظلموا) و

ما بعد (٣) الآيه لا يصلح للخروج بها عن الأصل الثابت بالأدلة العقلية و النقلية و مقتضاه الاقتصار على مورد رجاء تدارك الظلم فلو لم يكن قابلاً للتدارك لم يكن فائدة في هتك الظالم.

(١) و هل يقيد جواز الغيبة بكونها عند من يرجو إزالة الظلم عنه كما عن جماعة، منهم كاشف الريبه و المحقق السبزواري و المحقق النراقي في المستند، و السيد العاملي في مفتاح الكرامة.

أم يجوز مطلقاً كما عن جماعة آخرين منهم كاشف الغطاء في شرحه على القواعد و ظاهر المتن وجود القائل غيره قولان:

اقواهما: الثاني، لأن مقتضى الآية الشريفة (لا يحب الله الجهر... الخ التي عرفت) دلالتها على جواز اغتياح المظلوم باظهار ما فعل به الظالم جواز الغيبة حتى عند من لا يرجو ازالة الظلم عنه.

و ما ذكره الشهيد قدس سره و تبعه بعض مشايخنا المحققين قدس سرهم من انه لا عموم في الآية ليمسك به في اثبات الإباحة مطلقا. غير تام، إذ قد عرفت ان الآية الشريفة مطلقة، و بمقتضى مقدمات الحكمة تفيد العموم.

(٢) قد استدلل للأول في المتن بالخبر المروي «١» عن الإمام الباقر عليه السلام في تفسير الآية الشريفة.

و قد مر انه لا يصح الاستناد الى ذلك الكتاب.

(٣) قوله و ما بعد الآية لا يصلح للخروج بها عن الأصل.

(١) مجمع البيان، ج ٢، ص ١٣١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥٥

و كذلك لو لم يكن ما فعل به ظلما بل كان من ترك الأولى (١) و إن كان يظهر من بعض الأخبار جواز الاشتكاء لذلك فعن الكافي و التهذيب بسندهما عن حماد بن عثمان (٢) قال: دخل رجل على أبي عبد الله عليه السلام فشكى رجلا من أصحابه فلم يلبث ان جاء المشكو عليه، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما لفلان يشكوك، فقال:

يشكوني اني استقضيت منه حقي فجلس أبو عبد الله عليه السلام مغضبا فقال: كأنك اذا استقضيت حقا لم تسئ أ رأيت قول الله تعالى (و يخافون سوء الحساب)، أ ترى انهم خافوا الله عز و جل ان يجور عليهم لا و الله ما خافوا الا الاستقضاء فسماه الله عز و جل سوء الحساب، فمن استقضى فقد أساء.

الظاهر كما قيل أراد بما بعد الآية المؤيدات التي ذكرها، و انما عبر عنها بعنوان كونها بعد الآية مع كونها بعد الاخبار، لكون الاخبار واردة في تفسيرها فهي من توابع الآية و لواحقها، فالأظهر عدم تقييد الجواز بكونها عند من يرجو ازالة الظلم عنه.

الغيبة في ترك الأولى

(١) و هل يجوز الغيبة لو لم يكن ما فعل به ظلما بل كان من ترك الأولى أم لا؟ وجهان:

قد استدلل لجواز الاغتياح بترك الأولى بوجوه:

(٢) الأول: خبر حماد بن عثمان المذكور في المتن «١».

فانه يدل بالتقرير على جواز الشكوى من الدائن لتركه الأولى بالمطالبة و عدم الإمهال في قضاء الدين الذي هو من المستحبات، و احتمال ردع الإمام عليه السلام عن ذلك و عدم نقله لنا ضعيف لا يعاب به.

كما ان دعوى ضعف السند لمعلى بن محمد لا تسمع، إذ الظاهر انه حسن اقلا.

و لكن يرد على الاستدلال به: ان الظاهر منه كون المديون معسرا لا- يجوز المطالبة منه، او كونه لا- يجب عليه الأداء لغير ذلك، و معلوم ان طلب الأداء حينئذ ظلم و تعد على

(١) الوسائل، باب ١٦، من أبواب الدين و القرض، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥٦

(١) و مرسله ثعلبة بن ميمون المروية عن الكافي قال: كان عنده قوم يحدثهم إذ ذكر رجل منهم رجلا فوقع فيه و شكاه، فقال له أبو

عبد الله عليه السلام: و انى لك بأخيك الكامل أى الرجل المهذب. فإن الظاهر من الجواب ان الشكوى انما كانت من ترك الأولى الذى لا يليق بالأخ الكامل المهذب.

المديون تباح معه الغيبة كما تقدم.

و الشاهد على ما ذكرناه امور:

الأول: قوله عليه السلام فى ذيل الخبر فمن استقصى فقد اساء. فان المطالبة من المديون الموسر المتمكن من الأداء مع وجوبه عليه ليست اساءة قطعاً.

الثانى: عدم أمر الإمام عليه السلام المديون بأداء الدين، و لو كان موسراً و لم يكن محذور فى الأداء لأمره به.

الثالث: تشديد الإمام على المشكو.

و لو اغمضنا عن ما ذكرناه من الظهور فلا أقل من كونه مجملاً لا يمكن الاستدلال به.

(١) الوجه الثانى: مرسل ثعلب بن ميمون عن ذكره عن مولانا الصادق عليه السلام المروى فى الكتاب «١». فإن الظاهر من الجواب ان الشكوى انما كانت من ترك الأولى الذى لا يليق بالأخ الكامل المهذب.

وفيه: أولاً: انه ضعيف السند للإرسال.

و ثانياً: ان قوله عليه السلام: و انى لك ... الخ يمكن ان يكون ردعاً و انتصاراً للمغتاب (بالفتح) فليس هناك تقرير من المعصوم عليه السلام كى يستدل به.

الثالث: ما أفاده المحقق الإيروانى قدس سره و هو التمسك بما ورد فى ذكر الضيف مساوى الضيافة المتقدم، بدعوى انه يدل على ان عدم القيام بالحقوق المستحبة التى منها حسن الضيافة نوع من الظلم، و يكون الخبر دالاً على ان الآية الشريفة تعم كلا الظلمين، و انه يجوز للمظلوم اغتيا ب ظالمه بكل من الظلمين.

(١) الوسائل، باب ٥٦، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٥٧

و مع ذلك كله فالأحوط عد هذه الصورة من الصور العشر الآتية التى رخص فيها فى الغيبة لغرض صحيح أقوى من مصلحة احترام المغتاب كما ان الأحوط جعل الصورة السابقة خارجة عن موضوع الغيبة بذكر المتجاهر بما لا يكره نسبتته اليه من الفسق المتجاهر به، و إن جعلها من تعرض لصور الاستثناء منها

فيبقى من موارد الرخصة لمزاحمة الغرض الأهم صور تعرضوا لها. (١)

إشارة

وفيه: مضافاً الى ما تقدم من ضعف السند: انه قد مر أن الظاهر من الخبر ارادة هتك الضيف و إهانته لا ترك الأولى، مع ان دعوى ان عدم القيام بالحقوق المستحبة نوع من الظلم كما ترى.

فالصحيح ان يستدل للجواز: بأن ترك الأولى ليس سوء فلا يدخل ذكره فى الغيبة لما تقدم من اعتبار كون المقول نقصاً و عيباً.

ضابط الغيبة الجائزة

(١) وقد ذكر الأصحاب موارد عديدة لجواز الغيبة: و تنقيح القول فيها:

ان ما ذكره الأصحاب من مستثنيات الغيبة تندرج في واحد من العناوين الأربعة، أو يتوهم اندراجه فيه:

الأول: ما كان خارجا عنها موضوعا، كغيبة المتجاهر بالفسق المتقدم و بعض المستثنيات المذكورة في المكاسب التي ستمر عليك.

الثاني: ان ينطبق على الغيبة عنوان ذو مصلحة أهم من مفسدة الغيبة، و قد ذكر المصنف قدس سره لذلك موارد و ستعرف ما فيها.

الثالث: ما اذا توقف واجب أهم عليها كحفظ النفس المحترمة أو صيانة العرض أو نحو ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥٨

(١) منها نصح المستشار فان النصيحة واجبة للمستشير. (٢)

الرابع: ما كان خارجا عن حكم الغيبة بالتخصيص، و هو على أقسام:

الأول: ما يكون خارجا بدليل مختص به كتظلم المظلوم المتقدم.

الثاني: ان يكون الخروج بأدلة نفى الضرر و الحرج.

الثالث: ان ينطبق على الغيبة عنوان واجب في نفسه، و كانت النسبة بين الدليلين عموما من وجه، و قدم دليل ذلك الواجب لوجود

أحد المرجحات فيه.

هذا كله بحسب الكبرى،.

و أما الصغرى فقد ذكروا لها موارد.

نصح المستشير

(١) منها: نصح المستشير.

و تنقيح القول فيه بالبحث في موردين:

الأول في وجوبه و عدمه.

الثاني: في جواز نصح المستشير و إن اوجب الوقعة و الغيبة. أما الأول ففي الكتاب.

(٢) ان النصيحة واجبة للمستشير.

و لكن الظاهر ان النصح غير واجب فان ما استدل به لوجوبه بين ما هو ضعيف السند، و غير دال على وجوبه، و ما لا ربط له به.

اذ قد استدل له بما دل على حرمة خيانة المؤمن لآخيه «١».

و بما دل على وجوب نصح المؤمن ابتداء «٢».

و بالنصوص الآمرة بقضاء حاجة المؤمن «٣» لأن النصح نوع منها.

و بما ورد في خصوص نصح المستشير «٤».

و شيء منها لا يصلح مستند للوجوب.

(١) الوسائل، باب ٣، من أبواب الوديعه.

(٢) الوسائل، باب ١٢٢، من أبواب أحكام العشرة.

(٣) الوسائل، باب ٢٥، من أبواب فعل المعروف.

(٤) الوسائل، باب ٢٣، من أبواب أحكام العشرة و باب ٣٥، من أبواب فعل المعروف.

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٢، ص: ٥٩

فإن خيانتها قد تكون أقوى مفسدة من الوقوع في المغتاب. (١)

أما الأول: فلأنه لا ملازمة بين حرمة الخيانة، ووجوب النصح لامكان رده الى غيره.
و أما الثاني: فهو محمول على الاستحباب للإجماع على عدم وجوب النصح ابتداء.
و به يظهر ما في الثالث.

و أما الرابع: فما تضمن من تلك النصوص الأمر به ضعيف السند، وغيره انما تضمن ترتب المفسدة الدنيوية من سلب اللب و الرأي على ترك النصح، و هو لا يدل على أزيد من الاستحباب.

فالأظهر عدم وجوبه، نعم تحرم الخيانة للنصوص الدالة عليها.

و أما الثاني فقد استدل لجواز نصح المستشار و إن أوجب الوقعة و الغيبة، بوجوه:

الأول: ما ذكره الأستاذ الأعظم - مبتنيا على وجوبه - و هو ان دليلى وجوب النصح و حرمة الغيبة من قبيل المتراحمين لا المتعارضين، فإن الغيبة في موارد الاجتماع مأخوذة في مقدمات النصح، و انه يتولد منها و يتوقف عليها، نظير توقف انقاذ الغريق على التصرف في ملك الغير، و عليه فيتصرف كل من النصح و الغيبة بالأحكام الخمسة حسب اختلاف الموارد بقوة الملاك و ضعفه.

و فيه: ان النصح الواجب على المكلف في موارد الاجتماع انما يكون من العناوين المنطبقة على الغيبة لا المتولدة منها المتوقعة عليها، إذ لا وجود للتنبية على معايب من يريد المستشار تزويجها مثلا - الذى هو نصحه - الا ببيان ما فيها من المعايب المستورة الذى هو غيبة، فالدليلان من قبيل المتعارضين.

(١) الثانى: ما هو ظاهر المصنف قدس سره و هو: ان حرمة الغيبة لأجل انتقاص المؤمن و تأذيه منه، و حيث ان خيانة المستشار قد تكون أقوى مفسدة من الوقوع في المغتاب فلا محالة تسقط حرمتها.

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٢، ص: ٦٠

و كذلك النصح من غير استشارة فإن من أراد تزويج امرأة و أنت تعلم بقبائحها التى توجب وقوع الرجل من أجلها فى الغيبة و الفساد فلا ريب ان التنبية على بعضها، و إن أوجب الوقعة فيها أولى من ترك نصح المؤمن مع ظهور عدة من الأخبار فى وجوبه.

و فيه: ما تقدم فى أول هذا المبحث، من انه فى موارد اجتماع عنوانين الذين كل منهما محكوم بحكم ينافى حكم الآخر لا سبيل الى الرجوع الى مرجحات باب المزاحمة و رعاية أقوى الملاكين، و ليست من موارد تراحم المقتضيين.

مع انه لو سلم كونها من هذه الموارد لا سبيل الى الحكم بالجواز بقوة الملاك، إذ لا طريق الى معرفة المناطين بما لهما من الحد كى يعرف الراجح منهما.

الثالث: ما ورد فى استشارة فاطمة بنت قيس النبى فى أن تصير زوجه معاوية أو أبى جهم من انه قال صلى الله عليه و آله: أما معاوية فصعلوك لا مال له، و أما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه، انكحى اسامه، حيث انه صلى الله عليه و آله تعرض لما يكرهه الخاطبان (١).

و فيه: انه لو سلم سند الخبر، ان دلالتة على المطلوب تتوقف على كون ما ذكره النبى صلى الله عليه و آله عيبا مستورا، مع ان كونه عيبا، و على فرضه كونه مستورا، محل تأمل و نظر.

الرابع: ان النسبة بين دليلى حرمة الغيبة، و مطلوبية النصح عموم من وجه، و هما من قبيل المتعارضين، فيتعين الرجوع الى مرجحات باب المعارضة، بناء على ما هو الحق من انها المرجح عند تعارض الدليلين بالعموم من وجه، و الترجيح مع دليل النصح لكونه أشهر.

فتأمل.

فتحصل: ان الأظهر كون المورد داخلا فى القسم الثالث من العنوان الرابع. و لا فرق فيما ذكرناه بين كون النصح واجبا أم لا، كما هو واضح.

(١) المستدرک، باب ١٣٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٦١

و منها الاستفتاء بأن يقول للمفتى ظلمنى فلان حقى فكيف طريقى فى الخلاص (١) هذا إذا كان الاستفتاء موقوفا على ذكر الظالم بالخصوص و الا فلا يجوز، و يمكن الاستدلال عليه بحكاية (٢) هند زوجة أبى سفيان و اشتكائها الى رسول الله صلى الله عليه و آله و قولها انه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى، فلم يرد صلى الله عليه و آله عليها غيبة أبى سفيان، و لو نوقش فى هذا الاستدلال بخروج غيبة مثل أبى سفيان عن محل الكلام أمكن الاستدلال بصحيفة عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله صلى الله عليه و آله قال: (٣) جاء رجل الى النبى صلى الله عليه و آله فقال: ان أمى لا تدفع يد لامس، فقال: احبسها.

قال: قد فعلت، قال صلى الله عليه و آله: فامنع من يدخل عليها، قال: قد فعلت، قال صلى الله عليه و آله: فقيدها فانك لا تبرها بشىء أفضل من أن تمنعها عن محارم الله عز و جل الخير.

الاغتياب فى مواضع الاستفتاء

(١) قوله و منها: الاستفتاء بأن يقول للمفتى: ظلمنى فلان حقى فكيف طريقى فى الخلاص.

و قد استدل للجواز فى هذا المورد بروايتين:

(٢) الأولى النبوى، المذكور فى المتن «١». حيث انه صلى الله عليه و آله لم يجرها عن غيبة أبى سفيان.

و فيه: اولاً: انه ضعيف السند للإرسال.

و ثانياً: انه يحتمل أن يكون عدم الردع لمعروفية أبى سفيان بهذه الصفة، أو لكونه ممن لا تحرم غيبته رأساً لكفره.

و ثالثاً: انه من موارد تظلم المظلوم، اللهم إلا أن يقال إن الخبر متضمن للغيبة فى غير ما وقع التظلم منه، و هو صفة البخل.

(٣) الثانية: صحيفه ابن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور فى المتن «٢».

(١) المستدرک، باب ١٣٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٤.

(٢) الوسائل، باب ٤٨، من أبواب حد الزنا، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٦٢

و احتمال كونها متجاهرة بالفسق مدفوع بالأصل. (١)

و فيه: أولاً: انه يحتمل أن يكون المورد داخلا فى موارد غيبة المجهول، إذ المرأة لم تكن معروفة عند النبى صلى الله عليه و آله، و مجرد كونها اما للسائل لا يوجب صيرورتها معلومة معينة.

و ثانياً: ان الظاهر من الخبر انها كانت متجاهرة بالفسق و الزنا، و غيبة المتجاهر جائزة، على انه حيث يكون الخبر متكفلاً لبيان قضية شخصية يكفى لعدم جواز التعدى احتمال كونها متجاهرة.

(١) و ما ذكره المصنف قدس سره من انه مدفوع بالأصل.

يرد عليه: ان هذا الأصل لا يثبت به كونها كارهةً لذكرها به، الا على القول بالأصل المثلث، و مع عدم اثباته لا يكون ذكرها مشمولاً لأدلة حرمة الغيبة لما عرفت من اعتبار الكراهة في صدقها.

هذا إذا اريد به الاستصحاب، و إن أريد به ان ظاهر حال المسلم أن يكون كارهاً لذكر عيبه.

فيرد عليه: انه لا دليل على حجية مثل هذا الظهور.

و ثالثاً: انه لم يذكر في الخبر كون ام السائل مسلمة، و لعلها كانت كافرة، و مجرد الاحتمال يكفي في عدم جواز التعدي.

و الحق ان يستدل لجواز الغيبة في مواضع الاستفتاء إذا كان المسئول عنه محل الابتلاء و لم يتمكن السائل من السؤال الا بتسمية المغتاب، انه حينئذ يقع التزام بين ما دل على وجوب تعلم الأحكام الشرعية التي تكون محل الابتلاء و ما دل على حرمة الغيبة، إذ هما لا يتصادقان على مورد واحد، فان السؤال الذي تنطبق عليه الغيبة مقدمة للتعلم الواجب لا انه مصداقه، و الفرض ان المكلف لا يتمكن من امتثالهما معاً، فيتعين الرجوع الى مرجحات باب التزام.

و هي تقتضى تقديم دليل التعلم لأهميته وجوبه من حرمة الغيبة، إذ يترتب على عدم التعلم اضمحلال الدين.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٦٣

(١) و منها قصد ردع المغتاب عن المنكر الذي يفعله، فانه اولى من ستر المنكر عليه فهو في الحقيقة إحسان في حقه. (٢) مضافاً الى عموم أدلة النهي عن المنكر. (٣)

الاغتياب بقصد ردع المغتاب عن المنكر

(١) و منها: قصد ردع المغتاب عن المنكر الذي يفعله.

و قد استدل في المكاسب لجواز الغيبة في هذا المورد بوجهين:

(٢) الأول: ان الغيبة في هذا الموضع احسان في حق المغتاب.

(٣) الثاني: عموم أدلة النهي عن المنكر وفيهما نظر:

اما الأول: فمضافاً الى كونه أخص من المدعى، إذ ربما لا يرتدع المغتاب عن المنكر و المغتاب (بالكسر) يعلم بذلك، فحينئذ لا يكون اغتيابه احساناً في حقه.

ان الإحسان انما يكون مطلوباً للشارع اذا لم يكن بالأمر المحرم و مطلوبيته مقيدة بعدم ترك الواجب و فعل الحرام.

و دعوى انه اذا كان الغرض من ذكر العيب الإحسان الى المغتاب (بالفتح) لا يصدق عليه الغيبة لعدم قصد الانتقاص حينئذ.

مندفعة بما تقدم من عدم أخذ قصد الانتقاص في مفهومها.

و دعوى عدم كراهة ذكره اذا كان بهذا القصد، ممنوعة.

و أما الثاني: فلأن النهي عن المنكر واجب، و لكن لا بالمنكر و الا لجواز الزنا بزوجه الزاني لردعه عن فعله.

نعم اذا كان المنكر من الأمور المهمة من قتل النفس المحترمة و شبهه و توقف ردعه على الغيبة

جازت لما ثبت بالأدلة العقلية و النقلية من وجوب الردع بأي نحو أمكن.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٦٤

و منها قصد حسم مادة فساد المغتاب عن الناس (١) كالمبتدع الذي يخاف من إضلاله الناس، و يدل عليه مضافاً الى ان مصلحة دفع

فتنته عن الناس اولى من ستر المغتاب، ما عن الكافي بسنده الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و

آله اذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى فاظهروا البراءة منهم و أكثروا من سبهم، و القول فيهم و الوقعة و باهتوهم كيلا يطمعوا «يطغوا» فى الفساد فى الإسلام و يحذرهم الناس و لا يتعلموا من بدعهم يكتب الله لكم بذلك الحسنات و يرفع لكم به الدرجات. و منها جرح الشهود (٢) فان الإجماع دل على جوازه، و لان مصلحة عدم الحكم بشهادة الفاسق اولى من الستر على الفاسق و مثله بل اولى بالجواز جرح الرواة (٣) فان مفسدة العمل برواية الفاسق أعظم من مفسدة شهادته و يلحق بذلك الشهادة بالزنا و غيره لاقامة الحدود. (٤)

الاغتياب لحسم مادة الفساد و جرح الشهود

(١) و منها: قصد حسم مادة فساد المغتاب عن الناس كالمبتدع. يشهد لجواز الغيبة فى هذا الموضوع مضافا الى ان الثابت بضرورة من الشرع ان للدين حرمة لا يسقطها شىء، فاذا دار الأمر بين هتك حرمة المغتاب و اغتيابه و حفظ الدين، لا ريب فى تقديم الثانى. صحيح داود بن سرحان المذكور فى المتن «١».

(٢) و منها: جرح الشهود. و يشهد لجواز الاغتياب فى هذا الموضوع - مضافا الى ان عليه يتوقف حفظ اموال الناس و اعراضهم و انفسهم - ان اجماع علمائنا عليه كما يظهر لمن راجع كتاب القضاء.

(٣) و اولى بالجواز من ذلك جرح الرواة، فان عليه يتوقف حفظ شريعة سيد المرسلين صلى الله عليه و آله، و عليه بناء الأصحاب فى كل عصر و إن كان الغالب فى هذا العصر عدم صدق الغيبة على ذلك لعدم معرفة تلك الرواة بأشخاصهم.

(٤) و أما الشهادة على الناس بالزنا و القتل و أخذ مال الغير و نحو ذلك فقد ثبت

(١) الوسائل، باب ٣٩، من أبواب الأمر و النهى و ما يناسبهما، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٦٥

و منها دفع الضرر عن المغتاب (١) و عليه يحمل ما ورد فى ذم زرارة من عدة أحاديث، و قد بين ذلك الإمام عليه السلام بقوله فى بعض ما أمر عليه السلام عبد الله بن زرارة بتبليغ أبيه أقرأ منى على والدك السلام، فقل له: انما اعيبك دفاعا منى عنك فان الناس يسارعون الى كل من قربناه و مجدناه لإدخال الأذى فىمن نحبه و نقربه و يذموننا لمحبتنا له و قربه و دنوه منا و يرون إدخال الأذى عليه و قتله و يحمدون كل من عييناه نحن، و انما اعيبك لأنك رجل اشتهرت بنا (منا) بميلك الينا و انت فى ذلك مذموم عند الناس غير محمود الامر لمودتك لنا و ميلك الينا فاحببت ان اعيبك ليحمدوا أمرك فى الدين بعيبك و نقصك و يكون ذلك منا دافع شرهم عنك يقول الله عز و جل: (و أما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر فأردت أن أعيبها و كان ورائهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا) هذا التنزيل من عند الله لا و الله ما عابها الا لى تسلم من الملك و لا تغضب «تعطب» على يديه، و لقد كانت صالحة ليس للعب فيها مساغ و الحمد لله، فافهم المثل رحمك الله فانك أحب الناس الى و احب أصحاب أبى الى حيا و ميتا، و انك أفضل سفن ذلك البحر القمقام الزاخر، و إن وراءك لملكا ظلوما غصوبا يرقب عبور كل سفينة صالحة ترد من بحر الهدى ليأخذها غصبا و يغصب أهلها

جوازها بالنصوص الكثيرة الواردة فى الشهادات المتضمنة للأمر بتحمل الشهادة و أدائها و حرمة كتمانها، و معلوم انها بحسب الغالب

شهادة على الناس بما يوجب فسقهم كما لا يخفى.

و إن شئت قلت: انه بعد ما لا ريب في اعتبار العدالة في الشهود انه لو كانت الشهادة بالزنا او القتل او أخذ مال الغير عدوانا او نحو ذلك غيبة محرمة، لزم عدم الاعتماد على الشهادة، فمن النصوص المتضمنة لقبولها يستفاد جواز الاغتيال في هذا الموضوع.

الاغتيال لدفع الضرر عن المقول فيه

(١) و منها دفع الضرر عن المعتاب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٦٦

فرحمة الله عليك حيا و رحمة الله عليك ميتا، الخبر (١) و يلحق بذلك الغيبة للتقية على نفس المتكلم أو ماله او عرضه او عن ثالث، فان الضرورات تبيح المحظورات.

الضرر الذى يدفع بالغيبة تارة يكون مما يجب دفعه عن الغير كما لو أراد أحد ان يقتله او يهتك عرضه، و اخرى يكون مما لا يجب دفعه، و الغيبة فى المورد الأول جائزة لما علم من الشرع من ان لذلك مفسدة لا يزاحمها شيء من مفسدات المحرمات، و أما فى المورد الثانى فلا دليل على جوازها.

و دعوى انه لو اطلع المقول فيه لرضى بالاغتيال طوعا كما عن الأستاذ الأعظم.

لا تفيد، فإن ذلك لا يوجب عدم صدق الغيبة، إذ رضاه به ليس لعدم كراهة ذكره بذلك العيب، بل لأنه أقل محذورا بنظره.

و دعوى عدم صدق الغيبة لعدم قصده الانتقاص.

مندفعة بما تقدم من عدم دخله فى مفهومها.

(١) قوله و عليه يحمل ما ورد فى ذم زرارة من عدة أحاديث، ... الخبر «١».

ظاهره كون تلك الأحاديث «٢» دالة على جواز الغيبة لدفع الضرر.

و أورد عليه الأستاذ الأعظم بأنها اجنبية عن المقام إذ من الواضح انه لم يكن فى زرارة عيب دينى ليكون ذكره غيبة و انما ذمه الإمام عليه السلام لحفظ دمه أو شؤنه عن الإخطار.

و فيه انه يمكن ان يكون نظر المصنف قدس سره الى أن تلك النصوص تدل على جواز الغيبة بالفحوى إذ لو جاز تعيب الشخص بما ليس فيه لدفع الضرر كما نطقت به تلك النصوص، جاز تعيبه بما فيه بالأولوية.

و لكن الظاهر اختصاصها بالقسم الأول من الضرر كما لا يخفى.

(١) ما ذكره المصنف من الرواية المبينة للحمل المزبور - مذكورة فى رجال الكشى

، ج ١، ص ٣٤٩، الرقم ٢٢١، مع اختلافات كثيرة.

(٢) معجم رجال الحديث، ج ٧، ص ٢٣٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٦٧

و منها ذكر الشخص بعيه الذى صار بمنزلة الصفة المميزة (١) التى لا يعرف الا بها كالأعمش و الأعرج و الأشر و الأحول، و نحوها. و فى الحديث جاءت زينب العطاره الحولاء الى نساء رسول الله صلى الله عليه و آله (٢) و لا بأس بذلك فيما اذا صارت الصفة فى اشتها توصيف الشخص بها الى حيث لا يكره ذلك صاحبها، و عليه يحمل ما صدر عن الإمام عليه السلام و غيره من العلماء الأعلام لكن كون هذا استثناء مبنى على كون مجرد ذكر العيب الظاهر من دون قصد الانتقاص غيبة، و قد منعنا ذلك سابقا إذ لا وجه لكراهة

المغتتاب لعدم كونه إظهارا لعيب غير ظاهر و المفروض عدم قصد الذم أيضا، اللهم الا ان يقال ان الصفات المشعرة بالذم كالألقاب المشعرة به (٣) يكره الإنسان الاتصاف بها و لو من دون قصد الذم، فان اشعارها بالذم كاف في الكراهة.

الاغتياب بذكر الأوصاف الظاهرة

(١) قوله و منها: ذكر الشخص بعيه الذي صار بمنزلة الصفة.

يدل على جواز ذلك - مضافا الى عدم الخلاف فيه بل عليه سيرة العلماء حديثا و قديما -.

(٢) ما في الحسين عن الإمام الصادق عليه السلام: جاءت زينب العطاره الحولاء الى نساء رسول الله صلى الله عليه و آله «١».

و خبر الفضل بن عبد الملك قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: أحب الناس الى احياء و أمواتا أربعة: و ذكر منهم الأحول «٢». و عدم صدق الغيبة عليه موضوعا لأنها عبارة عن إظهار ما ستره الله، و إذا لم يكن المقول مستورا لم يصدق على ذكره الغيبة فلا وجه لحرمة.

نعم اذا كان ذكره بقصد التعبير حرم لذلك لا لكونه غيبة.

(٣) قوله اللهم الا ان يقال ان الصفات المشعرة بالذم.

ليس تمام موضوع الغيبة، الكراهة اذا سمع ما قيل في حقه، كي يوجب ذلك صدق

(١) روضة الكافي، ص ٩١.

(٢) الوسائل، باب ١١، من أبواب صفات القاضي، حديث ١٨.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٦٨

و منها ما حكاه في كشف الريبه عن بعض من أنه اذا علم اثنان من رجل معصية شاهداها، فاجرى أحدهما ذكرها في غيبة ذلك العاصي جاز (١) لأنه لا- يؤثر عند السامع شيئا و إن كان الأولى تنزيه النفس و اللسان عن ذلك لغير غرض من الأغراض الصحيحة خصوصا مع احتمال نسيان المخاطب لذلك أو خوف اشتهاره عنهما، انتهى.

أقول اذا فرض عدم كون ذكرهما في مقام التعبير و المذمة، و ليس هنا هتك ستر أيضا فلا وجه للتحريم و لا لكونها غيبة الا على ظاهر بعض التعاريف المتقدمة.

و منها رد من ادعى نسا ليس له (٢) فان مصلحة حفظ الأنساب اولى من مراعاة حرمة الاغتياب.

و منها القدح في مقالة باطله، و ان دل على نقصان قائلها اذا توقف حفظ حق و اضعافه الباطل عليه (٣) و أما ما وقع من بعض العلماء بالنسبة الى من تقدم عليه منهم من الجهر بالسوء من القول فلم يعرف له وجه مع شيوعه بينهم من قديم الأيام.

الغيبة على ذكر الأوصاف الظاهرة، فيحتاج جوازه الى ما يدل عليه لما تقدم من ان حقيقة الغيبة اظهار ما ستره الله فلو لم يكن مستورا لما صدق عليه الغيبة، و ان كرهه لو سمعه.

(١) و مما ذكرناه ظهر انه اذا علم اثنان من رجل معصية شاهداها فاجرى أحدهما ذكرها في غيبة ذلك العاصي جاز لعدم صدق الغيبة كما هو واضح.

الاغتياب لرد من يدعى نسا ليس له

(٢) و منها: رد من ادعى نسبا ليس له.

و ملخص القول فيه: ان من ادعى نسبا ليس له و كان الأثر مترتبا عليه من التوارث و النظر الى النساء جاز لمن هو طرف الدعوى رد ذلك كما هو الشأن في كل ما يكون من الحقوق، و أما اذا لم يترتب عليه أثر فلا تجوز الغيبة لرد هذه الدعوى، و كذا لا يجوز لغير من هو طرف الدعوى ردها بالغيبة.

و دعوى ان مصلحة حفظ الانساب من حيث هو أهم من مفسدة الغيبة كما ترى.

(٣) و مما ذكرناه في هذه الموارد ظهر حكم القدح في مقاله باطل ان دل على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٦٩

ثم انهم ذكروا موارد للاستثناء لا حاجة الى ذكرها، بعد ما قدمنا ان الضابط في الرخصة وجود مصلحة غالبية على مفسدة هتك احترام المؤمن، و هذا يختلف باختلاف تلك المصالح و مراتب مفسدة هتك المؤمن فانها متدرجة في القوة و الضعف فرب مؤمن لا يساوى عرضه شيء «من المصالح» فالواجب التحري في الترجيح بين المصلحة و المفسدة.

الرابع: يحرم استماع الغيبة بلا خلاف (١) فقد ورد السامع للغيبة أحد المغتابين و الأخبار في حرمة كثيرة الا ان ما يدل على كونه من الكبائر، كالرواية المذكورة و نحوها ضعيفة السند.

نقصان قائلها، و كذا سائر ما ذكروه من موارد الاستثناء فلا حاجة الى ذكرها.

استماع الغيبة حرام

إشارة

(١) قوله الرابع: يحرم استماع الغيبة بلا خلاف.

و قد استدل لحرمة الاستماع بجملة من النصوص:

منها النبويان: السامع للغيبة أحد المغتابين «١».

من سمع الغيبة و لم يغير كان كمن اغتاب «٢».

و منها العلويان: أحدهما: السامع للغيبة أحد المغتابين «٣».

ثانيهما: ما عن الاختصاص: نظر أمير المؤمنين عليه السلام الى رجل يغتاب رجلا عند الحسن عليه السلام ابنه قال: يا بني نزه سمعك عن مثل هذا، فانه نظر الى اخبث ما في وعائه فافرغه في وعائك «٤».

(١) المستدرک، باب ١٣٦، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٧.

(٢) المستدرک، باب ١٣٦، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٨.

(٣) كشف الرية للشهيد الثاني.

(٤) المستدرک، باب ١٣٦، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٧٠

...

و منها: حديث المناهي المتضمن انه صلى الله عليه و آله نهى عن الغيبة و الاستماع إليها «١».

و منها: ما عن كتاب الروضة عن الإمام الصادق عليه السلام: الغيبة كفر و المستمع لها و الراضى بها مشرك «٢».

و منها: حديث الرجم، لما رجم رسول الله صلى الله عليه و آله الرجل فى الزنا قال رجل لصاحبه:

هذا قعص كما يقعص الكلب، فمر النبى صلى الله عليه و آله معهما بجيفة فقال لهما: انهشأ منها، فقالا: يا رسول الله نهش جيفة! فقال: ما اصبتما من أخيكما اتنن من هذه «٣».

هذه هى جميع الأخبار الواصلة إلينا فى هذا الباب التى ادعى المصنف قدس سره كثرتها.

و لكن لا يصح الاستدلال بشيء منها لانها ضعيفة السند.

اما النبويان، و العلوى الأول، و الأخيران: فلإرسال.

و أما العلوى الثانى: فلأن صاحب الاختصاص و إن نسب القول اليه عليه السلام الظاهر ذلك فى كون الخبر معتبرا عنده، الا ان ثبوت اعتباره عنده لا يلزم ثبوته عندنا، و لعله استند الى ما لا نعتمد عليه. فتأمل.

و أما حديث المناهى: فلشعيب بن واقد، مع انه يرد على حديث الرجم: ان الظاهر ان الأمر بالنهش لم يكن لأجل الغيبة، إذ بعد كونهما عالمين بما فعل، و ظهور عيبه الدينى بإجراء الحد عليه، لم يكن ذكره غيبة.

و أما الإيراد على حديث المناهى بأنه متضمن للنهى عن عدة أمور لا تكون محرمة قطعا، فيتعين حمل النهى فيه على الكراهة.

فغير تام، إذ ما ثبت فيه عدم الحرمة ترفع اليد فيه عن ظهور النهى فى الحرمة و يبقى الباقي و يؤخذ بظهور النهى فيه.

و لكن يمكن ان يقال أن ضعف سند النصوص ينجر بالشهرة. فتأمل.

(١) الوسائل، باب ١٥٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١٣.

(٢) المستدرک، باب ١٣٦، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٦.

(٣) المستدرک، باب ١٣٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢٧.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٧١

...

و قد استدل لحرمة الاستماع بوجوه اخرى:

منها: النصوص الواردة فى رد الغيبة «١» و قد استدل بها بعض مشايخنا قال: ان فيها دلالة على حرمة الاستماع مع عدم الرد.

و فيه: ان وجوب الرد غير حرمة الاستماع، و هى انما تدل على الأول و لا تعرض لها للاستماع، و بعبارة اخرى: هى متعرضة لترتب العقاب على عدم الرد، و لكن الاستماع غير عدم الرد.

و منها: ما استند اليه المحقق التقى الشيرازى: و هو ما دل من النصوص «٢» على حرمة الرضا بوقوع الحرام، و ان الراضى بعمل قوم كالدخل فيه معهم، فإن هذه النصوص تدل بالفحوى على حرمة الاستماع على وجه الرضا.

و فيه: انها تدل على ان الراضى بالغيبة كالدخل فيها استمعها أم لا، و بعبارة اخرى: النسبة بينهما عموم من وجه، و فى المجمع: لكل واحد منهما وجود منحاز عن الآخر، فلا وجه للاستدلال بما تضمن حكم أحدهما لثبوته للآخر.

و منها: ان الاستماع اعانة على الغيبة، و الإعانة على الإثم حرام، فالاستماع حرام.

و فيه: ما تقدم من عدم حرمة الإعانة على الإثم، مع انه أخص من المدعى، إذ لو فرض عدم تأثير عدم استماع هذا الشخص فى تحقق الغيبة، كما اذا كان هناك مستمع آخر، لزم عدم الحكم بالحرمة.

و منها: ان نفس أدلة حرمة الغيبة تدل على حرمة الاستماع، لأنها لا تتحقق الا بالاستماع، و بعبارة اخرى: ان الغيبة انما تتحقق بفعل

شخصين: المتكلم و المستمع الأول

(١) الوسائل، باب ١٥٦، من أبواب أحكام العشرة.

(٢) الوسائل، باب ٥، من أبواب الأمر و النهى و ما يناسبها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٧٢

...

بإصداره و الثاني بإصغائه و تحمله، فما دل على حرمة الغيبة يدل على حرمة فعل كل منهما.

و فيه: ان الغيبة انما تتحقق بفعل المتكلم، غاية الأمر المحقق لصدقها على فعله إصغاء السامع و تحمله.

و إن شئت قلت: ان ظاهر الأدلة حرمة إصدار الغيبة، و هي غير ملازمة لحرمة الاستماع و إن كان بينهما تلازم خارجا.

فتحصل: ان الدليل على حرمة الاستماع منحصر بالنصوص المتقدمة إن صح سندها.

و قد يقال كما عن الأستاذ الأعظم: بأنه على فرض صحة الروايات المتقدمة الظاهرة في حرمة استماع الغيبة مطلقا لا بد من تقييدها

بالروايات المتكثرة الظاهرة في جواز استماعها لردّها عن المقول فيه و تخصيصها بصورة السماع القهري خلاف الظاهر منها على انه

أمر نادر، و عليه فيحرم استماع الغيبة مع عدم الرد.

يرد على ما أفاده: ان نصوص وجوب الرد غير متعرضة لحكم الاستماع، و انما تدل على وجوب الرد و مقتضى إطلاقها وجوب الرد

حتى لو فرض حرمة الاستماع.

و إن شئت قلت: ان وجوب الرد ليس مطلقا كى يجب تحصيل مقدماته الوجودية التى منها الاستماع، بل يكون وجوبه مشروطا

بالاستماع، أو السماع القهري، فليست متعرضة لحكم الشرط، و على ذلك فمقتضى إطلاقها الوجوب حتى إذا كان الاستماع محرما.

ثم انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا دلالتها على وجوب الرد فى صورة جواز الشرط، فهى تختص بصورة السماع القهري و هو لو سلم

كونه نادرا، مع انه محل منع كما لا يخفى، لا يكون ذلك مانعا عن الاختصاص، إذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجن.

و أما ورود الدليل لبيان حكم فرد نادر فلا محذور فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٧٣

ثم المحرم سماع الغيبة المحرمة دون ما علم حليتها (١) و لو كان متجاهرا عند المغتاب مستورا عند المستمع. و قلنا بجواز الغيبة حينئذ

للمتكلم، فالمحكى جواز الاستماع مع احتمال كونه متجاهرا لامع العلم بعدمه.

جواز الغيبة لا يلزم جواز استماعها

(١) قوله ثم المحرم سماع الغيبة المحرمة دون ما علم حليتها.

و هل تختص حرمة الاستماع بما اذا حرم الاغتياب، أم تعم صورة جوازه، أم يفصل، بين علم السامع بالحلية فيجوز، و بين جهله بها فلا

يجوز؟ فيه وجوه و أقوال:

و حق القول فى المقام يقتضى البحث فى مواضع:

الأول: أنه هل يلزم جواز الغيبة واقعا مع جواز الاستماع أم لا.

الثانى: أنه اذا لم يحرز السامع كونه جائز الغيبة بنحو يجوز الاستماع هل يجوز له الاستماع أم لا؟ الثالث: أنه اذا أحرز عدم كونه جائز

الغيبه و لكن احتمال أو علم أن المغتاب معتقد لجواز الاغتيا ب هل يجوز له الاستماع أم لا؟ أما الموضوع الأول: فمحصل القول فيه: ان جواز الغيبه يتصور على أنحاء.

الأول: ان لا تصدق الغيبه شرعا على ذكر ما فى المقول فيه من العيب، كما اذا كان متجاهرا، أو كان المقول من الأوصاف الظاهره، ففى هذا المورد يجوز الاستماع لعدم كونه استماعا للغيبه.

الثانى: ان تجوز الغيبه للمغتاب، و لكن كان هناك ملازمه عرفيه بين جوازها له و جواز الاستماع، كما فى تظلم المظلوم، فإن أهل العرف يفهمون من جواز تظلمه و لو عند من لا يرجو منه إزالة الظلم عنه جواز الاستماع، و فى هذا المورد أيضا يجوز الاستماع.

الثالث: ان تجوز الغيبه بمناط يقتضى ذلك المناط بعينه جواز الاستماع، كما فى الغيبه فى مورد الاستفتاء فيجوز الاستماع.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٢، ص: ٧٤

...

الرابع: أن تجوز الغيبه للمغتاب لوجود أحد موانع التكليف فيه ككونه صبيا او مجنونا أو مكرها عليه، و فى هذا المورد لا- يجوز الاستماع، و ذلك لأن نصوص حرمة الاستماع مطلقه شامله لها، أما غير ما تضمن ان السامع أو المستمع أحد المغتابين فواضح، و أما ما تضمن ذلك فكذلك ان قرأ مغتابين بصيغه الجمع، فإنه يدل حينئذ على ان السامع مشترك مع المغتابين فى الحكم، و إن السامع كأنه متكلم بها، فإن لم يجز له التكلم بها لم يجز سماعها، و إن قرأ بصيغه التثنيه.

فقد يتوهم انه يدل حينئذ على ان السامع للغيبه منزل منزله المتكلم بها فى الحكم، فإن جاز له التكلم جاز لهذا الاستماع.

و لكنه غير تام، بل الظاهر منه على هذا التقدير إرادة بيان مشاركة السامع للمتكلم فى الحكم من جهه ان الغيبه توجد بفعلها، هذا بتكلمه و ذاك باستماعه، فهما كما يشتركان فى ايجاد الغيبه يشتركان فى الحكم، و عليه فحيث ان كلا منهما حينئذ مكلف بترك ما هو فعله و المحرم عليه فعل نفسه لاما يتحقق بفعلها معا كما هو واضح، فلكل منهما حكم يخصه، فجوازه لأحدهما لا يلزم جوازه للآخر، فيحرم الاستماع فى هذا المورد و يجب الرد.

و أما الموضوع الثانى: فإن شك فى صدق الغيبه على ما تكلم به، كما اذا احتمال كونه متجاهرا بالفسق، جاز الاستماع للأصل، و ليس المورد موردا للتمسك، بعموم أدله حرمة الاستماع للشك فى صدق الموضوع، و لا- يمكن إحراز صدقه بالأصل لما تقدم فى المستثنيات من أن هذا الأصل مثبت، و إن أحرز صدقه و لكن شك فى عروض أحد المسوغات الاخر، فإن كان هناك أصل موضوعى قاض بعدمه يدخل بذلك فى المطلقات فيحرم الاستماع، و إلا فالمرجع هى أصالة البراءة.

و مما ذكرناه ظهر حكم الموضوع الثالث و هو عدم جواز الاستماع.

و فى جميع هذه المواضع لا- يجب النهى أما فى الأولين فلعدم كون صدور الفعل منكرا، و أما فى الثالث فلا إمكان عدم كونه منكرا فيحمل فعل القائل على الصحه، و التمسك بأدله النهى عن المنكر لا ثبات وجوب الردع تمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه له و هو لا يجوز بالاتفاق.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٢، ص: ٧٥

قال: فى كشف الربيه اذا سمع أحد مغتابا لآخر و هو لا يعلم المغتاب مستحقا للغيبه و لا عدمه قيل: (١) لا- يجب نهى القائل لامكان الاستحقاق، فيحمل فعل القائل على الصحه ما لم يعلم فساده و لان ردعه يستلزم انتهاك حرمة و هو أحد المحرمين.

ثم قال: و الأولى التنزه عن ذلك حتى يتحقق المخرج منه لعموم الأدله و ترك الاستفصال فيها، و هو دليل ارادة العموم حذرا من الاغراء بالجهل و لأن ذلك لو تم لتمشى فيمن يعلم عدم استحقاق المقول عنه بالنسبه الى السامع مع احتمال اطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقالته، و هو هدم قاعدة النهى عن الغيبه، انتهى.

أقول: والمحكى بقوله قيل: لا دلالة فيه على جواز الاستماع، وإنما تدل على عدم وجوب النهي عنه، ويمكن القول بحرمة استماع هذه الغيبة مع فرض جوازها للقائل، لأن السامع أحد المغتابين، فكما أن المغتاب يحرم عليه الغيبة إلا إذا علم التجاهر المسوغ. فكذلك السامع يحرم عليه الاستماع إلا إذا علم التجاهر. وأما نهى القائل فغير لازم مع دعوى القائل العذر المسوغ بل مع احتمالها في حقه وإن اعتقد الناهي عدم التجاهر.

(١) قوله قال في كشف الريبه إذا سمع أحد مغتابا لآخر... قيل لا يجب.

بعد ما عرفت ما هو الحق عندنا في هذا المقام، لا بأس ببيان ما قاله المصنف قدس سره.

لوقوع الاشتباه من بعض المحققين في فهم مراده قدس سره.

وحاصله أنه حكى الشهيد عن بعض أنه قال: لو سمع أحد يغتاب آخر، واحتمل كونه جائر الغيبة ليس له النهي عنه لا مكان استحقاق المقول فيه، فيحمل فعل المسلم على الصحة ما لم يعلم فساده.

وأورد عليه الشهيد قدس سره: بأن مقتضى عموم الأدلة وترك الاستفصال فيها ج الذي هو دليل ارادة العموم حذرا من الاغراء بالجهل - هو وجوب الرد وعدم جواز الاستماع،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٧٦

نعم لو علم عدم اعتقاد القائل بالتجاهر وجب رده هذا، ولكن الأقوى جواز الاستماع إذا جاز للقائل لأنه قول غير منكر فلا يحرم الاصغاء إليه للأصل والرواية على تقدير صحتها تدل على أن السامع لغيبة كقائل تلك الغيبة، فإن كان القائل عاصيا كان المستمع كذلك فيكون دليلا على الجواز فيما نحن فيه.

نعم لو استظهر منها أن السامع للغيبة كأنه متكلم بها فإن جاز للسامع التكلم بغيبة جاز سماعها، وإن حرم عليه حرم سماعها أيضا كانت الرواية على تقدير صحتها دليلا للتحريم فيما نحن فيه لكنه خلاف الظاهر من الرواية على تقدير قراءة المغتابين بالثنية وإن كان هو الظاهر على تقدير قراءته بالجمع لكن هذا التقدير خلاف الظاهر، وقد تقدم في مسألة التشبيب أنه إذا شك السامع في حصول شرط حرمة من القائل لم يحرم استماعه فراجع.

ثم أنه يظهر من الأخبار المستفيضة وجوب رد الغيبة.

فعن المجالس بإسناده عن أبي ذر (رضوان الله عليه) عن النبي صلى الله عليه وآله من اغتیب عنده أخوه المؤمن وهو يستطيع نصره فنصره، نصره الله تعالى في الدنيا والآخرة، وإن خذله وهو يستطيع نصره خذله الله في الدنيا والآخرة.

ونحوها عن الصدوق بإسناده عن الصادق عليه السلام عن آبائه في وصية النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام.

وعن عقاب الأعمال بسنده عن النبي صلى الله عليه وآله من رد عن أخيه غيبة سمعها في مجلس رد الله عنه الف باب من الشر في الدنيا والآخرة.

فإن لم يرد عنه وأعجبه كان عليه كوزر من اغتابه.

وعن الصدوق بإسناده عن الصادق عليه السلام في حديث المناهي عن النبي صلى الله عليه وآله من تطول على أخيه في غيبة سمعها فردها عنه، رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا والآخرة، فإن هو لم يردا وهو قادر على ردها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرة، الخبر.

ولعل وجه زيادة عقابه أنه إذا لم يرد تجرى المغتاب فيصر على هذه الغيبة وغيرها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٧٧

والظاهر أن الرد غير النهي عن الغيبة (١) والمراد به الانتصار للغائب بما يناسب تلك الغيبة.

على انه لو تم ذلك لتمشى فيمن يعلم عدم استحقاق المقول عنه بالنسبة الى السامع لاحتمال اطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقالته، و هو هدم قاعدة النهى عن الغيبة.

و أجاب عنه المصنف قدس سره بأن فيما ذكره الشهيد قدس سره خلطا بين عدم الاستماع ورد الغيبة، و بين النهى عنها، و الذى نفاه القائل هو لزوم النهى و هو لم ينف الأول كى يرد عليه ما ذكر.

و حيث ان النسبة بين حرمة الاستماع و وجوب النهى عنها عموم من وجه، إذ قد يجب النهى و لا يحرم الاستماع كما اذا كان هناك أحد المسوغات، و لكن المغتاب معتقد لعدمه، و قد يحرم الاستماع و يجب الرد و لا- يجب النهى عنها، كما اذا كان الفعل جائزا للمغتاب لكونه صبيا مثلا، و قد يجتمعان.

فإذا شك فى استحقاق المقول فيه الغيبة لم يجز استماعها، لأن السامع أحد المغتابين، فكما ان المغتاب تحرم عليه الغيبة إلا اذا علم التجاهر المسوغ، فكذلك السامع يحرم عليه الاستماع إلا اذا علم التجاهر، و لكن لا يجب نهى القائل لاحتمال وجود المسوغ. ثم انه قدس سره اختار اخيرا جواز الاستماع لوجه آخر و حيث انه واضح المراد و جوابه ظاهر مما قدمناه فلا نطيل بذكره و ما فيه. كما انه قدس سره افتى بوجوب رد الغيبة و استدلل له بطائفة من النصوص المعتمدة واضحة الدلالة فلا وجه لاطالة الكلام فى ذلك ايضا.

(١) قوله ان الرد غير النهى عن الغيبة.

و أورد عليه المحقق الايروانى قدس سره بأن الظاهر انه عينه، فإن الرد هو المنع و الدفع، و ظاهر الأخبار رد القول لارد المعنى المقول و إبطاله.

و لكن الأظهر ما أفاده المصنف قدس سره إذ مضافا الى انه الظاهر من رد الغيبة، يشهد له ما فى بعض النصوص من التعبير عنه بالانتصار للمغتاب، و التعبير عن عدم الرد بالخذلان، و

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٧٨

فان كان عيبا دنيويا انتصر له (١) بأن العيب ليس الا ما عاب الله به من المعاصى التى من أكبرها ذكر كرك أخاك بما لم يعبه الله و إن كان عيبا دينيا وجهه بمحامل تخرجه عن المعصية، فإن لم يقبل التوجيه انتصر له بأن المؤمن قد يتلى بالمعصية، فينبغى ان يستغفر له و يهتم له لا ان تعير عليه و ان تعيرك اياه لعله أعظم عند الله من معصيته و نحو ذلك. ثم انه قد يتضاعف عقاب المغتاب اذا كان ممن يمدح المغتاب فى حضوره. (٢)

معلوم ان النهى عن الغيبة ليس انتصارا له و لا عدمه خذلانا كما لا يخفى. و مبتنيا على ذلك.

(١) قال قدس سره: فان كان عيبا دنيويا انتصر له.

و قد علق المحقق التقى الشيرازى على هذا: بأن المراد بالرد تكذيب المغتاب (بالكسر) إن أمكن، و إن انتسابه اليه مخالف للواقع اعتمادا على عدم وقوع المقول و حملا لفعل المسلم على الصحيح، قال: و يشير الى ذلك قوله عز من قائل (لو لا إذ سمعتموه ظن المؤمنون و المؤمنات بأنفسهم خيرا و قالوا هذا إفك مبين) «١».

و قوله تعالى: (فإذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) «٢» و قوله تعالى: (و لو لا إذ سمعتموه قلتم ما يكون لنا أن نتكلم بهذا سبحانك هذا بهتان عظيم) «٣».

ثم قال: ان ما فى الكتاب يكون راجعا الى تصديق وقوع الفعل و هو محرم، نعم لا بأس بإرادته مقيدا بعدم امكان التكذيب.

(٢) صرح جماعة منهم المصنف قدس سره بانه قد يتضاعف عقاب المغتاب إذا كان ممن يمدح المغتاب في حضوره.

(١) النور، ١٣.

(٢) النور، ١٤.

(٣) النور: ١٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٧٩

و هذا و إن كان في نفسه مباحا (١) إلا أنه اذا انضم مع ذمه في غيبته سمى صاحبه ذو اللسانين، و تأكد حرمة. و لذا ورد في المستفيضة انه يجئ ذو اللسانين يوم القيامة و له لسانان من النار، فان لسان المدح في الحضور و إن لم يكن لسانا من نار الا انه اذا انضم الى لسان الذم في الغياب صار كذلك. و عن المجالس بسنده عن حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله من مدح اخاه المؤمن في وجهه و اغتابه من ورائه فقد انقطعت العصمة بينهما.

و عن الباقر عليه السلام بثس العبد عبد يكون ذا وجهين و ذا لسانين يطرى أخاه شاهدا و يأكله غائبا ان اعطى حسده، و ان ابتلى خذله.

و اعلم أنه قد يطلق الاغتياب على البهتان (٢)

و فيه: انه لا كلام في دلالة النصوص، على ان ذا اللسانين يستحق عقابين، إلا ان الظاهر ان أحد العقابين ليس لما أفاده المصنف قدس سره و استحسنة الأستاذ.

(١) و هو المدح في الحضور الذي هو مباح في نفسه.

بدعوى انه اذا كان مسبقا بالذم أو ملحقا به كان من الجرائم الموبقة و يوجب كون الانسان ذا لسانين و منافقا، و ذلك لأن مجرد ذكر الصفات الحسنه في الحضور و ذكر الصفات الذميمة في الغياب، أو ذكر الأعمال الحسنه في الحضور و الأعمال القبيحة في الغياب لا يوجب صدق عنوان ذي اللسانين عليه كى يحتاج الى هذا التوجيه.

بل صدق هذا العنوان انما يكون بمدح الشخص في حضوره بأن له صفة حسنة أو عملا حسنا و ذمه في غيابه بثبوت ضدها له، أو مدحه في الحضور بنحو يشعر بعدم ثبوت صفة ذميمة له، و عليه فحيث ان لسان المدح في الحضور يكون غالبا لسان الكذب بعد عدم إمكان صدقه في اللسانين، فيكون أحد العقابين للكذب، و الآخر للغيبه، فتدبر، فإن لازم ذلك عدم صدق هذا العنوان على من مدح الشخص في حضوره بما فيه، و ذمه في الغياب بإثبات ضده له، و هو كما ترى.

(٢) قد عرفت في أول هذا المبحث ان الغيبه هي اظهار ما ستره الله، و البهتان هو أن تقول فيه ما ليس فيه فلا تصدق الغيبه على البهتان، إلا على بعض التفاسير، غير التام،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٠

و هو أن يقال في شخص ما ليس فيه، و هو أغلظ تحريما من الغيبه و وجهه ظاهر لأنه جامع بين مفسدتي الكذب و الغيبه و يمكن القول بتعدد العقاب من جهة كل من العنوانين و المركب. (١)

و في رواية علقمة عن الصادق عليه السلام حدثني أبي عن آبائه عن رسول الله صلى الله عليه و آله انه قال: من اغتاب مؤمنا بما فيه لم يجمع الله في الجنة أبدا، و من اغتاب مؤمنا بما ليس فيه فقد انقطعت العصمة بينهما، و كان المغتاب خالدا في النار و بثس المصير.

خاتمة: في بعض ما ورد من حقوق المسلم على أخيه. (٢)

و اطلاقها عليه في خبر علقمة، الذي هو ضعيف السند لا بد من حمله على ارادة نوع من التجوز، لعدم صلاحيته لمعارضه ما تقدم.
(١) قوله لانه جامع بين مفسدتي الكذب و الهتك ...

غايه ما يمكن أن يقال في توجيه كلامه ما أفاده المحقق التقي قدس سره قال: إن من ذكر المؤمن بنقص ليس فيه فيصدق عليه الكذب باعتبار عدم مطابقته للواقع، و الغيبة بالمعنى الأعم باعتبار ذكر النقص، و البهتان باعتبار اجتماع العنوانين المعبر عنه بالبهتان فيعاقب بثلاثة عقاب.

و لكن يرد عليه ان البهتان ليس مورد اجتماع العنوانين لأن الغيبة غير البهتان كما عرفت.

حقوق الاخوان

(٢) قوله خاتمة في بعض ما ورد «١» من حقوق المسلم.

النصوص المثبتة لحقوق كثيرة على الأخ و إن كانت كثيرة، إلا ان ما ذكره المصنف من خبر الكراجكي المشتمل على ان للمؤمن على أخيه ثلاثين حقاً، ضعيف السند لأن في سنده الحسين بن محمد بن علي الصيرفي البغدادي.

(١) الوسائل، باب ١٢٢، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨١

ففي صحيحه مرآزم عن أبي عبد الله عليه السلام ما عبد الله بشيء أفضل من أداء حق المؤمن.

و روى في الوسائل و كشف الريبة عن كثر الفوائد للشيخ الكراجكي عن الحسين بن محمد بن علي الصيرفي عن محمد بن علي الجعابي عن القاسم بن محمد ابن جعفر العلوي عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله للمسلم على أخيه ثلاثون حقاً لا براءة إلا بأدائها أو العفو:

١- يغفر زلته، ٢- و يرحم عبرته، ٣- و يستر عورته، ٤- و يقبل عثرته، ٥- و يقبل معذرتة، ٦- و يرد غيبته، ٧- و يديم نصيحته، ٨- و يحفظ خلته، ٩- و يرعى ذمته، ١٠- و يعود مرضه، ١١- و يشهد ميتة، ١٢- و يجيب دعوته، ١٣- و يقبل هديته، ١٤- و يكافي صلته، ١٥- و يشكر نعمته، ١٦- و يحسن نصرته، ١٧- و يحفظ حليلته، ١٨- و يقضى حاجته، ١٩- و يستنجح مسألته، ٢٠- و يسمت عطسته، ٢١- و يرشد ضالته، ٢٢- و يرد سلامه، ٢٣- و يطيب كلامه، ٢٤- و يبر انعامه، ٢٥- و يصدق أقسامه، ٢٦- و يوالي وليه، ٢٧- و لا يعاديه، ٢٨- و ينصره ظالماً و مظلوماً.

فأما نصرته ظالماً فيرده عن ظلمه و أما نصرته مظلوماً فيعيه على أخذ حقه، ٢٩- و لا يسلمه و لا يخذله، ٣٠- و يحب له من الخير ما يحب لنفسه و يكره له من الشر ما يكره لنفسه.

ثم قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله يقول: إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له عليه و الأخبار في حقوق المؤمن كثيرة، و الظاهر ارادة الحقوق المستحبة التي ينبغي أداؤها و معنى القضاء لذئها على من هي عليه «عليها» المعاملة معه معاملة من أهملها بالحرمان عما أعد لمن أدى حقوق الأخوة.

ثم ان ظاهرها و إن كان عاماً إلا انه يمكن تخصيصها بالأخ العارف بهذه الحقوق المؤدى لها بحسب اليسر (١) أما المؤمن المضيق لها فالظاهر عدم تأكد مراعاة هذه الحقوق بالنسبة اليه و لا يوجب إهمالها مطالبته يوم القيامة لتحقق المقاصد، فان التهاثر يقع في الحقوق كما يقع في الأموال.

(١) قوله الا انه يمكن تخصيصها بالاخ العارف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٢

...

و إن كان في كلامه مسامحة، فإن مراده على ما يشعر به الاستدلال بتحقيق المقاصد، إن عدم قيام الآخر بما يقتضيه الأخوة، و تضييعه للحقوق التي تكون من مقتضيات الأخوة، مانع عن تأكد مراعاة هذه الحقوق بالنسبة اليه. لا ان رجحان القيام مشروط بقيام الآخر.

حتى يرد عليه ان لازم ذلك انه لو لم يقم الطرفان بها كانا معذورين، لعدم تحقق الشرط، و هو باطل بالضرورة، الا ان ما ذكره متين. و يقتضيه جملة من الآيات:

كقوله تعالى (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) «١».

و قوله تعالى: (فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِقِبْتُمْ بِهِ) «٢».

و قوله تعالى: (وَ الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ) «٣».

و يشهد له، مضافا الى ذلك بعض النصوص التي استدلت بها.

و هو ما رواه الكليني بسند صحيح عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام الاخوان صنفان، إخوان الثقة و اخوان المكاشرة، فاما اخوان الثقة، فهم كالكف و الجناح و الأهل و المال فاذا كنت من أخيك على ثقة فابذل له مالك و يدك و صاف من صافه و عاد ما عاداه و اکتتم سره و عيبه و أظهر منه الحسن، و اعلم ايها السائل انهم اعز من الكبريت الأحمر، و أما اخوان المكاشرة فانك تصيب منهم لذتك فلا تقطعن ذلك منهم و لا تطلبن ما وراء ذلك من ضميرهم و ابذل لهم ما بذلوا لك من طلاقة الوجه و حلاوة اللسان «٤».

فانه يدل على ان حقوق الأخوة من كتمان السر و العيب و اظهار الحسن و غيرهما انما تكون مطلوبة، لو كان الطرف من اخوان الثقة و أما لو كان من اخوان المكاشرة غير القائمين بها فلا تكون هي مأمورا بها، بل قوله و ابذل لهم ما بذلوا الخ، كالصريح في ارادة ان كل حق من الحقوق أهمله الآخر بالنسبة الى الانسان للانسان ايضا اهماله. و أما ساير النصوص فستعرف ما في الاستدلال بها.

(١) سورة البقرة، آية ١٩٥.

(٢) سورة النحل، آية ١٢٧.

(٣) سورة البقرة، آية ١٩٥.

(٤) الوسائل، باب ٣، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٣

و قد ورد في غير واحد من الأخبار ما يظهر منه الرخصة في ترك هذه الحقوق لبعض الاخوان بل لجميعهم إلا القليل.

فعن الصدوق قدس سره في الخصال و كتاب الاخوان و الكليني بسندهما عن أبي جعفر عليه السلام قال: قام إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل بالبصرة فقال: اخبرنا عن الاخوان، فقال عليه السلام: الاخوان صنفان: اخوان الثقة و اخوان المكاشرة.

فاما اخوان الثقة فهم كالكف و الجناح و الأهل و المال فاذا كنت من أخيك على ثقة فابذل له مالك و يدك و صاف من صافه و عاد من عاداه و اکتتم سره و عيبه و أظهر منه الحسن، و اعلم ايها السائل انهم اعز من الكبريت الأحمر.

و أما اخوان المكاشرة فانك تصيب منهم لذتك فلا تقطعن ذلك منهم و لا تطلبين ما وراء ذلك من ضميرهم و ابذل لهم ما بذلوا لك من طلاقة الوجه، و حلاوة اللسان.

و فى رواية عبد الله الحلبي المروية فى الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا تكون الصداقة الا بحدودها فمن كان فيه هذه الحدود او شىء منها فانسبه الى الصداقة و من لم يكن فيه شىء منها فلا تنسبه الى شىء من الصداقة.

فأولها: ان تكون سريرته و علانيته لك واحدة.

و الثانية: أن يرى زينك زينه و شينك شينه.

و الثالثة: أن لا تغيره عليك ولا يه و لا مال.

و الرابعة: أن لا يمنعك شيئا تناله و قدرته.

و الخامسة: و هى مجمع هذه الخصال أن لا يسلمك عند النكبات.

و لا يخفى انه اذا لم يكن الصداقة لم يكن الأخوة (١) فلا بأس بترك الحقوق المذكورة بالنسبة اليه.

و فى نهج البلاغة لا يكون الصديق صديقا حتى يحفظ أخاه فى ثلاث، فى نكبته و فى غيبته و فى وفاته.

(١) الصداقة أخص من الأخوة، و يشير اليه مضافا الى وضوحه، ما فى نهج البلاغة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٤

و فى كتاب الاخوان بسنده عن الوصافى عن أبى جعفر عليه السلام قال قال لى:

أ رأيت من كان قبلكم اذا كان الرجل ليس عليه رداء و عند بعض اخوانه رداء يطرحه عليه، قلت: لا، قال: فاذا كان ليس عنده إزار يوصل اليه بعض اخوانه بفضل ازاره حتى يجد له إزارا قلت لا، قال: فضرب بيده على فخذه،، و قال: ما هؤلاء ياخوة.

دل على من لا يواسى المؤمن ليس بأخ له فلا يكون له حقوق الاخوة (١)

المذكورة فى روايات الحقوق و نحوه، رواية ابن أبى عمير عن خلاد رفعه قال: ابطأ على رسول الله صلى الله عليه و آله رجل فقال: ما ابطأ بك، قال: العرى يا رسول الله فقال: أما كان لك جار له ثوبان يعيرك أحدهما، فقال: بلى يا رسول الله قال: ما هذا لك بأخ.

و فى رواية يونس بن ظبيان قال: قال ابو عبد الله عليه السلام اختبروا اخوانكم بخصلتين فان كانتا فيهم و الا- فاغرب ثم اغرب: المحافظ على الصلوات فى مواقيتها، و البر فى الاخوان فى اليسر و العسر. (٢)

لا يكون الصديق صديقا حتى يحفظ أخاه فى ثلاث «١» فنفى الصداقة لا يدل على نفى الأخوة.

(١) بعد ما لا ريب فى ثبوت حقوق الأخوة اللزومية له كمحرمة غيبته، لا مناص عن حمل الخبرين على ارادة نفى الكمال، كما فى لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد. و عليه فلا يدلان على عدم ثبوت حقوق الأخوة المذكورة فى روايات الحقوق كما لا يخفى.

(٢) و فيه مضافان الى ضعف سند الخبر، انه يدل على عدم المجالسة مع من ليس فيه هاتان الخصلتان فإن المجالسة مؤثرة فهو اجنبى عن المقام.

(١) نهج البلاغة، ٤٩٤، الحكمة رقم ١٣٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٥

إشارة

و يدل عليه الكتاب و السنة المتواترة و هو بكسر القاف كما عن بعض أهل اللغة الرهن على اللعب بشيء من الآلات المعروفة (٢) و حكى عن جماعة انه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقا و لو من دون رهن و به صرح في جامع المقاصد، و عن بعض ان أصل المقامرة المغالبة.

حرمة القمار

(١) قوله الخامسة عشرة القمار حرام اجماعا.

و تنقيح القول فيه يقع أولا: في القمار موضوعا، ثم في بيان حكمه:

أما الأول فالكلام فيه في موردين:

الأول في أصل المعنى الموضوع له.

الثاني: في حدوده و قيوده.

أما المورد الأول: فالمعاني المحتملة له أربعة: نفس الآلات، و المال المجعول في المعاملة، و اللعب بها، و المعاملة الواقعة على اللعب بها.

أما المعنيان الأولان: فالظاهر انهما أجنيان عن معنى القمار، إذ مضافا الى تصريح اللغويين بأنه اللعب بالآلات مع الرهن أو بدونه، أو المراهنة على اختلاف تعابيرهم. انه مصدر من المفاعلة و المناسب للمعنى المصدرى أحد المعنيين الأخيرين كما لا يخفى. نعم في خبر أبي الجارود «١» أطلق القمار على نفس الآلات، لكنه مضافا الى ضعف سنده و معارضته مع النصوص الاخر المتضمنة ان كل ما قورم به فهو الميسر، الظاهرة في ان القمار هو فعل المكلف، الاستعمال أعم من الحقيقة.

(٢) و الاظهر بحسب المتفاهم العرفي هو المعنى الثالث، و قد صرح به جمع من أئمة اللغة.

و أما المورد الثاني: فالظاهر ان القمار لا يصدق على اللعب بدون الرهان كما يظهر لمن راجع الاستعمالات العرفية و كلمات اللغويين، ففي مجمع البحرين: أصل القمار الرهن

(١) الوسائل، باب ١٠٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٦

...

على اللعب بشيء، و في القاموس: تقمره رهنه فغلبه، و نحوه ما عن لسان العرب، و في المنجد:

القمار كل لعب يشترط فيه أن يأخذ الغالب من المغلوب شيئا كان بالورق أو غيره.

و لا ينافيه ما عن ظاهر الصحاح و المصباح و التكملة و الذيل. انه قد يطلق على اللعب بها مطلقا مع الرهن و دونه، فانه لو لم يدل على انه موضوع للعب بها مع الرهن، و ان اطلاقه على اللعب بدونه نادر و مجاز، لا يدل على انه بنحو الحقيقة.

و لو تنزلنا عن ذلك فلا أقل من الشك في صدقه بدونه، فيتعين الأخذ بالقدر المتيقن.

و لا يعتبر في صدقه أن يكون اللعب بالآلات المعدة للقمار بحيث لا منفعة لها غير القمار و لا بالآلات المعروفة الشاملة لها و لغيرها كالأخاتم و الجوز و البيض التي تعارف اللعب بها و لها منافع شائعة اخر.

لما نرى من صدق القمار على اللعب بكل شيء مع الرهن، من دون عناية و علاقة.

كما يظهر لمن راجع مرادف هذا اللفظ في سائر اللغات.

و لتصريح أكثر اللغويين بذلك.

و لما في جملة من النصوص من التصريح بالتعميم.

ففي صحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام: النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزلة واحدة و كل ما قومر عليه فهو ميسر

«١».

و في خبر جابر عن الإمام الباقر عليه السلام: قيل يا رسول الله ما الميسر؟ قال: كل ما تقومر به حتى الكعاب و الجوز «٢».

و نحوهما غيرهما.

فالمتحصل مما ذكرناه: ان القمار هو اللعب بأى شيء كان بشرط الرهن.

(١) الوسائل، باب ١٠٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٧

و كيف كان فهنا مسائل أربع لأن اللعب قد يكون بالآلات القمار مع الرهن، و قد يكون بدونه، و المغالبة بغير آلات القمار قد تكون مع

العوض و قد تكون بدونه.

فالأولى: اللعب بالآلات القمار مع الرهن و لا إشكال في حرمة و حرمة العوض (١) و الاجماع عليه محقق و الأخبار به متواترة.

اللعب بالآلات المعدة للقمار مع الرهن

المقام الثاني: في حكمه.

و المراد بحكمه ليس هو حرمة بيع الآلات المعدة للقمار وضعا و تكليفا، إذ الكلام في ذلك قد تقدم في النوع الثاني مفصلا، بل

المراد به في المقام هو حرمة اللعب بها.

و تنقيح القول في ذلك انما هو في ضمن مسائل.

(١) الاولى: لا خلاف بين علماء الإسلام في حرمة اللعب بالآلات المعدة للقمار مع الرهن، بل هي من ضروريات الإسلام، و تشهد له

الآيات الشريفة «١» و النصوص المتواترة «٢».

و ما ذكره المحقق الإيرواني قدس سره من انه لو كان القمار معناه المعاملة و المراهنة فلا يكون نفس اللعب حراما الا اذا كان اجماع

على حرمة ايضا، غريب.

إذ مضافا الى ان عليها الاجماع، تشهد لحرمة الآيات و النصوص المتضمنة للنهي عن اللعب بالشطرنج و النرد و سائر آلات القمار.

و من هذا القبيل المعاملة المعروفة في هذا العصر الواقعة على ما يسمى في الفارسية ب (بليط بخت آزماي) فإن ذلك الورق أعد لهذه

المراهنة و المغالبة، فهي حرام، و العوض المأخوذ سحت، و قد اشبعنا الكلام فيها في كتابنا المسائل المستحدثة.

(١) المائدة، آية ٩١- و البقرة، آية ١٨٤.

(٢) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب ما يكتسب به، و راجع الأبواب ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤ و غير من الأبواب منها و راجع كتب الحديث غير

ما اشرنا اليه كالمستدرك و البحار و غيرهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٨

الثانية: اللعب بالآلات القمار من دون رهن (١) و في صدق القمار عليه نظر لما عرفت (٢) و مجرد الاستعمال لا يوجب إجراء الأحكام المطلقات و لو مع البناء على أصالة الحقيقة في الاستعمال لقوة انصرافها الى الغالب من وجود الرهن في اللعب بها. (٣) و منه تظهر الخدشة في الاستدلال على المطلب بإطلاق النهي عن اللعب بتلك الآلات بناء على انصرافه الى المتعارف من ثبوت الرهن، نعم قد يبعد دعوى الانصراف في رواية أبي الربيع الشامي عن الشطرنج و النرد، قال عليه السلام: لا تقربوهما قلت: فالغناء قال: لا خير فيه لا تقربه.

اللعب بالآلات المعدة للقمار بدون الرهن

(١) المسألة الثانية: في اللعب بالآلات المعدة للقمار بدون الرهن.

ففي جامع المقاصد: لا ريب في تحريم اللعب بذلك و إن لم يكن رهن. و عن المستند: نفى الخلاف فيه.

و قد استدل للحرمة بوجهين:

أحدهما: الأدلة الناهية عن القمار من الآيات و الروايات.

و أورد عليه المصنف قدس سره بوجهين:

(٢) الاول: ان في صدق القمار على اللعب بدون الرهن نظرا.

و لكن قد عرفت عدم الصدق.

(٣) الثاني: انصرف القمار على فرض صدقه عليه عنه.

و فيه: ان منشأ الانصراف سواء كان هو قلة الوجود أو قلة الاستعمال، يرد عليه:

أولا: منع تلك، فإن اللعب بها بدون الرهن كثير، كما ان الاستعمال فيه كذلك.

و ثانيا: ان الانصراف الناشئ من قلة الوجود أو قلة الاستعمال لا يوجب تقييد المطلقات و لا يعتنى به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٨٩

و الأولى الاستدلال على ذلك بما تقدم في رواية تحف العقول من ان ما يجيء منه الفساد محضاً لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات. (١)

و في تفسير القمي عن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام في قوله: (إنما الخمر و الميسر و الأنصاب و الأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال اما الخمر فكل مسكر من الشراب الى ان قال: و أما الميسر فالنرد و الشطرنج و كل قمار ميسر الى أن قال و كل هذا يبيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام محرم. (٢)

ثانيهما: النصوص الناهية عن اللعب بالنرد و الشطرنج و غيرهما من آلات القمار كصحيح ابن خلد، و خبر أبي الربيع المتقدمين، و غيرهما من النصوص الواردة في تفسير الميسر و غيرها.

و أورد عليه المصنف قدس سره بأنها منصرفه الى اللعب بها مع الرهن، و قد عرفت ما فيه.

و قد استدل المصنف قدس سره له بوجوه:

(١) الاول: قوله عليه السلام في خبر تحف العقول: ان ما يجي منه الفساد محضا لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات «١».

وفيه: أولا: انه ضعيف السند كما تقدم في أول الكتاب.

و ثانيا: ان المصنف قدس سره في مسألة الانتفاع بالنجس صرح بأن المراد بالتقلب ما يرجع الى الأكل و الشرب، بمعنى ان المراد به المنافع المقصودة الظاهرة للشيء، و عليه فيختص ذلك باللعب بها مع الرهن.

و ثالثا: ان كون تلك الآلات مما يجي منه الفساد محضا يتوقف على عدم كون اللعب بدون الرهن من منافعها، أو كونه حراما، و الأول كما ترى، و الثاني لا- بد و أن يحرز من الخارج، و لا- يمكن اثباته بهذا الخبر، إذ الدليل المتكفل لبيان الحكم لا تعرض له للموضوع.

(٢) الثاني: خبر أبي الجارود عن مولانا الباقر عليه السلام المذكور في المتن «٢».

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٠٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩٠

و ليس المراد بالقمار هنا المعنى المصدري حتى يرد ما تقدم من انصرافه الى اللعب مع الرهن بل المراد الآلات بقرينة قوله بيعه و شراؤه و قوله. و أما الميسر فهو النرد ... الخ.

و يؤيد الحكم (١) ما عن مجالس المفيد الثاني قدس سره ولد شيخنا الطوسي قدس سره

وفيه: أولا: ان هذا الخبر ضعيف السند، لأن أبا الجارود زياد بن المنذر لم يرد فيه توثيق بوجه، بل هو مذموم أشد الذم، فعن الامام الصادق عليه السلام انه كذاب، مع انه مرسل.

و ثانيا: ان الانصراف الذي يدعيه الشيخ قدس سره في سائر النصوص آت هنا، و ليس المراد انصراف القمار الى اللعب بالآلات مع الرهن حتى يقال إن القمار في هذا الخبر لم يرد به اللعب بل اريد به الآلات أنفسها بقرينة قوله بيعه و شراؤه. و قوله و أما الميسر فالنرد و الشطرنج، بل المراد انصراف الانتفاع بها المنهى عنه الى اللعب بها مع الرهن.

الثالث: خبر أبي الربيع الشامي عن الامام الصادق عليه السلام: عن النرد و الشطرنج فقال:

لا تقربوهما «١» بتقريب ان المنهى عنه في هذا الخبر هو القرب اليهما، و هو لا ينصرف الى اللعب مع الرهن، إذ الاستفادة من المنع عن القرب إرادة المبالغة في التنزه و الاجتناب التي لا يناسبها التخصيص بخصوص قسم خاص من التحرز و التجنب.

وفيه: أولا: انه ضعيف السند، لأن أبا الربيع مجهول الحال اللهم الا ان يقال: ان الراوى عنه بما انه ابن محبوب- و هو من أصحاب الاجماع- فخره هذا معتمد.

و ثانيا انه بعد ما علم من أن المراد بالقرب ليس هو معناه الحقيقي بل أريد به المعنى الكنائى و هو اللعب بهما، فسبيل هذا الخبر سبيل سائر المطلقات، و سيأتى التعرض لها، فعلى القول بانصرافها الى اللعب بها مع الرهن لا وجه للاستدلال به.

(١) و قد ذكر المصنف قدس سره جملة من الروايات لتأكيد الحكم.

(١) الوسائل، باب ١٠٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٠.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩٢

المؤمن لمشغول عن اللعب فان مقتضى اناطة الحكم بالباطل، و اللعب عدم اعتبار الرهن في حرمة اللعب بهذه الأشياء و لا يجرى (و

عدم جريان) دعوى الانصراف هنا.

الثالثة: المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار (١) كالمراهنة على حمل الحجر الثقيل و على المصارعة و على الطيور و على الطفرة و نحو ذلك مما عدوها فى باب السبق و الرماية و من أفراد غير ما نص على جوازه، و الظاهر اللاحق بالقمار فى الحرمة و الفساد بل صريح بعض انه قمار و صرح العلامة الطباطبائي قدس سره فى مصابحه بعدم الخلاف فى الحرمة و الفساد، و هو ظاهر كل من نفى الخلاف فى تحريم المسابقة فيما عد المنصوص (٢) مع العوض و جعل محل الخلاف فيها بدون العوض، فان ظاهر ذلك ان محل الخلاف هنا هو محل الوفاق هناك.

و فيه: مضافا الى ضعف سنده لمحمد بن جعفر بن عنبسة و غيره، انه لا دلالة له على حرمة اللعب، بل انما هو إرشاد الى ان المؤمن لا يشتغل بما لا يفيد فى دينه أو دنياه.

اللعب بغير الآلات المعدة للقمار مع الرهن

(١) قوله الثالثة: فى المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار.

و الظاهر ان المشهور بين الأصحاب هو تحريم ذلك، و عن العلامة الطباطبائي قدس سره عدم الخلاف فى التحريم و الفساد. (٢) و قد استظهر المصنف قدس سره ذلك من كل من نفى الخلاف فى تحريم المسابقة فيما عدا المنصوص مع العوض و جعل محل الخلاف فيها بدون العوض.

توضيح ما أفاده: ان مورد الخلاف فى المسابقة بدون العوض فى غير الموارد المنصوصة هى الحرمة التكليفية، إذ لا رهن فيها كى يقع الخلاف فى الحرمة الوضعية و الفساد، فمقابلته مورد الوفاق- و هى حرمة المسابقة- مع العوض بمورد الخلاف تقتضى كون مورد الوفاق هى الحرمة التكليفية.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩٣

و من المعلوم أنه ليس هنا إلا الحرمة التكليفية دون خصوص الفساد و يدل عليه ايضا قول الصادق عليه السلام انه قال رسول الله صلى الله عليه و آله ان الملائكة لتحضر الرهان فى الخف و الحافر و الريش و ما سوى ذلك قمار حرام. و فى رواية العلاء بن سبابه عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه و آله ان الملائكة لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الريش و النصل. (١)

و كيف كان: فقد استدلل للحرمة بوجوه:

الأول: الاجماع.

و فيه: انه لو ثبت لا يصلح للاعتماد عليه، فضلا عن عدم ثبوته، و ذلك لاحتمال استناد المجمعين الى الوجوه التى ستمر عليك.

الثانى: الآيات و الروايات الدالة على حرمة القمار و الميسر و الأزلام، فانها بإطلاقها تدل على حرمة المراهنة بغير الآلات المعدة للقمار لما عرفت من صدق القمار عليها. فراجع ما ذكرناه.

الثالث: النصوص الظاهرة فى حرمتها، و هى طوائف:

(١) منها ما دل على ان الملائكة تنفر عند الرهان و تلعن صاحبه.

كمرسل الصدوق عن الامام الصادق عليه السلام: إن الملائكة لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل «١».

و خبر العلاء بن سيابة المذكور في المتن و قد روى المحدث العاملى هذه الرواية عن الصدوق عن الامام الصادق عليه السلام و ليس في سندها العلاء بن سيابة «٢».

و فيه: أولا: انها ضعيفا السند، أما الأول فلإرسال، و أما الثاني فلأن العلاء مجهول.

و ثانيا: ان الرهان مصدر باب المفاعلة، و هى المعاملة و المراهنة على العمل الخارجى، و عليه فهما اجنبيان عن حرمة نفس العمل و اللعب الخارجى، و إنما يدلان على

(١) الوسائل، باب ١، من أبواب السبق و الرماية، حديث ٦.

(٢) باب ٣، من المصدر، ح ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٩٤

و المحكى عن تفسير العياشى عن ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن الميسر، قال: الثقل من كل شىء، قال: و الثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم و غيرها. (١)

و فى مصححه معمر بن خلاد كل ما قورم عليه فهو ميسر. (٢)

و فى رواية جابر عن أبى جعفر عليه السلام قيل: يا رسول الله ما الميسر؟ قال: كل ما يقامر به حتى الكعاب و الجوز. (٣) و الظاهر ان المقامرة بمعنى المغالبة على الرهن، و مع هذه الروايات الظاهرة بل الصريحة فى التحريم المعتضدة بدعوى عدم الخلاف فى الحكم ممن تقدم فقد استظهر بعض مشايخنا المعاصرين اختصاص

حرمة المراهنة و فسادها، بل على خصوص الفساد، و يكون اللعن من جهة أخذ العوض.

(١) و منها: ما عن تفسير العياشى عن ياسر الخادم عن الامام الرضا عليه السلام: المذكور فى المتن «١».

و فيه: أولا: انه ضعيف السند لياسر.

و ثانيا: انه يدل على ان الرهن من الميسر، فتشمله الآية الآمرة بالاجتناب عنه، فغاية ما يثبت به حرمة التصرف فيه، فهو يدل على الفساد دون الحرمة التكليفية.

(٢) و منها: صحيح ابن خلاد عن أبى الحسن عليه السلام: النرد و الشطرنج و الاربعة عشر بمنزلة واحدة، و كل ما قورم عليه فهو ميسر «٢».

و فيه: ان ما يقامر عليه هو الرهن، و عليه فيرد عليه ما أوردناه على سابقه.

(٣) و منها: خبر جابر عن الامام الباقر عليه السلام: قيل يا رسول الله ما الميسر؟ قال: كلما تقومر به حتى الكعاب و الجوز «٣».

و فيه: انه ضعيف السند لأن فى سنده عمرو بن شمر.

و منها: خبر إسحاق بن عمار عن الامام الصادق عليه السلام: عن الصبيان يلعبون بالجوز و البيض و يقامرون: لا تأكل منه فإنه حرام «٤».

و فيه: انه صريح فى الفساد و اجنبى عن ما هو محل الكلام.

(١) الوسائل، باب ١٠٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٠٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

(٣) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٤) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩٥

الحرمة بما كان بالآلات المعدة للقمار. (١) و أما مطلق الرهان و المغالبة غيرها فليس فيه الا فساد المعاملة و عدم تملك الرهن فيحرم التصرف فيه لأنه أكل مال بالباطل و لا معصية من جهة العمل كما في القمار بل لو أخذ الرهن هنا بعنوان الوفاء بالعهد الذي هو نذر لا كفارة له مع طيب النفس من الباذل لا- بعنوان ان المقامرة المذكورة أوجبت و الزمته أمكن القول بجوازه، و قد عرفت من الأخبار اطلاق القمار عليه و كونه موجبا لعن الملائكة و تنفرهم و انه من الميسر المقرون بالخمير.

و أما ما ذكره أخيرا من جواز أخذ الرهن بعنوان الوفاء بالعهد فلم أفهم معناه لأن العهد الذي تضمنه العقد الفاسد لا معنى لاستحباب الوفاء به اذ لا- يستحب ترتيب آثار الملك على ما لم يحصل فيه سبب تملك الا ان يراد صورة الوفاء بأن يملكه تملكا جديدا بعد الغلبة في اللعب لكن حل الأكل على هذا الوجه جار في القمار المحرم ايضا (٢) غاية الأمر الفرق بينهما بأن الوفاء لا يستحب في المحرم لكن الكلام في تصرف المبدول له بعد التملك الجديد لا في فعل الباذل و انه يستحب له او لا و كيف كان، فلا أظن الحكم بحرمة الفعل

(١) و قد أنكر صاحب الجواهر و هو المراد من قوله بعض مشايخنا المعاصرين الحرمة التكليفية و محصل ما يفيد قدس سره بعد إنكار اطلاق او عموم للنصوص الواردة في الباب الدالة على الحرمة التكليفية.

بأنه لا يترتب على مطلق المغالبة بغير الآلات المعدة للقمار سوى عدم تملك الراهن لفساد المعاملة فيحرم التصرف فيه لأنه أكل للمال بالباطل.

و أما نفس العمل فليس كالقمار كي يكون محرما و لا معصية من جهته.

ثم انه قدس سره يقول ان حرمة التصرف في المأخوذ انما هو فيما لو أخذه الراهن بعنوان الوفاء بالمعاملة و أما لو كان الأخذ بعنوان الوفاء بما يتعهده الباذل قبل المعاملة و يتواعدان على ان يملك كل منهما الآخر على فرض الغلبة.

فأخذ الغالب الرهن هنا بعنوان الوفاء بالوعد الذي هو نذر لا كفارة له كما في

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩٦

مضافا الى الفساد محل اشكال، بل و لا محل خلاف كما يظهر من كتاب السبق و الرماية، و كتاب الشهادات، و تقدم دعواه صريحا من بعض الأعلام. نعم عن الكافي و التهذيب بسندهما عن محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام انه قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل آكل و أصحاب له شاء، فقال: ان أكلتموها فهي لكم و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا، فقضى فيه ان ذلك باطل لا شيء في المؤاكلة من الطعام ما قل منه أو كثر، و منع غرامة فيه و ظاهرها من حيث عدم ردع الامام عن فعل مثل هذا انه ليس بحرام الا انه لا يترتب عليه الأثر لكن هذا وارد على تقدير القول بالبطلان و عدم التحريم لأن التصرف في هذا المال مع فساد المعاملة حرام ايضا، فتأمل. (٢)

مصحح «١» هشام عن الامام الصادق عليه السلام عدة المؤمن أخاه نذر لا كفارة له الحديث، فيكون الأخذ بعنوان الوفاء بالوعد الذي هو لو لم يكن واجبا لا ريب في استحبابه.

و لا يرد عليه ما في المتن لكن حل الأكل على هذا الوجه جار في القمار المحرم ايضا.

فانه يندفع بأن القمار حرام و كذا كل ما يستتبعه فتدبر.

نعم يمكن أن يقال إن الوعد غير الشرط في ضمن العقد و هو أمر مستقل لا ربط له به و انما يكون القمار من دواعيه، و عليه فيرد عليه

ما أفاده المصنف قدس سره.

و قد أنكر صاحب الجواهر قدس سره الحرمة التكليفية و التزم بخصوص الفساد.

(١) و استدل له: بصحيح محمد بن قيس عن الامام الباقر عليه السلام المذكور في المتن «٢».

بدعوى انه متضمن لفساد المراهنة في الطعام خاصة، و لو كانت هي محرمة لردع عنها ايضا، فيستكشف من عدم الردع الجواز.

(٢) و أجاب عنه المصنف قدس سره بانه لا يصح استكشاف الجواز من عدم ردعه عليه السلام في المقام، و الال لادل على جواز

التصرف في الشاة لعدم الردع عن ذلك، مع انه على القول بالبطلان يحرم التصرف فيها لكونها مال الغير.

(١) الوسائل، باب ١٠٩، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٥، من أبواب كتاب الجعالة، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩٧

ثم إن حكم العوض من حيث الفساد حكم سائر المأخوذ بالمعاملات الفاسدة يجب رده على مالكة مع بقاءه و مع التلف فالبديل مثلا

او قيمة، و ما ورد من قىء الامام البيض الذي قامر (١) به الغلام فلعله للحذر من أن يصير الحرام

و فيه: أولا: انه لم يذكر في الرواية ان أصحاب الرجل تصرفوا في الشاة حتى يكون سكوته عن بيان حرمة دليل الجواز.

و ثانيا: انه قد دلت الأدلة الاخر على حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد، و لأجلها لا يحكم بالجواز بخلاف المراهنة.

و ثالثا: ما ورده المحقق الايرواني قدس سره بأن الظاهر منه أن صاحب الشاة قد أباح شاته بشرط أن يلتزموا بإعطاء كذا إن لم يأكلوا

لا بشرط أن يعطوا، و قد التزموا فتنجزت الاباحة، فأكلهم كان بالاباحة المالكية، و عدم كونهم ملتزمين بالوفاء شرعا لا يرفع الاباحة

المالكية، فلا يكون التصرف في الشاة محرما.

فالحق في الجواب عنه أن يقال: إن الظاهر كون الخبر أجنيا عن المراهنة بالأكل، و انما يكون مورد الخبر الاباحة المالكية المشروطة

بالالتزام بالإعطاء لا الإعطاء.

(١) نظره الشريف بعد ما أفاد بان حكم العوض من حيث الفساد حكم سائر المأخوذ بالمعاملات، الى انه قد يتوهم ان ما ورد من قىء

الامام البيض ينافي ذلك و هو ما رواه عبد الحميد بن سعيد قال: بعث ابو الحسن عليه السلام غلاما يشتري له بيضا فأخذ الغلام بيضة

أو بيضتين فقامر بها فلما أتى له به أكله فقال له مولى له: ان فيه من القمار قال: فدعا بطشت فتقيا فقاءه «١».

و لكن يرد عليه: انه على تقدير صحة سنده- مع انه محل نظر لجهالة عبد الحميد المذكور- لا ينافي القاعدة المسلمة و هي لزوم دفع

المأخوذ بالعقد الفاسد مع بقاء عينه، و مع تلفه يجب رد بدله من المثل ان كان مثليا، أو القيمة إن كان قيميا و ذلك لوجوه:

(١) الوسائل، باب ٣٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩٨

جزء من بدنه لا- للرد على المالك لكن يشكل بأن ما كان تأثيره كذلك يشكل أكل المعصوم له جهلا بناء على عدم اقدمه على

المحرمات الواقعية الغير المتبدلة بالعلم «بالجهل» لا جهلا و لا غفلة لأن ما دل على عدم جواز الغفلة عليه في ترك الواجب و فعل

الحرام دل على عدم جواز الجهل عليه في ذلك، اللهم الا- أن يقال بأن مجرد التصرف من المحرمات العلمية و التأثير الواقعي الغير

المتبدل بالجهل انما هو في بقاءه و صيرورته بدلا عما يتحلل من بدنه عليه السلام و الفرض اطلاعه عليه في اوائل وقت تصرف المعدة

و لم يستمر جهله.

هذا كله لتطبيق فعلهم على القواعد و الا فلهم في حركاتهم من أفعالهم و أقوالهم شئونا لا يعلمها غيرهم. (١)

الأول: انه يحتمل أن البيض الذي أكله هو الذي اشتراه له، و انما قاءه لانه قومه به، فاراد الاجتناب عنه لثلا يصير ذلك جزء من بدنه الشريف.

الثاني: ان الدنيا و ما فيها للإمام، و هو أولى بالتصرف في الأموال من المالين كما نطقت بذلك جملة من النصوص، و قيئه حينئذ انما كان لما تقدم.

الثالث: انه مع الإغماض عن هذين الوجهين و تسليم كونه مال الغير لا يتوهم أحد ان قيئه عليه السلام كان لأجل رده الى مالكه لأنه بالأكل قد تلف، و هو بعد القىء يعد من القذارات العرفية.

و يبقى على هذا الوجه الإشكال في انه عليه السلام كيف أكل الحرام الواقعي؟ و الجواب عنه.

(١) ما أشار اليه المصنف قدس سره بقوله: و لهم في حركاتهم من أفعالهم و أقوالهم شئونا لا يعلمها غيرهم.

حكم المسابقة بغير رهان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٩٩

الرابعة: المغالبة بغير عوض في غير ما نص على جواز المسابقة فيه (١) و الأ-كثر على ما في الرياض على التحريم بل حكى فيها عن جماعة دعوى الإجماع عليه (٢) و هو الظاهر من بعض العبارات المحكية عن التذكرة.

فعن موضع منها انه لا تجوز المسابقة على المصارعة بعوض و لا بغير عوض عند علمائنا أجمع لعموم النهي، الا في الثلاثة الخف، و الحافر، و النصل.

و ظاهر استدلاله ان مستند الإجماع هو النهي، و هو جار في غير المصارعة ايضا، و عن موضع آخر لا-يجوز المسابقة على رمى الحجارة باليد و المقلاع و المنجنيق سواء كان بعوض او بغير عوض عند علمائنا.

و فيه ايضا لا يجوز المسابقة على المراكب و السفن و الطيارات عند علمائنا، و قال ايضا لا يجوز المسابقة على مناطق الغنم و مهارشة الديك بعوض و لا- بغير عوض، قال و كذلك لا-يجوز المسابقة بما لا-ينتفع به في الحرب، و عد فيما مثل به اللعب بالخاتم و الصولجان و رمى البنادق و الجلاهق و الوقوف على رجل واحد و معرفة ما في اليد من الزوج و الفرد و سائر الملاعب، و كذا للثب في الماء، قال: و جوزه بعض الشافعية و ليس بجيد، انتهى.

و ظاهر المسالك الميل الى الجواز و استجوده في الكفاية و تبعه بعض من تأخر عنه للأصل و عدم ثبوت الإجماع و عدم النص عدا ما تقدم من التذكرة من

(١) هذه هي المسألة الرابع و هي في المغالبة بغير عوض في غير ما نص على جواز المسابقة فيه كالمصارعة و المسابقة على المراكب و السفن، و رمى الحجارة و نحو ذلك.

و الظاهر ان المشهور بين الأصحاب هو التحريم، و في جامع المقاصد: ظاهر المذهب التحريم، و صريح المحكي عن التذكرة و غيرها: ان عليه إجماع الإمامية.

و عن الشهيد الثاني و من تبعه، و المحقق السبزواري، و جمع من الأساطين و في الحدائق و الجواهر: الجواز. و استدلل للأول بوجوه:

(٢) الأول: الإجماع الذي حكاه غير واحد.

و فيه: ان الإجماع لو تحقق لا يعتمد عليه في المقام لعدم كونه تعديدا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٠

عموم النهي (١) و هو غير دال لأن السبق في الرواية يحتمل التحريك بل في المسالك انه المشهور في الرواية و عليه فلا يدل الا على تحريم المراهنة بل هي غير ظاهرة في التحريم ايضا لاحتمال ارادة فسادها، بل هو الأظهر لأن نفي العوض ظاهر في نفي استحقاقه و ارادة نفي جواز العقد عليه في غاية البعد و على تقدير السكون فكما يحتمل نفي الجواز التكليفي فيحتمل نفي الصحة لوروده مورد الغالب من اشتمال المسابقة على العوض (٢) و قد يستدل للتحريم ايضا.

(١) هذا هو الوجه الثاني و هو خبر «١» عبد الله بن سنان الإمام الصادق عليه السلام: لا سبق الا في خف او حافر او نصل. يعنى النضال. بتقريب ان السبق بسكون الباء مصدر، و المراد من نفيه نفي المشروع، و مقتضى اطلاقه عدم مشروعية المسابقة بدون الرهن. و أورد عليه تارة: بضعف السند لمعلی بن محمد كما عن الأستاذ. و فيه: انه حسن أقلا لكونه من مشايخ الإجازة. و اخرى: بما في المكاسب.

(٢) بأنه كما يحتمل نفي الجواز التكليفي يحتمل نفي الصحة، لوروده مورد الغالب من اشتمال المسابقة على العوض. و يمكن دفعه: بأن المسابقة بغير الرهان كثيرة، مع ان قلة الوجود لا توجب الانصراف كما تقدم. و ثالثة: بما عن الكفاية: انه يحتمل أن يكون معناه لا اعتداد بسبق في أمثال هذه الأمور الا في الثلاثة، أو لا فضل لسبق الا في الثلاثة، فلا دلالة فيه على التحريم.

و فيه: ما تقدم من ظهوره على هذا التقدير في نفي المشروع. فالأولى أن يورد عليه: بأنه لم يثبت كون السبق المذكور (بسكون الباء) بل من المحتمل أن يكون (بالفتح)، بل عن الشهيد الثاني: انه المشهور و السبق (بالفتح) هو العوض و الرهن، و نفيه ظاهر في ارادة فساد المراهنة لظهوره في نفي استحقاقه، و عليه فلا- يمكن الاستدلال به للإجماع و عدم ثبوت قراءة السكون

(١) باب ٣، من أبواب أحكام السبق و الرماية، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠١

(١) بأدلة القمار بناء على انه مطلق المغالبة و لو بدون العوض كما يدل عليه ما تقدم من إطلاق الرواية بكون اللعب بالنرد و الشطرنج بدون العوض قمارا. (٢)

و دعوى انه يشترط في صدق القمار احدى الأمرين: أما كون المغالبة بالآلات المعدة للقمار، و إن لم يكن عوض. و أما المغالبة مع العوض و إن لم يكن بالآلات المعدة للقمار على ما يشهد به اطلاقه في رواية الرهان في الخف و الحافر في غاية البعد، بل الأظهر انه مطلق المغالبة و يشهد له ان اطلاق آله القمار موقوف على عدم دخول الآلة في مفهوم القمار (٣) كما في سائر الآلات المضافة الى الأعمال و الآلة غير مأخوذة في المفهوم. و قد عرفت أن العوض ايضا غير مأخوذ فيه فتأمل.

(١) الثالث: اطلاق أدلة القمار لأنه مطلق المغالبة و لو بدون العوض.

(٢) و يشهد به ما تقدم من اطلاق الرواية بكون بالنرد و الشطرنج بدون العوض قمارا.

وفيه ما عرفت في أول المسألة من أخذ الرهان في مفهوم القمار.

و أما الاستدلال بما دل على ان اللعب بالشطرنج بدون العوض قمار.

فيتوجه عليه انه لو صح سند الخبر يرد على الاستدلال به، ان الإطلاق أعم من الحقيقة و حرمة اللعب بالنرد و الشطرنج بدون العوض انما هي للأدلة الخاصة لا لصدق القمار عليه.

و أما ما أورده المصنف قدس سره عليه بقوله.

(٣) ان اطلاق ادلة القمار موقوف على عدم دخول الآلة في مفهوم القمار.

فيتوجه عليه انه لم يدع أحد كون الآلة جزء من مفهوم القمار.

بل من يدعى اعتبار كون المغالبة بالآلات المعدة للقمار، انما يقول بدخول التقييد بها في صدقه و الا فلا ريب في خروجها عن مفهومه.

الرابع: ما دل على نفاذ الملائكة عند الرهان و لعن صاحبه ما خلا الثلاثة «١»، مع التصريح في بعضها بأن ما عداها قمار محرم لصدق الرهان بدون العوض عرفا و عادة.

(١) الوسائل، باب ١، من أبواب أحكام السبق و الرماية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٢

و يمكن ان يستدل على التحريم ايضا بما تقدم من أخبار حرمة الشطرنج و النرد معللة بكونها من الباطل و اللعب (١) و ان كل ما الهى عن ذكر الله فهو الميسر و قوله عليه السلام في بيان حكم اللعب بالأربعة عشر لا تستحب شيئا من اللعب غير الرهان و الرمي و المراد رهان الفرس، و لا شك في صدق اللهو و اللعب، فيما نحن فيه ضرورة ان العوض لا دخل له في ذلك و يؤيده ما دل على ان كل لهو المؤمن باطل خلا ثلاثة (٢) و وعد منها اجراء الخيل و ملاعبة الرجل امرأته.

و لعله لذلك كله استدلال في الرياض تبعا للمذهب بما دل على حرمة اللهو، لكن قد يشكل الاستدلال فيما اذا تعلق بهذه الأفعال غرض صحيح يخرج عن صدق اللهو عرفا فيمكن اناطة الحكم باللهو و يحكم في غير مصاديقه بالإباحة الا أن يكون قولا بالفصل، و هو غير معلوم و سيجيء بعض الكلام في ذلك عند التعرض لحكم اللهو و موضوعه إن شاء الله.

وفيه: مضافا الى ما تقدم في المسألة السابقة: انه لا يصدق الرهان على ما لا رهن فيه و لا عوض.

(١) الخامس: ما دل على حرمة اللهو، و هي كثيرة:

منها: ما اشار اليه في المتن و هو ما علل فيه تحريم اللعب بالنرد و الشطرنج بأنه من اللهو و الباطل «١» و قد تقدم.

(٢) و منها: ما تضمن أن كل لهو المؤمن باطل الا في ثلاث «٢».

و منها: غير ذلك.

وفيه: اولاً: سيأتي في مسألة اللهو ان القول بحرمة مطلقا باطل شاذ.

و ثانياً: ان النسبة بين اللهو و المسابقة عموم من وجه، إذ ربما تكون المسابقة لغرض عقلائي من التفريح و تربية البدن و غير ذلك كما لا يخفى.

فتحصل: انه لا دليل على التحريم.

(١) الوسائل، باب ١٠٢، من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل، باب ١، من أبواب أحكام السبق و الرماية.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٣

السادسة عشر: القيادة حرام (١)

و هي السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطى المحرم و هي من الكبائر (٢) و قد تقدم تفسير الواصلة و المستوصلة بذلك في مسألة تدليس الماشطة.

و في صحيحة ابن سنان أنه يضرب ثلاثة أرباع حد الزانى خمسة و سبعين سوطا و ينفى من المصر الذى هو فيه.

فالأظهر هو الجواز للسيرة القطعية المستمرة بين العلماء و العوام على المسابقة فى عدة من الأمور كالسباحة و المشاعرة و المصارعة، و نحو ذلك، و لما ورد من مصارعة الإمامين الحسن و الحسين عليهما السلام بأمر النبى صلى الله عليه و آله و ما ورد من مكاتبتهما التقاطهما حب قلادة أمهما «١».

القيادة حرام

(١) السادسة عشرة لا خلاف و لا إشكال فى حرمة القيادة، بل حرمتها من ضروريات الإسلام.

و تدل عليها جملة من النصوص: منها مرسل الورام عن النبى صلى الله عليه و آله عن جبرئيل عليه السلام قال: اطلعت على النار فرأيت واديا فى جهنم يغلى فقلت: يا مالک لمن هذا؟ فقال: لثلاثة:

المحتكرين و المدمنين للخمر و القوادين «٢».

و منها: ما فى عدة من الأخبار المتقدمة فى مسألة تدليس الماشطة من تفسير الواصلة و المستوصلة بذلك.

و منها: صحيح ابن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام عن حد القواد قال عليه السلام: يضرب ثلاثة ارباع حد الزانى خمسة و سبعين سوطا و ينفى من المصر الذى هو فيه «٣».

و منها: غير ذلك.

(٢) قال المصنف قدس سره و هي من الكبائر.

(١) المستدرک، باب ٤، من أبواب أحكام السبق و الرماية، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٢٧، من أبواب آداب التجارة، حديث ١١.

(٣) الوسائل، باب ٥، من أبواب حد السحق و القيادة، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٤

السابعة عشر: القيافة حرام (١)

إشارة

فى الجملة نسبه فى الحدائق الى الأصحاب. و فى الكفاية لا أعرف خلافا.

ان في تقسيم الذنوب الى الكبائر والصغائر.

ثم في ان الصغيرة لا تضر بالعدالة كلاما محررا في محله، و لعل الأظهر منع كلا الأمرين.

و لكن على تقدير صحة التقسيم و عدم مضرية الصغيرة بالعدالة الأقوى ما ذكره قدس سره من كون القيادة من الكبائر إذ الكبيرة كما عرفت في مسألة الغيبة معصية نص على كونها كذلك، أو توعدها في الكتاب أو السنة أو ترتب آثار الكبيرة عليها.

و القيادة توعدها في جملة من النصوص: منها ما تقدم، و منها ما عن عقاب الأعمال عن النبي صلى الله عليه و آله: من قاد بين امرأة و رجل حراما حرم الله عليه الجنة و مأواه جهنم و ساءت مصيرا و لم يزل في سخط الله حتى يموت «١».

و منها ما عن عيون الأخبار عن النبي صلى الله عليه و آله- في حديث- و أما التي كانت تحرق وجهها و بدننها و هي تجر أمعائها فانها كانت قوادة «٢».

و منها غير ذلك.

كما انه رتب عليها أثر الكبيرة و هو الحد و النفي من البلد كما في صحيح ابن سنان المتقدم، إذ الصغيرة قد وعد الله تعالى التكفير عنها مع اجتناب الكبائر، و الصغيرة المكفرة لا توجب الحد و النفي من البلد، و معلوم ان اطلاق الصحيح شامل للمكفرة و غيرها، فيستكشف من ذلك عدم كونها صغيرة.

القيافة

(١) السابعة عشرة القيافة حرام كما هو المشهور، و نسبه صاحب الحدائق الى الأصحاب.

و عن المنتهى: دعوى الإجماع عليه.

(١) الوسائل، باب ٢٧، من أبواب النكاح المحرم، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ١١٧ من أبواب مقدمات النكاح، حديث ٧.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٥

و عن المنتهى الإجماع و القائف كما عن الصحاح و القاموس و المصباح هو الذي يعرف الآثار.

و عن النهاية و مجمع البحرين زيادة انه يعرف شبه الرجل بأخيه و أبيه، و في جامع المقاصد و المسالك كما عن ايضاح النافع و الميسية: انها الحاق الناس بعضهم ببعض و قيد في الدروس و جامع المقاصد كما في التنقيح حرمتها بما اذا ترتب عليها محرم.

و الظاهر انه مراد الكل و الا- فمجرد حصول الاعتقاد العلمي او الظني بنسب شخص لا- دليل على تحريمه (١) و لذا نهى في بعض الأخبار عن إتيان القائف و الأخذ بقوله، ففي المحكي عن الخصال ما احب ان تأتيهم.

و الكلام في هذه المسألة يقع في موارد:

الأول: ان القيافة- على ما يستفاد من كلمات اللغويين- هي معرفة الآثار و شبه الشخص باقربائه، فعن الصحاح و القاموس و المصباح: القائف هو الذي يعرف الآثار

أي العلامات المختصة بكل قبيلة الموجبة لشباهة الرجل بأبيه أو أخيه أو سائر أقربائه، و عن النهاية: هو الذي يعرف الآثار و يلحق الولد بالوالد و الأخ بأخيه، و في المنجد: هو الذي يعرف النسب بفراسته و نظره الى أعضاء المولود.

(١) الثاني: الظاهر لا ريب في جواز تحصيل العلم أو الظن بالأنساب بعلم القيافة، و لم أر من أفتى بحرمة و لا ما يدل عليها.

نعم ظاهر الروايات ان القيافة لا تطابق الواقع دائما، ففي خبر أبي بصير عن الإمام الصادق عليه السلام: القيافة فضله من النبوة ذهبت في الناس حين بعث النبي صلى الله عليه و آله «١».

و عليه فلا يحصل العلم منها لمن لاحظ النصوص.
و أما تعليمها و تعلمها، ففي الحدائق لا خلاف في تحريم تعليمها، و لكن لم يرد في الشريعة المقدسة ما يدل على حرمة ذلك، و الأصل يقتضى الجواز.

(١) الوسائل، باب ٢٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٦

...

[حرمة اتيان القائف و ترتيب الأثر على قوله]

الثالث: ان القائف ان أخبر بما استخرجه من القيافة جزما مع عدم علمه به فهو حرام لكونه كذبا، و الا فالأظهر هو الجواز. و قد استدلل للحرمة بعض مشايخنا المحققين.

بدخوله في السحر و الكهانة.

و بظهور معاهد الإجماعات، بدعوى ان مراد من قيد الحرمة بما اذا ترتب عليها محرم هو اخباره بذلك.

و بقوله عليه السلام في صحيح الهيثم: من مشى الى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه بما يقول فقد كفر بما انزل الله من كتاب «١». إذ في جعل المخبر بالشىء الغائب بين الثلاثة دلالة على حرمة اخباره.

و في الجميع نظر:

أما الأول: فلأن السحر على ما تقدم هو صرف الشىء عن وجهه على سبيل التمويه و الخدعة، و الكهانة هي الاخبار عن الحوادث المستقبلية لاتصاله بالجن او الشيطان، فلا وجه لدعوى دخول القيافة فيهما.

و أما الثاني: فلأن الظاهر ان معقد الإجماعات هو الرجوع الى القائف و ترتيب الآثار عليه.

و أما الثالث: فلأنه انما يدل على حصر المحرم من الاخبار عن الغائبات على سبيل الجزم باخبار احدي هذه الطوائف الثلاث، لا حصر المخبر عنها بهم كما هو واضح.

مع انه لا يدل على حرمة الاخبار و انما يدل على حرمة الرجوع.

الرابع: يحرم الرجوع الى القائف و ترتيب الآثار على قوله من نفى النسب عن شخص أو الحاقه به و الحكم بأنه يرثه الى غير ذلك من الآثار بلا خلاف، و عن المنتهى:

دعوى الإجماع عليه.

و يشهد له- بعد فرض ان قواعد علم القيافة لا تطابق الواقع و القواعد الشرعية دائما أو احتمال ذلك- ما دل من الآيات و الروايات على ان الظن لا يغنى من الحق شيئا و انه لا يجوز العمل بغير علم، مضافا الى ان النسب- ما لم تقم على ثبوته أمانة شرعية-

(١) الوسائل، باب ٢٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٧

و عن مجمع البحرين ان في الحديث لا- أخذ بقول قائف، و قد افترى بعض العامة على رسول الله صلى الله عليه و آله في انه قضى بقول القافة، و قد أنكر ذلك عليهم في الاخبار كما يشهد به ما عن الكافي عن زكريا بن يحيى بن نعمان المصرى (١)

قال: سمعت علي بن جعفر يحدث الحسن بن الحسين بن علي بن الحسين، فقال والله لقد نصر الله أبا الحسن الرضا عليه السلام فقال الحسن: أي والله جعلت فداك لقد بغى عليه اخوته، فقال علي بن جعفر: أي والله ونحن عمومته بغينا عليه، فقال له الحسن: جعلت فداك كيف صنعتهم فاني لم احضركم، قال: فقال له اخوته ونحن ايضا: ما كان فينا امام قط حائل اللون، فقال لهم الرضا عليه السلام: هو ابني فقالوا: ان رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالقافة فيننا وبينك القافة، فقال: ابعثوا انتم اليهم. و أما انا فلا ولا تعلموهم لما دعوتموهم اليه و ليكونوا في بيوتكم، فلما جاءوا وقعدنا في البستان واصطف عمومته و اخوته و اخواته و أخذوا الرضا عليه السلام و البسوه جبة من صوف و قلنسوة و وضعوا على عنقه مسحاة و قالوا له: ادخل البستان كأنك تعمل فيه، ثم جاءوا بأبي جعفر عليه السلام و قالوا: الحقوا هذا الغلام بأبيه فقالوا ماله هنا أب و لكن هذا عم أبيه، و هذا عمه و هذه عمته و إن يكن له هنا أب فهو صاحب البستان فان قدميه و قدميه واحدة فلما رجع ابو الحسن عليه السلام قالوا هذا ابوه فقال علي بن جعفر فقامت فمصصت ريق أبي جعفر عليه السلام و قلت: اشهد انك امامي الخبر، نقلناه بطوله تيمنا.

ينفى بالاستصحاب، فالحكم بثبوتها و ترتب الآثار عليه من التوارث و النظر و غيرها لا- يجوز، و يؤيده خبر أبي بصير عن مولانا الصادق عليه السلام قال: قلت: فالقافة؟ قال: ما أحب ان تأتيهم «١». و قد ما في مجمع البحرين: ان في الحديث: لا آخذ بقول قائف. (١) و قد استدلل المصنف قدس سره للحرمة: بخبر زكريا بن نعمان الصير في الوارد في اثبات بنوة الجواد عليه السلام لأبي الحسن بالرجوع الى القافة «٢».

(١) الوسائل، باب ٢٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٢) الكافي، ج ١، ص ٣٢٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٨

الثامنة عشرة: الكذب حرام (١)

إشارة

بضرورة العقول و الأديان، و يدل عليه الأدلة الأربعة.

و الظاهر أن مورد استشهاده به قول الإمام الرضا عليه السلام لإخوته بعد ما قالوا له: ان رسول الله صلى الله عليه وآله قد قضى بالقافة فيننا و بينك القافة: ابعثوا انتم إليهم و أما أنا فلا.

و فيه: ان قوله عليه السلام و أما أنا فلا، يمكن أن يكون لأجل انه كان عالما بنوة الجواد عليه السلام و لم يكن في شك في ذلك. مع أن عدم بعثه إليهم و إظهار ذلك لا يدل على عدم المشروعية، بل ظاهر الخبر ان الخاصة أيضا كانوا يعتقدون بقضائه صلى الله عليه وآله بقول القافة و الإمام عليه السلام لم يردع عن ذلك، فهو يدل على الجواز. و لكن يرد على الخبر- مضافا الى ضعف سنده لزكريا-

إن إخوة الرضا عليه السلام و عمومته إن لم يكونوا قائلين بإمامته عليه السلام فما فائدة الرجوع الى القافة لإثبات بنوة الجواد عليه السلام و إن كانوا قائلين بإمامته لما احتاجوا إليهم بعد اخباره بنوته.

الخامس: يحرم أخذ الأجرة على اخبار القائف و إن كان اخباره على وجه الجواز لكونه عملا لا يترتب عليه أثر جائز، و لما في خبر

الجعفریات من جعل أجر القائف من السحت «١».

حرمة الكذب

(١) قوله: الثامنة عشرة الكذب حرام بضرورة العقول و الأديان، و تدل عليه الأدلة الأربعة. أما الكتاب و السنة: فقد دلت عليه كثير من الآيات و النصوص و سيمر عليك بعضها.

(١) المستدرک، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٠٩

إلا أن الذي ينبغي الكلام

فيه مقامان

أحدهما في انه من الكبائر

إشارة

و الثاني في مسوغاته. أما الأول فالظاهر من غير واحد من الأخبار.

و أما الإجماع: فالظاهر أن حرمة الكذب من ضروريات جميع الأديان، فضلا عن دين الإسلام و عن اتفاق العلماء عليها.

و أما العقل: فهو مستقل بقبحه لكونه مفتاح الشرور و رأس الفجور.

الكذب من الكبائر

و قد وقع الكلام بين الأصحاب في موردين:

الأول: في انه هل هو من الكبائر أم لا؟ و قد مر في مبحث الغيبة ضابط كون المعصية صغيرة أو كبيرة على تقدير صحة تقسيمها اليهما.

و هو أحد أمور على سبيل منع الخلو:

أحدها: ورود النص على كونها من الكبائر.

ثانيها: التوعيد عليها في الكتاب و السنة.

ثالثها: ترتيب آثار الكبيرة عليها.

رابعها: جعلها أكبر من الذنب الذي ثبت كونه منها.

و الوجوه المحتملة في كون الكذب من الكبائر ثلاثة:

الأول: ما اختاره المصنف قدس سره تبعا للفاضلين و الشهيد الثاني و هو انه من الكبائر مطلقا.

الثاني: عدم كونه منها مطلقا، بل القسم الخاص منه و هو الكذب على الله و على حججه و الكذب لقتل النفس المحترمة و نحوه منها.

الثالث: عدم كونه منها مطلقا.

و قد استدلل المصنف لما اختاره بجملة من النصوص و بالكتاب، و أيده ببعض نصوص اخر.

أما النصوص التي استدلل بها على كون الكذب من الكبائر مطلقا فمتعددة.

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٢، ص: ١١٠

كالمروى في العيون (١) بسنده عن الفضل بن شاذان لا يقصر عن الصحيح، و المروى عن الأعمش في حديث شرائع الدين عده من

الكبائر.

و في الموثقة بعثمان بن عيسى ان الله تعالى جعل للشرا أقالا، و جعل مفاتيح تلك الأقال الشرا، و الكذب شر من الشرا. (٢)

(١) منها: ما هو المروى عن العيون بسنده عن الفضل بن شاذان حيث جعل الإمام عليه السلام فيه الكذب من الكبائر «١» و نحوه خبر الأعمش «٢».

و أورد عليه الأستاذ الأعظم بأنهما ضعيفا السند و قد ذكر في وجه ضعف خبر العيون بأن للصدوق الى الفضل اسنادا كلها مجاهيل، إذ في أحد طرقه: عبد الواحد بن محمد ابن عبدوس النيسابورى، و على بن قتيبة النيسابورى، و هما مجهولان، و في الطريق الآخر: الحاكم ابو محمد جعفر بن نعيم، و هو مجهول، و في الطريق الثالث: حمزة بن محمد العلوى، فهو أيضا مجهول.

و فيه: انه في عبد الواحد و ان نقل أقوال إلا ان أظهر انه ثقة كما اختاره في محكى التحرير و المسالك و الحاوى، بل و الصدوق قدس سره حيث قال: حديث عبد الواحد أصح، و لا أقل من كونه حسنا، لتوصيف العلامة الخبر الذى رواه عبد الواحد في محكى التحرير بالصحة، و كونه من المشايخ الذين ينقل عنهم الصدوق بغير واسطة مع تكرار ذلك مترضيا بل من مشايخه، و أما ابن قتيبة فإن لم يكن ثقة فلا ينبغي التوقف فى كونه حسنا لاعتماد الكشى على نقله فى مواضع كثيرة من رجاله، وعد العلامة و ابن داود اياه من المعتمدين، و وصف العلامة حديثه بالصحة و توثيق الشيخ الكاظمى و الفاضل الجزائرى اياه، فاذا ما أفاده الشيخ قدس سره من أن خبر العيون لا يقصر عن الصحيح، هو الصحيح.

(٢) و منها: الموثق بعثمان بن عيسى عن الإمام الباقر عليه السلام المذكور فى المتن «٣».

و الإيراد عليه بضعف السند لعثمان، فى غير محله إذ لو لم يكن ثقة فلا أقل من كون حديثه موثقا كما هو المعروف بين المتأخرين على ما نسب اليهم.

(١) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب جهاد النفس، حديث ٣٣.

(٢) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب جهاد النفس، حديث ٣٦.

(٣) الوسائل، باب ١٣٨، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١١١

و أرسل عن رسول الله صلى الله عليه و آله: ألا أخبركم بأكبر الكبائر الاشراك بالله و عقوق الوالدين و قول الزور أى الكذب. (١) و عنه صلى الله عليه و آله: ان المؤمن إذا كذب بغير عذر لعنه سبعون ألف ملك و خرج من قلبه نتن حتى يبلغ العرش و كتب الله عليه بتلك الكذبة سبعين زنية أهونها كمن يزنى مع أمه. (٢)

و لكن يرد على الاستدلال به: ان هذا الخبر مما لا يمكن الالتزام بإطلاقه، إذ من البديهيات عند المتشرعة انه إذا دار الأمر بين شرب الخمر و الكذب، و لو بأن يقول: شربت الخمر قبل ذلك، بأن أكره على اختيار أحدهما، انه يقدم الثانى و لم يتوهم أحد جواز اختيار شرب الخمر، فيستكشف من ذلك ان الكذب باطلاقه ليس شرا من الشرا، فيتعين تأويله، أما بإرادة قسم خاص من الكذب و هو الكذب على الله و رسوله صلى الله عليه و آله و على الأئمة الطاهرين عليهم السلام فإنه تال الكفر و تحليل الأشرطة المحرمة ثمرة من ثمرات هذا الكذب فإن المخالفين بمثل ذلك حللوا، او بغير ذلك.

مع انه يمكن أن يقال كما قيل: إن (الشرا) الثانى صفة مشبهة لا أفعل التفضيل، و (من) تعليلية و المعنى ان الكذب أيضا شر ينشأ من الشرا.

- (١) و منها: النبوى: ألا أخبركم بأكبر الكبائر؟ الإشراك بالله و عقوق الوالدين، ثم قعد فقال: ألا و قول الزور- أى الكذب- «١».
- و فيه: مضافا الى ضعف سنده انه يرد عليه: ان من الضرورى عند المتشعبة عدم كون الكذب باطلاقه أكبر الكبائر حتى الزنا و اللواط و نحوهما، فلا محالة أريد به القسم الخاص منه، مع ان تفسير قول الزور بالكذب لعله من الراوى.
- (٢) و منها: المرسل عنه صلى الله عليه و آله المذكور فى المتن «٢».
- و فيه: مضافا الى ضعف سنده انه يرد عليه ما أورده على سابقه، إذ لا ينبغى

(١) المحجة البيضاء، ج ٥، ص ٢٤٢- صحيح مسلم، ج ١، ص ٦٤.

(٢) المستدرک، باب ١٢٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١٥.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١١٢

و يؤيده ما عن العسکرى عليه السلام جعلت الخبائث كلها فى بيت واحد و جعل مفتاحها الكذب الحديث فان مفتاح الخبائث كلها كبيرة لا- محالة و يمكن الاستدلال على كونه من الكبائر بقوله تعالى: (إنما يفتري الكذب الذين لا يؤمنون بآيات الله (١) فجعل الكاذب غير مؤمن بآيات الله كافرا بها، و لذلك كله أطلق جماعة كالفاضلين و الشهيد الثانى فى ظاهر كلماتهم كونه من الكبائر من غير فرق بين أن يترتب على الخبر الكاذب مفسدة و أن لا يترتب عليه شىء أصلا.

التوقف فى ان الجماع المحرم أشد منه و إن لم يكن بالزنا، فضلا عن أفحش أفراده و هو الزنا، و كيف بالزنا بالمحرم- بل فكيف بالسبعين منه.

(١) أما الكتاب: فقد استدلل بآية منه و هى (أنما يفتري الكذب الذين لا يؤمنون بآيات الله) «١». بدعوى انه جعل الكاذب غير مؤمن بآيات الله كافرا بها.

و فيه: ان الظاهر من الآية الشريفة بقريئة الآيات السابقة عليها و هى (و إذا بدلنا آية مكان آية و الله أعلم بما ينزل قالوا إنما أنت مفتر بل أكثرهم لا يعلمون- الى أن قال- إن الذين لا يؤمنون بآيات الله لا يهديهم الله و لهم عذاب أليم إنما يفتري الكذب ... الخ) ارادة ان المكذبين للنبي صلى الله عليه و آله فيما ادعاه من كون ما يأتى به من عند الله الكاذبون لا النبي صلى الله عليه و آله، فيكون الحصر إضافيا، و عليه فالمراد من الكاذبين هم المكذوبون له صلى الله عليه و آله من اليهود و المشركين غير المؤمنين بالله و برسوله الذين صدر عنهم الكذب لعدم ايمانهم، لا ان الكذب أوجب خروجهم عن الإيمان، فلا تدل على المطلوب.

و أيد ما اختاره بكونه من الكبائر بخبرين.

أحدهما: ما عن الإمام العسکرى عليه السلام المذكور فى المتن قبل الاستدلال بالآية.

و فيه: ان المراد من التشبيه بالمفتاح ليس هو التشبيه فى السببية و العلية لعدم تماميته

(١) سورة النحل، آية ١٠٦.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١١٣

و يؤيده ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله فى وصيته لأبى ذر رضى الله عنه ويل للذى يحدث فيكذب ليضحك القوم ويل له ويل له. (١)

فان الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها غالبا ايقاع فى المفسدة. نعم فى الأخبار ما يظهر منه عدم كونه على الإطلاق كبيرة مثل رواية أبى خديجة عن أبى عبد الله عليه السلام ان الكذب على الله تعالى و رسوله من الكبائر (٢) فانها ظاهرة فى اختصاص الكبيرة بهذا

الكذب الخاص لكن يمكن حملها على كون هذا الكذب الخاص من الكبائر الشديدة العظيمة، و لعل هذا أولى من تقييد المطلقات المتقدمة.

في المشبه و المشبه به كما لا يخفى، و لا التشبيه في الشرطية، إذ ليس في المشبه كذلك لعدم كون الكذب شرطاً لسائر المعاصي و الا- لزم من عدمه عدمها، بل المراد به، التشبيه في الاشراف الى الوقوع في المحرمات، فانه يوجب حالة جرأة للنفس على اختيار الخبائث، و هذا لا يوجب كونه معصية فضلاً عن كونه من الكبائر، و لذا اعترف المصنف قدس سره بأن ارتكاب الشبهات يوجب الاشراف على الوقوع في المحرمات، و مع ذلك التزم بجوازه و انه لا يكون حراماً.

(١) ثانيهما: ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله في وصيته لأبي ذر المذكور في المتن «١».

بدعوى ان الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها غالباً الإيقاع في المفسدة.

و فيه: ان ما ذكره و إن كان تاماً و التوعد عليه يوجب كونه من الكبائر، إلا انه لضعف سنده لجملة من رواه لا يعتمد عليه.

و قد استدلل للقول الثاني بجملة من النصوص.

(٢) منها: خبر أبي خديجة عن مولانا الصادق عليه السلام: الكذب على الله تعالى و على رسوله من الكبائر «٢». بدعوى انه ظاهر من

جهة وروده في مقام التحديد في حصر الكبيرة من الكذب بهذا الكذب الخاص.

(١) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٤.

(٢) المستدرک، باب ٤٦، من أبواب جهاد النفس، حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١١٤

و في مرسله سيف بن عميرة عن أبي جعفر عليه السلام قال: كان يقول علي بن الحسين عليه السلام لولده: اتقوا الكذب الصغير منه و

الكبير في كل جد و هزل، فان الرجل إذا كذب في الصغير اجترأ على الكبير، الخبر. (١)

و يستفاد منه ان عظم الكذب باعتبار ما يترتب عليه من المفساد.

و في صحيحه ابن الحجاج، قلت لأبي عبد الله عليه السلام الكذاب هو الذي يكذب في الشيء، قال: لا، ما من أحد الا و يكون منه

ذلك، و لكن المطوع «المطوع خ ل» على الكذب، فان قوله ما من أحد، الخبر (٢) يدل على ان الكذب من اللمم الذي يصدر من

كل أحد لا من الكبائر.

و فيه: مضافاً الى ضعف سنده كما في مرآة العقول: ان كونه في مقام التحديد غير معلوم، و لكن لو سلم كونه في هذا المقام لا مناص

عن تقييد المطلقات به.

و دعوى المصنف قدس سره من أن حملة على كون هذا القسم الخاص من الكبائر الشديدة العظيمة أولى من تقييد المطلقات به، كما

ترى.

و بما ذكرناه ظهر ما في الاستدلال بمرسل الصدوق عن رسول الله صلى الله عليه و آله: من قال على ما لم أقله فليتبوأ مقعده من النار

«١». مضافاً الى ضعف سنده.

(١) و منها: مرسل سيف بن عميرة المذكور في المتن «٢». فانه يستفاد منه ان عظم الكذب باعتبار ما يترتب عليه من المفساد.

و فيه: مضافاً الى ضعف سنده للإرسال: انه يدل على ان للكذب صغيراً و كبيراً، و هما انما يكونان بلحاظ ما يترتب عليه من المفساد،

و لكن لا ينافي ذلك كون كليهما من الكبائر بالمعنى المبسوط عنه في المقام، غاية الأمر، بعض أفراده أكبر من آخر.

وقد استدلل للقول الأخير بجملة من النصوص.

(٢) منها: حسن ابن الحجاج كالصحيح لاحظ المتن «٣».

(١) الوسائل، باب ١٣٩، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٦.

(٢) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ١٣٨، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١١٥

و عن الحارث عن علي عليه السلام قال: لا يصلح من الكذب جد و هزل و لا يعدن أحدكم صبيه، ثم لا يفى له ان الكذب يهدى الى الفجور و الفجور يهدى الى النار، و ما زال أحدكم يكذب حتى يقال كذب و فجر، الخبر. (١) و فيه أيضا إشعار بأن مجرد الكذب ليس فجورا.

بدعوى انه يدل على ان الكذب من اللمم الذي يصدر من كل أحد لا من الكبائر.

وفيه: ان الخبر متضمن لبيان أمرين:

أحدهما: ان الكذاب لا يصدق على من كذب اتفاقا و انما يصدق على من صار الكذب كالعاده له، و هذا واضح في نفسه أيضا.

ثانيهما: انه ما من أحد الا و يتلى بهذه المعصية، و شيء منهما لا يدل على ان الكذب ليس من الكبائر و انه من اللمم.

(١) و منها: خبر «١» الحارث عن الإمام علي عليه السلام لاحظ المتن. بدعوى ان فيه إشعارا بأن مجرد الكذب ليس فجورا و كبيرة.

وفيه: مضافا الى ضعف سنده: انه يدل على عدم كونه معصية، فيتعين تأويله.

و منها: صحيح عبد العظيم بن عبد الله الحسنى الوارد لبيان تعداد الكبائر غير المتعرض للكذب «٢».

وفيه: مضافا الى انه مسوق لبيان الكبائر التي ثبت كونها كذلك بالكتاب كما يشير اليه قول السائل اريد ان أعرف الكبائر من كتاب

الله عز و جل: انه يقيد اطلاق مفهومه بما تقدم مما دل على ان الكذب من الكبائر.

و يشهد لذلك اختلاف الأخبار في عدد الكبائر ففي جملة منها انها سبع، و في جملة اخرى انها خمس، و في بعضها انها تسع.

فتحصل: ان الأظهر كونه من الكبائر مطلقا.

(١) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب جهاد النفس، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١١٦

و قوله لا يعدن أحدكم صبيه ثم لا يفى له لا بد ان يراد به النهي عن الوعد مع إضمار عدم الوفاء و هو المراد ظاهرا بقوله تعالى: (كبر

مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون) بل الظاهر عدم كونه كذبا حقيقيا (١) و ان اطلاق الكذب عليه في الرواية لكونه في حكمه من

حيث الحرمة أو لأن الوعد مستلزم للأخبار بوقوع الفعل، كما ان سائر الإنشاءات كذلك و لذا ذكر بعض الأساطين ان الكذب، و إن

كان من صفات الخير إلا ان حكمه يجرى في الإنشاء المنبئ عنه كمدح المذموم، و ذم الممدوح و تمنى المكاره و ترجى غير المتوقع

و إيجاب غير الموجب و ندب غير النادب و وعد غير العازم، و كيف كان.

(١) قوله بل الظاهر عدم كونه كذبا حقيقيا.

صرح غير واحد: بأن الوعد مع إضمار عدم الوفاء لا يكون كذبا حقيقيا، وإن اطلاق الكذب عليه في خبر الحارث الأعور، لكونه في حكمه من حيث الحرمة.

ومنشأ ذلك على ما يظهر من المصنف قدس سره: ان الوعد ليس من نوع الخبر، بل هو من أقسام الإنشاء وهو صريح المحقق المجلسي قدس سره في مرآة العقول و لكن ظاهر كلام المحققين من أصحابنا والمخالفين ان الوعد من نوع الخبر، وهو محتمل للصدق والكذب.

و تنقيح القول في ذلك: ان الوعد على أقسام:

الأول: ان يخبر المتكلم عن عزمه على فعل شيء أو تركه، كأن يقول: إنني عازم على أن أجيء في بيتك، لا ريب في دخول هذا في الخبر، فإنه يخبر عن أمر نفساني نظير الأخبار عن سائر الصفات النفسانية كالحب والبغض ونحوهما.

الثاني: أن يخبر عن فعل أمر أو تركه في المستقبل، كأن يقول: اجيئك غدا، وهذا أيضا لا ريب في كونه من نوع الخبر، غاية الأمر المخبر به أمر استقبالي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١١٧

...

الثالث: ان يلتزم بشيء بنفس الجملة التي تكلم بها، كأن يقول المولى لعبده:

إذا فعلت الفعل الفلاني أعطيك درهما، والظاهر ان هذا من نوع الإنشاء فانه ليس اخبارا عن الإعطاء، بل هو الزام أمر على نفسه وإن علم انه لا يوقعه.

هذا كله في حقيقة الوعد وأقسامه.

و أما حكم الوعد، ففي الأول: إذا كان عازما على ذلك الفعل كان ذلك الخير صدقا و جائزا و إلا فيحرم لأجل كونه كذبا من غير فرق في الصورتين بين أن يفعل في المستقبل و ان لا يفعل.

و في الثاني: اتصافه بالصدق أو الكذب دائر مدار تحقق ذلك الفعل في ظرفه و عدمه، و أما تنجز حرمة و عدمه فهما دائران مدار علمه بالفعل و عدمه كما لا يخفى.

و في الثالث: لا يتصف بالصدق أو الكذب حتى مع إضمار عدم الوفاء و العلم به.

و قد استدل المصنف قدس سره لحرمة الوعد مع إضمار عدم الوفاء.

بالآية الشريفة (كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون) «١».

و بقوله عليه السلام في خبر الحارث المتقدم: و لا يعدن أحدكم صبيه ثم لا يفى له «٢».

و فيهما نظر:

أما الآية الشريفة: فسيأتي تحقيق القول فيها، و ستعرف عدم دلالتها على ذلك.

و أما الخبر: فيرد عليه: مضافا الى ضعف سنده.

انه معارض بأخبار دالة على جواز الوعد الكاذب مع مطلق الأهل، و سيجيء بعضها في مسوغات الكذب.

مع انه يمكن ان يقال: إنه نهى عن عدم الوفاء لاعن الوعد، فإن الظاهر من مثل هذا التركيب رجوع النهى الى القيد، كما إذا قال: لا تأتني راكبا، فإنه نهى عن الركوب.

(١) سورة الصف، آية ٤.

(٢) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١١٨

فالظاهر عدم دخول خلف الوعد في الكذب لعدم كونه من مقولة الكلام، نعم هو كذب للوعد بمعنى جعله مخالفا للواقع كما ان انجاز الوعد صدق له بمعنى جعله مطابقا للواقع، فيقال صادق الوعد و وعد غير مكذوب و الكذب بهذا المعنى ليس محرما على المشهور.

حكم خلف الوعد

هذا كله في حقيقة الوعد و حكمه.

و أما خلف الوعد فقد استدل لحرمة بوجوه:

الأول: انه يوجب اتصاف الوعد بالكذب فيشملة ما دل على حرمة الكذب.

وفيه: ان ظاهر الأدلة حرمة ايجاد الكلام كذبا، و أما ايجاد صفة الكذب في الكلام المتقدم فلا يكون مشمولا لتلك الأدلة، مع انه أخص من المدعى، فإن ذلك يتم في القسم الثاني من أقسام الوعد دون الأول و الثالث كما لا يخفى.

الثاني: جملة من الآيات:

منها قوله تعالى: (و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) «١». فانه يشمل بعمومه او اطلاقه عهود الخلق أيضا، و العهد و الوعد متقاربان.

وفيه: ان المراد بالعهد في هذه الآية بحسب ظاهر السياق هي الوصية.

و على كل تقدير كون العهد و الوعد بمعنى واحد محل تأمل و نظر، نعم أحد معاني العهد الوعد، كما ان الضمان و الذمة من جملة معانيه.

و منها: قوله تعالى: (و الموفون بعهدهم إذا عاهدوا) «٢».

و يرد عليه: مضافا الى ما تقدم: انه لا يدل على أزيد من رجحان الوفاء بالعهد و لا يدل على لزومه.

(١) سورة الإسراء، آية ٣٥.

(٢) سورة البقرة، آية ١٧٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١١٩

و إن كان غير واحد من الأخبار ظاهرا في حرمة (١) و في بعضها الاستشهاد بالآية المتقدمة.

و منها: قوله تعالى: (لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون) «١».

و تقريب الاستدلال به: انه انما يكون النهي فيه نهيا عن عدم الفعل، أما على سبيل القلب و يكون المعنى: لم لا تفعلون ما تقولون؟ أو يقال: ان النهي متوجه الى القيد و هو عدم الفعل، فيدل على حرمة عدم العمل بما وعد، و يشير الى ذلك ما في بعض النصوص الآتية من الاستشهاد به لحرمة خلف الوعد.

وفيه: ان الظاهر من الآية الشريفة- كما أفاده جمع من المحققين- هو النهي عن القول للناس من دون أن يعمل نفسه، كأن يأمر الناس

بالمعروف و يتركه، و ينهيه عن المنكر فيفعله، فتكون هذه الآية نظيرة قوله تعالى (أ تأمرون الناس بالبر و تنسون أنفسكم) «٢» و عليه فهي أجنبية عن المقام، و أما النصوص التي استشهد بها فيها، فسيأتى التعرض لها.

(١) الثالث: جملة من النصوص: كمصحح هشام بن سالم عن الإمام الصادق عليه السلام:

عدة المؤمن أخاه نذر لا كفارة له، فمن اخلف فبخلف الله بدأ و لمقته تعرض، و ذلك قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون... الخ) «٣».

و مصحح شعيب العرقوفى عنه عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله: من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فليف إذا وعد «٤» و نحوهما غيرهما.

و لكن الإجماع القطعى القائم على جواز خلف الوعد، و لذا ترى ان المتأخرين يستدلون على عدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائى بالاجماع على عدم لزومه، و فى غير

(١) سورة الصف، آية ٣-٢.

(٢) سورة البقرة، آية ٤٥.

(٣) الوسائل، باب ١٠٩، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

(٤) الوسائل، باب ١٠٩، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٢٠

ثم إن ظاهر الخبرين الأخيرين خصوصا المرسله حرمه الكذب حتى فى الهزل (١) و يمكن أن يراد به الكذب فى مقام الهزل. و أما نفس الهزل و هو الكلام الفاقد للقصد الى تحقق مدلوله (٢) فلا يبعد أنه غير محرم مع نصب القرينه على ارادة الهزل كما صرح به بعض، و لعله لانصراف الكذب الى الخبر المقصود و للسيرة.

ذلك من موارد الوعد يستدلون بالاجماع على عدم لزوم ما وعد الإتيان به، و السيرة القطعية المستمرة القائمة على خلف الوعد.

يوجبان حمل تلك النصوص على الاستحباب، اللهم إلا أن يقال: إن بعض تلك النصوص لا يقبل الحمل على الاستحباب فمراعاة الاحتياط أولى.

و ان اراد الاحتياط بغير الوفاء فيقيد وعده بقول انشاء الله تعالى فانه يحل النذور و الأيمان المؤكده كما صرح به فى الأخبار «١»، و يوجب عدم انعقاد اليمين و النذر فضلا عن الوعد.

حرمه الكذب فى الهزل

(١) قوله حرمه الكذب حتى فى الهزل.

بقى الكلام فى أمور: أحدها انه يحرم فعل الكذب فى الهزل أم لا؟ الكلام المستعمل فى مقام الهزل على قسمين:

الأول: ما يقصد به الأخبار عن أمر و يكون الداعى له هو الهزل لا الجدى، كأن يقول لزيد: جاء أبوك من السفر، بداعى الهزل، لا كلام فى أن هذا من نوع الخبر و لو كان مخالفا للواقع يكون كذبا، و تدل على حرمة جميع الأدلة الدالة على حرمة الكذب.

(٢) الثانى: ما لا يقصد به الاخبار عن أمر، بل يكون الكلام مسوقا لبيان انشاء أمر بداعى الهزل مع ظهوره فى كونه انشاء و لو بواسطة

القرائن، كأن يقال للرجل الجبان مخاطبا اياه: ايها الشجاع أو ايها الأسد، و هذا القسم من الهزل لا يكون من نوع الخبر فلا

(١) الوسائل، باب ٢٨، من كتاب الايمان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٢١

و يمكن حمل الخبرين على مطلق المرجوحية، و يحتمل غير بعيد حرمة لعموم ما تقدم خصوصا الخبرين الأخيرين و النبوى فى وصية أبى ذر (١) لأن الأكاذيب المضحكة أكثرها من قبيل الهزل.

و عن الخصال بسنده عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنا زعيم بيت فى أعلى الجنة و بيت فى وسط الجنة و بيت فى رياض الجنة لمن ترك المراء، و إن كان محقا و لمن ترك الكذب و إن كان هازلا و لمن حسن خلقه. (٢)
و قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يجد الرجل طعم الأيمان حتى يترك الكذب هزله وجده. (٣)

يتصف بالكذب و لا بالصدق، و لا تشمله أدلة حرمة الكذب، و مقتضى الأصل هو الجواز، و عليه.

فلا وجه لقول المصنف قدس سره و لا يبعد انه غير محرم، ثم الاستدلال له بالانصراف و بالسيرة. إذ هذا القسم من الهزل لا يكون متصفا بالكذب حتى يحتاج الحكم بجوازه الى دعوى الانصراف و السيرة.
و قد استدل لحرمة بجملة من النصوص.

كخبر حارث «١» و مرسل سيف «٢» و النبوى فى وصية النبى لأبى ذر «٣» المتقدمة. و إليها اشار المصنف قدس سره.
(١) قال خصوصا الخبرين الأخيرين و النبوى.

(٢) و خبر الخصال «٤» عن رسول الله صلى الله عليه و آله لاحظ المتن.

(٣) و خبر الأصعب بن نباتة عن الإمام على عليه السلام: لا يجد عبد طعم الإيمان حتى يترك الكذب هزله وجده «٥».

(١) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٤.

(٤) الوسائل، باب ١٣٥، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٨.

(٥) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٢٢

ثم إنه لا- ينبغى الإشكال فى ان المبالغة فى الادعاء و إن بلغت ما بلغت ليست من الكذب (١) و ربما يدخل فيه اذا كانت فى غير محلها كما لو مدح انسان قبيح المنظر و شبه وجهه بالقمر إلا- اذا بنى على كونه كذلك فى نظر المادح، فان الأنظار تختلف فى التحسين و التقييح كالذوات فى المطعومات.

يرد على الجميع: أولا: انها ضعيفة السند، أما الروايات المتقدمة فلما تقدم، و أما خبر اصبع فلعمرو.

و ثانيا: ان اغلبها لا تدل على الحرمة، بل غاية ما تدل عليه هى المرجوحية الملازمة مع الكراهة، و ذلك لان قوله عليه السلام فى خبر حارث لا يصلح من الكذب جد و لا هزل لو لم يكن ظاهرا فى الكراهة، لما كان ظاهرا فى الحرمة قطعا. كما ان قوله عليه السلام فى مرسل سيف اتقوا الكذب لا يستفاد منه ازيد من المرجوحية لمادة اتقوا، و للتعليل فيه. و كذلك قوله عليه السلام فى خبر الخصال: انا زعيم بيت فى الجنة... الخ لا يدل على رجحان ترك الكذب فى الهزل، كما ان خبر اصبع لا يستفاد منه ازيد من ذلك، إذ المكروه أيضا يمنع عن وجدان المؤمن طعم ايمانه.

المبالغة

(١) ثانيها: انه هل المبالغة في الادعاء من الكذب أم لا؟ المبالغة في الادعاء تارة: تكون بالقاء كلام له ظهور اولى و ظهور ثانوى و لو بواسطة القرائن، و هو بظهوره الاولى مخالف للواقع، ولكنه بظهوره الثانوى موافق له، و المتكلم اراد منه ما هو ظاهر منه بالظهور الثانوى، و من هذا القبيل باب التشبيه و الاستعارة و الكناية، كتشبيه الوجه الحسن بالقمر، و استعارة الأسد للرجل الشجاع، و الكناية عن الجود بكثرة الرماد.

و اخرى: تكون بالقاء كلام ليس له غير ظهور واحد و اراد المتكلم منه ذلك، و هو مخالف للواقع، كأن يقول: اعطيت زيدا خمسين درهما، و الحال انه اعطاه درهما واحدا، أو القاء كلام له ظهور ثانوى و اراده المتكلم و هو مخالف للواقع، كأن يكنى عن رجل بخيل بكثير الرماد، ففي القسم الأول لا- يتصف الكلام بالكذب بخلاف القسم الثانى، فلا تحرم فى الاول، و تحرم فى الثانى، و لا يخفى وجههما.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٢٣

و أما التورية: و هو ان يريد بلفظ معنى مطابقا للواقع و قصد من إلقائه أن يفهم المخاطب منه خلاف ذلك مما هو ظاهر فيه عند مطلق المخاطب أو المخاطب الخاص كما لو قلت فى مقام إنكار ما قلته فى حق أحد علم الله ما قلته و اردت بكلمة ما الموصلة و فهم المخاطب النافية، و كما لو استأذن رجل بالباب فقال الخادم له: ما هو هاهنا و أشار الى موضع خال فى البيت، و كما لو قلت اليوم ما أكلت الخبز تعنى بذلك حالة النوم أو حالة الصلاة الى غير ذلك، فلا ينبغى الإشكال فى عدم كونها من الكذب (١) و لذا صرح الأصحاب فيما سيأتى من وجوب التورية عند الضرورة بأنه يؤدي بما يخرج من الكذب بل اعترض جامع المقاصد على قول العلامة فى القواعد فى مسألة الوديعه إذا طالبها ظالم، بأنه يجوز الحلف كاذبا و يجب التورية على العارف بها: بأن العبارة لا تخلو من مناقشة حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التورية، و معلوم أن لا كذب معها، انتهى.

و من القسم الأول ما جرت به العادة من المبالغة فى الأعداد فى بعض الموارد، كأن يقول: قلت: كذا مائة مرة، أو طلبت منك ذلك ألف مرة، فانه لا يراد بذلك تفهيم المرات بعددها بل تفهيم الكثير و الاهتمام، و قد تعارف ذلك بين المتحاورين، فإن كان لم يقل و لم يطلب الا مرة واحدة كان الكلام كذبا، و إن قال أو طلب مرات كان صدقا.

التورية

(١) قوله فلا ينبغى الإشكال فى عدم كونها من الكذب.
ثالثها: فى أنه هل التورية من الكذب أم لا؟ قبل بيان ان التورية من الكذب أم لا، لا بد من تنقيح الكذب موضوعا، فإنه وقع الخلاف فيه من جهتين بعد الاتفاق على ان الكذب عدم المطابقة.
الأولى فى المطابق (بالكسر) و ان العبرة بعدم مطابقة المراد او بعدم مطابقة ظهور الكلام.
الثانية: فى المطابق (بالفتح)، و ان المعبر عدم مطابقة الكلام للواقع، أو عدم مطابقتها للاعتقاد او عدم مطابقتها لهما معا.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٢٤

و وجه ذلك ان الخبر باعتبار معناه و هو المستعمل فيه كلامه ليس مخالفا للواقع و انما فهم المخاطب من كلامه أمرا مخالفا للواقع لم يقصده المتكلم من اللفظ، نعم لو ترتب عليها مفسدة حرمت من تلك الجهة اللهم الا ان يدعى ان مفسدة الكذب و هى الإغراء موجودة فيها و هو ممنوع لأن الكذب محرم لا لمجرد الإغراء و ذكر بعض الأفاضل ان المعبر فى اتصاف الخبر بالصدق و الكذب هو

ما يفهم من ظاهر الكلام، لا ما هو المراد منه، فلو قال: رأيت حمارا و أراد منه البليد من دون نصب قرينه فهو متصف بالكذب، و إن لم يكن المراد مخالفا للواقع، انتهى موضع الحاجة.

المشهور بين الأصحاب- على ما نسب اليهم- ان الكذب هو عدم مطابقه ظهور الكلام للواقع، و الظاهر ان هذا منهم مبتن على ما بنوا عليه في حقيقة الجملة الخبرية من انها انما وضعت للنسب الخارجية، فانه على هذا ان طابق الكلام بما له من الظهور للواقع كان صدقا و الا فكذب، مثلا لو قال: زيد قائم، فالمدلول لهذه الجملة تحقق النسبة في الخارج، فان طابق الدال لها فصدق و الا فكذب. و لكن المبني فاسد كما حققناه في زبدة الأصول و نشير الى وجوه فساده في المقام إجمالا:

الأول: عدم وجود النسبة في كثير من الجمل، كقولنا الإنسان ممكن و نحوه، و دعوى اعمال العناية في جميع ذلك كما ترى.

الثاني: عدم كاشفية الجملة عن الواقع و لو ظنا، فلو كانت موضوعة للنسبة الخارجية لكانت دلالتها عليها قطعية.

الثالث: ان الكلام لو كان دالا على النسبة الخارجية لما كان يحتمل فيه الكذب، و قد عرفوا القضية بأنها تحتمل الصدق و الكذب. و الحق في الجملة الخبرية انها وضعت لقصد الحكاية عن النسبة الخارجية مثلا، و هي في هذه الدلالة لا تتصف بالصدق و الكذب و انما تتصف بهما باعتبار المدلول إذ الحكاية عن النسبة ان طابقت الواقع فهي صادقة، و الا فكاذبة، و بذلك يظهر ان الكذب هو عدم مطابقه مراد المتكلم للواقع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٢٥

فان أراد اتصاف الخبر في الواقع فقد تقدم انه دائر مدار موافقه مراد المخبر و مخالفته للواقع لأنه معنى الخبر، و المقصود منه دون ظاهره الذي لم يقصد. و إن أراد اتصافه عند الواصف فهو حق مع فرض جهله بارادة خلاف الظاهر، لكن توصيفه حينئذ باعتقاد ان هذا هو مراد المخبر و مقصوده فيرجع الأمر الى إناطة الاتصاف بمراد المتكلم، و إن كان الطريق اليه اعتقاد المخاطب.

لا يقال: إن هذا يناهض آية المنافقين «١» الذين شهدوا بأن محمدا رسول الله صلى الله عليه و آله حيث انه تعالى سجل عليهم بأنهم كاذبون، مع ان ما اخبروا به كان مطابقا للواقع.

فانه يرد بأن المخبر عنه لم يكن ثبوت الرسالة بل كان هو الشهادة به، و هي عبارة عن حضور المشهود به في الذهن، و حيث انهم كانوا غير معتقدين بالرسالة، فقال الله تعالى في حقهم: (إنهم كاذبون) فان قلت: بناء على ما اخترت في حقيقة الكذب لو شك المتكلم ان كلامه مطابق للواقع فيكون صدقا او مخالفا له، فيكون كذبا يتعين البناء على جواز التكلم به للشك في صدق موضوع الكذب، فتجربى أصالة البراءة عن الحرمة.

أجبتنا عنه: بأن هذا الأصل في نفسه و إن كان جاريا الا انه للعلم الإجمالي بحرمة هذا الأخبار او الأخبار بنقيضه- إذ أحدهما كذب جزما- لا يجري هذا الأصل للمعارضة، فمقتضى العلم الإجمالي هو الاجتناب عن كلا الخبرين.

إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: أن التورية خارجة عن الكذب موضوعا، فإن حقيقة التورية، ان يلقي كلاما له ظهور في معنى، و هو يريد منه غير ذلك المعنى، و يكون المعنى المراد مطابقا للواقع دون المعنى الظاهر، كما اذا استأذن رجل بالباب و قال الخادم له: ما هو هاهنا، مشيرا الى موضع خال في البيت.

(١) المنافقون، آية ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٢٦

و مما يدل على سلب الكذب عن التورية ما روى في الاحتجاج. انه سئل الصادق عليه السلام عن قول الله عز و جل في قصة ابراهيم

(على نبينا وآله و عليه السلام): بل فعله كبيرهم هذا فاسألوهم إن كانوا ينطقون قال: ما فعله كبيرهم و ما كذب ابراهيم، قيل: و كيف ذلك، فقال: انما قال ابراهيم: إن كانوا ينطقون أى ان نطقوا فكبيرهم فعل و إن لم ينطقوا، فلم يفعل كبيرهم شيئا، فما نطقوا و ما كذب ابراهيم، و سئل عن قوله تعالى: أيتها العير إنكم لسارقون قال: انهم سرقوا يوسف من أبيه ألا ترى انهم قالوا نفقد صواع الملك و لم يقولوا سرقتم صواع الملك، و سئل عن قول الله عز و جل حكاية عن ابراهيم عليه السلام انى سقيم، قال: ما كان ابراهيم سقيما و ما كذب انما عنى سقيما فى دينه أى مرتادا. (١)

ثم انه يعتبر فى صدق التورية أمران آخران غير ما مر:

أحدهما: أن يكون اللفظ بحسب المتفاهم العرفى العادى ظاهرا فى غير ما أراد المتكلم، فلو كان ظاهرا فيه و لكن المخاطب لقصور فهمه لم يلتفت اليه، لم يكن ذلك من التورية.

ثانيهما: أن تكون ارادة ذلك المعنى من ذلك اللفظ صحيحه، بأن كان بينهما علاقة، فلو كان استعماله فيه غير صحيح لما كان من التورية، مثلا لو قال: اعطيت زيدا خمسين درهما، و هو أراد به درهما واحدا، و قد اعطاه فى الواقع درهما، كان ذلك من الكذب لا من التورية، و لعله الى هذا أشار العلامة فى محكى القواعد فى مسألة الوديعه إذا طالبها ظالم حيث قال: و يجب التورية على العارف بها، كما انه اليه نظر المفيد حيث قال فى هذه المسألة و إن لم يحسن التورية و كان نيته حفظ الأمانة ... الخ.

و قد استدلل لخروج التورية عن الكذب بروايات:

(١) الأولى: رواية الاحتجاج المذكورة فى المتن «١».

فانها تدل على ان الأقوال المذكورة انما هى من التورية و ليست من الكذب.

(١) احتجاج الطبرسى، ص ١٩٤، من طبعه النجف، عام ١٣٥٠ هـ

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٢٧

...

و أورد عليها: بأن الفعل الخارجى و هو الكسر لم يصدر عن الأصنام سواء كانوا ناطقين أم لا، فكيف تصح الملازمة. و بعبارة اخرى: ان صدق القضية الشرطية و كذبها دائران مدار صحة الملازمة و فسادها، و حيث انها فاسدة فى المقام، إذ الفعل صدر عن ابراهيم على كل تقدير، فلا تكون القضية صادقة.

و الجواب عن ذلك بعد ملاحظة مقدمتين واضح:

الأولى: ان القضية الخبرية انما تكون مبرزة لقصد الحكاية عن ثبوت المحمول للموضوع أو نفيه عنه. و هى ربما تطابق مع الخارج و قد لا تطابق، و بهذا الاعتبار تتصف بالصدق و الكذب.

الثانية: انه كما ان ظاهر القضية الشرطية فى الإنشائيات رجوع القيد الى الاعتبار النفسانى المبرز بالصيغة لا المادة التى متعلقة له، كذلك ظاهرها فى الاخباريات رجوع القيد الى قصد الحكاية، فمع انتفاء الشرط ينتفى هذا القصد من غير نظر الى الواقع. إذا عرفت هاتين المقدمتين تعرف أن المعلق على الشرط فى الآية الشريفة انما هو قصد الحكاية عن انه فعله كبيرهم، فمع انتفاء الشرط ينتفى هذا القصد، فلا تكون القضية كاذبة.

و أجاب عنه المحقق التقى بوجه آخر، و هو: ان المقصود صدق الشرطية فى قولنا: و إن لم ينطقوا فلم يفعل كبيرهم، و لا ريب فى صدق تلك، إذ عدم النطق الذى هو كناية عن عدم القدرة و القوة على شىء مستلزم لعدم صدور الأفعال الاختيارية عنها.

و فيه: ان هذه القضية غير مذكورة في الآية الشريفة و المذكورة انما هي القضية الأولى التي ادعى انها كاذبة، و لكن الرواية لضعف سندها للإرسال لا يعتمد عليها.

و قد قيل في تفسير الآية الشريفة وجوه اخر مذكورة في مرآة العقول و غيرها:

منها ان تلك الأقوال كاذبة خارجة عن الكذب حكما لأنها في مقام الاصلاح، و تدل على هذا جملة من النصوص.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٢٨

و في مستطرفات السرائر من كتاب ابن بكير، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يستأذن عليه يقول للجارية قولي ليس هو هاهنا فقال: لا بأس ليس بكذب (١) فان سلب الكذب مبنى على ان المشار اليه بقوله هاهنا موضع خال من الدار إذ لا وجه له سوى ذلك و روى في باب الحيل من كتاب الطلاق للمبسوط (٢) ان واحدا من الصحابة صحب واحدا آخر فاعترضهما في الطريق اعداء المصحوب، فأنكر الصحاب انه هو فاحلفوه فحلف لهم انه اخوه، فلما أتى النبي صلى الله عليه و آله قال له: صدقت، المسلم اخو المسلم، إلى غير ذلك مما يظهر منه ذلك.

و منها: غير ذلك.

(١) الثانية: ما رواه «١» ان ادريس في آخر السرائر لاحظ المتن.

(٢) الثالثة: ما أشار اليه في المتن بقوله ان واحدا ... الخ و هي رواية سويد بن غفلة قال: خرجنا و معنا وائل بن حجر نريد النبي صلى الله عليه و آله فأخذه اعداء له فتخرج القوم ان يحلفوا و حلفت بالله انه أخى فحلى عنه العدو، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه و آله فقال: صدقت، المسلم اخو المسلم «٢».

و أورد عليه: بأن ظاهر الخبر انه حلف على كون الرجل أخاه النسبي، فيكون من الكذب الجائر للضرورة لا التورية. و فيه: ان الاستفادة من كلام النبي صلى الله عليه و آله انه أراد بكونه أخاه انه اخوه في الدين، أو انه قصد مفهوم الأخوة، و عليه فيدل هو على جواز التورية و خروجها عن الكذب موضوعا.

و بعبارة اخرى انه أجاز ما فعله سويد، و بين له صواب قوله فيما احتال به ليكون صادقا في يمينه.

(١) الوسائل، باب ١٤١، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٨.

(٢) المبسوط، كتاب الطلاق، باب الحيل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٢٩

أما الكلام في المقام الثاني: و هو مسوغات الكذب.

إشارة

فاعلم أنه يسوغ الكذب لوجهين.

أحدهما: الضرورة (١) إليه فيسوغ معها بالأدلة الأربعة (٢) قال الله تعالى:

(إلا- من أكره و قلبه مطمئن بالايمان) (٣) و قال تعالى: لا يتخذ الكافرين أولياء من دون المؤمنين و من يفعل ذلك فليس من الله في شيء إلا أن تتقوا منهم تقياً).

الكذب لدفع الضرورة

الثاني: في مسوغات الكذب: و المتفق عليه منها بينهم اثنان.

(١) أحمد هما الكذب لدفع الضرورة.

بعد ما تقدم من أن مقتضى الأدلة حرمة الكذب في نفسه لا ريب في أن هذا الحكم كسائر الأحكام الشرعية يرتفع إذا زاحمه تكليف آخر أهم كما إذا توقف إنجاء المؤمن من الهلاكه على الكذب، كما انه يرتفع إذا اكره على متعلقه لعموم ما دل على رفع ما استكروهوا عليه.

(٢) وقد استدل على الجواز الكذب في مورد الضرورة بالخصوص بالأدلة الأربعة:

الأول: الاجماع.

وفيه: ان الإجماع وإن كان محققا الا- انه ليس اجماعا تعديدا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام لاستناد المجمعين الى ما في المسألة من الآيات و الروايات.

الثاني: الكتاب.

فقد استدل المصنف قدس سره بآيتين منه:

(٣) الاولى: (من كفر بالله من بعد إيمانه الا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان) «١».

و تقريب الاستدلال بها بنحو يسلم عما أورد عليه: انها تدل على جواز الكذب

(١) سورة النحل، آية ١٠٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٣٠

وقوله عليه السلام ما من شيء إلا و قد أحله الله لمن اضطر اليه و قد اشتهر ان الضرورات تبيح المحظورات، و الأخبار في ذلك أكثر من أن تحصى (١) و قد استفاضت أو تواترت بجواز الحلف كاذبا لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه، و الاجماع أظهر من أن يدعى أو يحكى و العقل مستقل بوجوب ارتكاب أقل القبيحين (٢) مع بقاءه على قبحة او انتفاء قبحة لغلبة الآخر عليه على القولين في كون القبح العقلي مطلقا أو في خصوص الكذب لأجل الذات أو بالوجوه و الاعتبارات و لا إشكال في ذلك كله.

بالأخبار عن عدم اعتقاده بما هو معتقد به واقعا الذي يعتبر في الايمان الاعتقاد به عند الاكراه، فتدل على جواز الكذب في غير هذا المقام بالأولوية، و بذلك يندفع الايراد عليه بأن الظاهر ان الاكراه في الآية على انشاء التبرى و الارتداد، فلا ربط له بمقامنا.

و لكنها مختصة بخصوص الإكراه، فلا دلالة لها على جواز الكذب في غير هذا المورد.

الآية الثانية (لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين و من يفعل ذلك فليس من الله في شيء الا أن تتقوا منهم تقاة) «١».

فانها تدل على جواز الكذب بإظهار المحبة و المودة بالنسبة اليهم في حال التقية، فتدل على جواز الكذب في سائر الموارد بالأولوية.

وفيه: مضافا الى ان أخذ الغير وليا لنفسه لا يلزم اظهار مودته، فلا صلة لها بالمقام، انها مختصة بمورد التقية.

(١) الثالث السنة: و قد استفاضت الاخبار بل تواترت على جواز الحلف كاذبا لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه «٢»، و

ستأتى الإشارة الى جملة منها، و مفادها أعم مما دل على رفع ما اضطرروا اليه كما هو واضح.

الرابع العقل.

(٢) قال المصنف قدس سره و العقل مستقل بوجوب ارتكاب أقل القبيحين.

(١) آل عمران: ٢٩.

(٢) الوسائل، باب ١٢، من كتاب الايمان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٣١

إنما الأشكال و الخلاف في أنه هل يجب حينئذ التورية لمن يقدر عليها أم لا، ظاهر المشهور هو الأول (١) كما يظهر من المقنعة و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و القواعد و اللمعة و شرحها و التحرير و جامع المقاصد و الرياض، و محكي مجمع البرهان في مسألة جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعة، قال في المقنعة من كانت عنده امانة فطالبه ظالم فليجحد و ان استحلفه على ذلك فليحلف و يورى في نفسه بما يخرج به عن الكذب الى أن قال: فإن لم يحسن التورية و كان نيته حفظ الأمانة أجزأته النية و كان مأجورا، انتهى.

و قال في السرائر في هذه المسألة أعنى مطالبة الظالم الوديعة فإن قنع الظالم منه بيمينه فله أن يحلف، و يورى في ذلك انتهى. و في الغنية في هذه المسألة و يجوز له أن يحلف انه ليس عنده وديعة و يورى في يمينه بما يسلم به من الكذب بدليل إجماع الشيعة انتهى.

و في النافع حلف موريا، و في القواعد و يجب التورية على العارف بها، انتهى.

و في التحرير في باب الحيل من كتاب الطلاق لو أنكر الاستدانة خوفا من الاقرار بالبراءة أو القضاء جاز الحلف مع صدقه بشرط التورية بما يخرج به عن الكذب انتهى.

و في اللمعة يحلف عليه فيورى و قريب منه في شرحه.

و في جامع المقاصد في باب المكاسب يجب التورية بما يخرج به عن الكذب، انتهى.

و فيه: ان العقل و إن استقل بذلك في بعض موارد الضرورة كحفظ النفس المحترمة و لكنه لا- يستقل بذلك في جميع موارد الضرورة، و السر في ذلك عدم احاطته بالواقعات و عدم ادراكه مناطات الأحكام و مقاديرها، فلا يقدر على ترجيح بعضها على بعض في جميع الموارد.

(١) قوله ظاهر المشهور هو الاول.

و قد نسب المصنف قدس سره إلى المشهور انه يعتبر في جواز الكذب لدفع الضرورة عدم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٣٢

...

التمكن من التورية، و لكن كلماتهم التي نقلها قدس سره لا تنطبق على هذه النسبة فإن مورد حكمهم باشتراط التورية إن أمكنت انما هو جواز الحلف كاذبا، و أما جواز مطلق الكذب فهو خارج عن مورد كلامهم، بل ظاهر ما عن المقنعة عدم اشتراط جواز الكذب بعدم التمكن من التورية، فإنه قال: من كانت عنده أمانة فطالبها ظالم فليجحد، و إن استحلفه ظالم على ذلك فليحلف و يورى في نفسه بما يخرج به عن الكذب- الى أن قال- و إن لم يحسن التورية و كانت نيته حفظ الأمانة أجزأته النية.

فإن هذا كما تلاحظ- بمقتضى التفصيل بين جواز الانكار، و جواز الحلف كاذبا، و تقييد الثاني بالتمكن من التورية دون الأول- كالصريح في عدم اعتباره.

و كيف كان: ففي المسألة قولان:

و تحقيق القول فيها يقتضى البحث في مقامين:

الأول: فيما يقتضيه القواعد.

المقام الثاني: في بيان مقتضى النصوص الخاصة الدالة على جواز الكذب لدفع الضرر المالى أو البدنى عن نفسه أو عن أخيه. أما المقام الأول: ففيما اذا توقف واجب أهم على الكذب لا ينبغي التوقف في اعتبار عدم التمكن من التورية في جواز الكذب، إذ مع التمكن منها يكون قادرا على امتثال التكاليفين عقلا و شرعا، و معه لا يقع التراحم بينهما كى ترتفع حرمة الكذب. و بالجملة: في مورد جواز الكذب للاضطرار يعتبر عدم التمكن من التورية، إذ مع التمكن منها لا يصدق الاضطرار. و أما إذا أكره عليه فقد يقال بأنه لا يعتبر عدم امكان التورية في الحكم بجواز الكذب. و استدلووا لذلك بوجوه:

الأول: ان المعبر في صدق الاكراه أن يخاف انه لو علم المكروه بالامتناع لأوقعه في الضرر، و مع التفصلى بالتورية، إذا علم المكروه بالامتناع لأوقعه في الضرر، و ليست التورية كسائر ما يتفصلى به كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٣٣

...

و فيه: ان المناط في صدقه أن يخاف أنه لو امتنع لأوقعه في الضرر، و بديهى أن من يتمكن من التفصلى بالتورية لو امتنع لما وقع في الضرر.

الثاني: ان النصوص «١» الواردة في طلاق المكروه و عتقه و معاقدة الاجتماعات و الشهرة المدعاة حملها على صورة العجز عن التورية لجهل او دهشة بعيد جدا، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد.

و فيه: أولا: انها مختصة بباب العقود و الإيقاعات، و ستعرف القول بالفرق بين الأحكام الوضعية و التكليفيه في ذلك.

و ثانيا: ان المستهجن هو حمل المطلق على الفرد النادر، لا ورود الدليل لبيان ما ليس له غير أفراد نادرة كما في المقام.

الثالث: ما أفاده المحقق الايروانى قدس سره و حاصله يتنى على أمور:

أحدها: أن الاكراه انما يتعلق بالألفاظ أمكن التورية أم لا تفصلى بها أو بالكذب.

ثانيها: ان الألفاظ في باب الكذب جزء الموضوع بل عمدته.

ثالثها: ان الاكراه كما يرفع التحريم اذا تعلق بتمام الموضوع، كذلك يرفعه إذا تعلق بجزء الموضوع.

إذا تبينت هذه الأمور يظهر انه إذا اكره الشخص على اللفظ أوجب اكراهه ذلك ارتفاع الحكم التحريمى الضمنى عن ذلك اللفظ، و

المفروض ان مجرد القصد للمعنى ايضا ليس بحرام، فلا بأس أن لا يورى و يقصد المعنى الظاهر.

و لكن: يرد على ما أفاده قدس سره بعد بيان مقدمة:

وهى: انه لو أكره على أحد الفعلين أحدهما حرام و الآخر مباح لا كلام في عدم ارتفاع حرمة الفرد المحرم، بل يتعين الفعل المباح.

ان اللفظ الذى يكون كذبا حرام، و ما يكون مصداقا للتورية مباح، فالاكراه المتعلق بأحدهما لا يوجب رفع حرمة الأول.

(١) الوسائل، باب ١٤، من كتاب الايمان، و غيره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٣٤

و وجه ما ذكره ان الكذب حرام و لم يحصل الاضطرار اليه مع القدرة على التورية فيدخل تحت العمومات مع ان قبح الكذب عقلى

(١) فلا يسوغ الا مع تحقق عنوان حسن في ضمنه يغلب حسنه على قبحه و يتوقف تحققه على تحققه و لا يكون التوقف الا مع العجز

عن التورية و هذا الحكم جيد الا ان مقتضى اطلاقات ادلة الترخيص فى الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو أخيه

عدم اعتبار ذلك.

ففى رواية السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله أحلف بالله كاذبا ونج أخاك من القتل و صحیحة إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام سألته عن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف له لينجو به منه، قال: لا بأس، و سألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على مال «ماله» نفسه، قال: نعم.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار عدم إمكان التفصی بالتوريه فى ارتفاع حرمه الكذب بالإكراه أيضا.

(١) قوله مع ان قبح الكذب عقلى فلا يسوغ الا مع تحقق عنوان حسن.

يرد عليه أنه ليس ذاتيا بحيث لا يقبل التخصيص، بل يكشف من تجويز الشارع اياه فى بعض الموارد انه ليس بقبيح، لا انه قبيح، و انما يجوز لاستقلال العقل بوجوب ارتكاب أقل القبيحين.

و أما المقام الثانى: فمقتضى اطلاق النصوص الكثيرة الداله على جواز الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو عن أخيه، عدم اعتبار ذلك، لاحظ صحيح اسماعيل «١» و خبر السكونى «٢» و موثق زارة «٣» و خبر سماعه «٤» و مرسل الفقيه «٥» المذكورة فى المتن.

(١) الوسائل، باب ١٢، من كتاب الايمان، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٢، من كتاب الايمان، حديث ٤.

(٣) الوسائل، باب ١٢، من كتاب الايمان، حديث ٦.

(٤) الوسائل، باب ١٢، من كتاب الايمان، حديث ١٨.

(٥) الوسائل، باب ١٢، من كتاب الايمان، حديث ٩.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٣٥

و عن الفقيه قال: قال الصادق عليه السلام اليمين على وجهين الى ان قال: فأما اليمين التى يؤجر عليها الرجل اذا حلف كاذبا و لم تلزمه الكفارة فهو أن يحلف الرجل فى خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص او غيره.

و فى موثقه زارة بابن بكير انا نمر على هؤلاء القوم فيستحلفونا على أموالنا و قد أدينا زكاتها، فقال: يا زارة اذا خفت فاحلف لهم بما شاءوا.

و رواية سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام اذا حلف الرجل تقيّه لم يضره اذا هو أكره أو اضطر اليه، و قال: ليس شىء مما حرم الله الا و قد احله لمن اضطر اليه الى غير ذلك من الأخبار الواردة فى هذا الباب، و فيما يأتى من جواز الكذب فى الاصلاح التى يصعب على الفقيه التزام تقيدها بصورة عدم القدرة على التورية. و أما حكم العقل بقبح الكذب فى غير مقام توقف تحقق المصلحة الراجحة عليه فهو و إن كان مسلما الا انه يمكن القول بالعفو عنه شرعا للأخبار المذكورة، كما عفى عن الكذب فى الاصلاح و عن السب و التبرى مع الاكراه مع انه قبيح عقلا ايضا مع ان ايجاب التورية على القادر لا يخلو عن التزام بالعسر كما لا يخفى، فلو قيل بتوسعه الشارع على العباد بعدم ترتيب الآثار على الكذب فيما نحن فيه، و إن قدر على التورية كان حسنا الا ان الاحتياط فى خلافه بل هو المطابق للقواعد

(١)

لولا- استبعاد التقييد فى هذه المطلقات لأن النسبة بين هذه المطلقات و بين ما دل كالرواية الأخيرة و غيرها على اختصاص الجواز بصورة الاضطرار المستلزم للمنع مع عدمه مطلقا، عموم من وجه فيرجع الى عمومات حرمه الكذب فتأمل.

الى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك.

و ما دل على جواز الكذب للاصلاح، فإن هذه النصوص تدل على عدم اعتبار عدم التمكن من التورية، فتدل بالأولوية على جواز الكذب بغير الحلف لدفع الضرر.

(١) و المصنف قدس سره بعد ما استحسنت عدم اعتبار هذا القيد بمقتضى الاطلاق، و ايده بأن إيجاب التورية على القادر لا يخلو عن التزام بالعسر، جعل ما نسبه الى المشهور من اعتبار هذا القيد موافقا للقواعد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٣٦

...

و محصل كلامه: ان النسبة بين تلك المطلقات و خبر سماعه عن مولانا الصادق عليه السلام:

قال: اذا حلف الرجل تقياً لم يضره اذا هو أكره أو اضطر اليه، و قال: ليس شيء مما حرم الله الا و قد احله لمن اضطر اليه «١» و ما بمضمونه هي العموم من وجه، فإن المطلقات تدل على جواز الحلف كاذبا لدفع الضرر بلغ حد الاضطرار أم لا، أى أمكن التورية أم لا.

و رواية سماعه و ما مضمونها تدل على اختصاص الجواز بصورة الاضطرار و الاكراه، و مفهومها عدم الجواز فى غير هذين الموردين، فتقع المعارضة بينهما فى الكذب لدفع الضرر مع امكان التورية و عدم البلوغ حد الاضطرار و الاكراه، فتساقطان و يرجع الى عمومات حرمة الكذب.

و أورد عليه المحقق الايروانى قدس سره بإيرادين:

الأول: ان حديث رفع الاضطرار أى خبر سماعه و ما بمضمونه لا يشتمل الا على عقد سلبى، و لا تعرض له للعقد الاثباتى و هو عدم الارتفاع مع عدم الاضطرار كى يعارض مفهومه هذه الأخبار بالعموم من وجه.

وفيه: ان ما ذكر و إن تم فى غير صدر خبر سماعه، و لكنه لا يتم فيه، لأنه مشتمل على قضية شرطية و هي ذات مفهوم كما لا يخفى.

الوجه الثانى: انه لا وجه لجعل المرجع اطلاقات حرمة الكذب، مع ان هذه الاطلاقات معارضة لها بالعموم من وجه.

وفيه: ان النسبة بين ما دل على جواز الحلف كاذبا لدفع الضرر، و ما دل على حرمة الكذب عموم مطلق.

فالحق ان يورد على المصنف قدس سره- مضافا الى ضعف سند خبر سماعه للارسال و عدم وجود خبر آخر له مفهوم، و مضافا الى

ما احتمله المحقق التقى من أن صدر خبر سماعه وارد مورد الرخصة فى الحلف فى غير محل الدعوى و القضاء من دون نظر الى

الصادق و الكاذب فيكون خارجا عن محل الكلام- انه و إن كانت النسبة

(١) الوسائل، باب ١٢، من كتاب الايمان، حديث ١٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٣٧

هذا مع إمكان منع الاستبعاد المذكور لأن مورد الأخبار عدم الالتفات الى التورية فى مقام الضرورة الى الكذب إذ مع الالتفات، فالغالب اختيارها إذ لا داعى الى العدول عنها الى الكذب.

ثم إن أكثر الأصحاب مع تقيدهم جواز الكذب بعدم القدرة على التورية (١) اطلقوا القول بلغويته ما أكره عليه من العقود و الايقاعات

و الأقوال

هى العموم من وجه.

إلا انه لأظهرية هذه المطلقات تقدم هي على مفهوم خبر سماعه، إذ لو قدم خبر سماعه و حكم باختصاص جواز الحلف كاذبا بصورة الاكراه و الاضطرار لزم لغوية العناوين المأخوذة في المطلقات، و هي الكذب لدفع الضرر المالى أو البدنى عن نفسه أو عن أخيه. و هذا بخلاف العكس، فإن لازم تقديم المطلقات تقييد مفهوم خبر سماعه، و لا ريب فى ان الأول هو المتعين. و بعبارة أخرى: لو قدم خبر سماعه لزم كون تعليق الحكم على العناوين المأخوذة فى المطلقات لغوا و عدم دخلها فى الحكم، و هذا بخلاف ما لو قدم المطلقات.

فتحصل: ان الأظهر عدم اعتبار هذا القيد فى جواز الحلف كاذبا. و يؤيده عدم الاشارة الى ذلك فى تلك الأخبار الكثيرة، خصوصا فى قضية عمار و أبويه حيث أكرهوا على الكفر، و أظهر لهم عمار ما أرادوا فنزلت الآية (من كفر بالله من بعد إيمانه ... الخ) (١). فقال النبى صلى الله عليه و آله: ان عادوا عليك فعد. و لم ينبهه على التوريه مع شفقتة صلى الله عليه و آله على عمار، و علمه بكرهه عمار للتلفظ بألفاظ الكفر من دون توريه (٢). (١) قوله ثم ان أكثر الاصحاب مع تقييدهم جواز الكذب بعدم القدرة على التوريه.

(١) سورة النحل، آية ١٠٧.

(٢) الوسائل، باب ٢٩، من أبواب الأمر و النهى من كتاب الأمر بالمعروف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٣٨

المحرمة كالسب و التبرى من دون تقييد بصورة عدم التمكّن من التوريه بل صرح بعض هؤلاء كالشهيد فى الروضة و المسالك فى باب الطلاق بعدم اعتبار العجز عنها بل فى كلام بعض ما يشعر بالاتفاق عليه مع انه يمكن أن يقال ان المكروه على البيع انما اكره على التلفظ بالصيغة، و أما ارادة المعنى فمما لا تقبل الإكراه فاذا اراده مع القدرة على عدم ارادته، فقد اختاره. (١) فالإكراه على البيع الواقعى يختص بغير القادر على التوريه لعدم المعرفة بها او عدم الالتفات اليها كما ان الاضطرار الى الكذب يختص بغير القادر عليها، و يمكن ان يفرق بين المقامين بأن الإكراه انما يتعلق بالبيع الحقيقى او الطلاق الحقيقى غاية الأمر قدرة المكروه على التفصلى عنه بإيقاع الصورة من دون ارادة المعنى لكنه غير المكروه عليه و حيث ان الأخبار خالية عن اعتبار العجز عن التفصلى بهذا الوجه، لم يعتبر ذلك فى حكم الإكراه و هذا بخلاف الكذب فانه لم يسوغ الا عند الاضطرار اليه و لا اضطرار مع القدرة. (٢)

حاصله: ان أكثر الأصحاب اعتبروا فى جواز الكذب عدم تمكنه من التوريه، و لم يعتبروا ذلك فى فساد ما أكره عليه من العقود و الإيقاعات، بل فى كلام بعضهم دعوى الإجماع على عدم اعتبار ذلك.

(١) و أورد عليهم المصنف قدس سره بأن المكروه على البيع مثلا- مع تمكنه من عدم ارادة المعنى انما يكون مكرها على التلفظ بالصيغة، و لا يكون مكرها على البيع الحقيقى المتقوم بإرادة المعنى، فلو اراد المعنى و لم يور فقد أوجد البيع باختياره و ارادته فيكون صحيحا.

(٢) و أجاب هو قدس سره بوجود الفارق بين المقامين، و اجماله: ان المسوغ للكذب المحرم- مع قطع النظر عن النصوص الخاصة، هو الاضطرار و الإلجاء، و هذا العنوان لا يصدق مع التمكّن من التفصلى بالتوريه، و أما الراجع لأثر المعاملة فهو أعم من ذلك، بل لو صدق عنوان المكروه عليه على البيع الخارجى لما كان صحيحا، و حيث ان الإكراه انما تعلق بنفس

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٣٩

نعم لو كان الإكراه من أفراد الاضطرار بأن كان المعترى فى تحقق موضوعه عرفا أو لغة العجز عن التفصلى كما ادعاه بعض أو قلنا

باختصاص رفع حكمه بصورة الاضطرار بأن كان عدم ترتب الأثر على المكروه عليه من حيث انه مضطر اليه لدفع الضرر المتوقع عليه به عن النفس و المال، كان ينبغي فيه اعتبار العجز من التورية لعدم الاضطرار مع القدرة عليها. والحاصل ان المكروه اذا قصد المعنى مع التمكن من التورية صدق على ما أوقع انه مكروه عليه فيدخل في عموم رفع ما اكروهوا عليه. و أما المضطر فاذا كذب مع القدرة على التورية لم يصدق انه مضطر اليه فلا يدخل في عموم رفع ما اضطرروا اليه. هذا كله على مذاق المشهور من انحصار جواز الكذب بصورة الاضطرار اليه حتى من جهة العجز عن التورية و أما على ما استظهرناه من الأخبار كما اعترف به جماعة من جوازه مع الاضطرار اليه من غير جهة العجز عن التورية فلا فرق بينه وبين الإكراه كما ان الظاهر ان أدلة نفي الإكراه راجعة الى الاضطرار لكن من غير جهة التورية. فالشارع رخص في ترك التورية في كل كلام مضطر اليه للإكراه عليه أو دفع الضرر به هذا و لكن الأحوط التورية في البابين.

المعاملة و واقعها فإذا أوجدها المكروه فقد أوجد نفس ما أكره عليه، فيرتفع أثره بالإكراه.

و أشكل عليه أغلب المحشين، و هم المحققون الشيرازيان، و الإيرواني قدس سرهم بما حاصله: ان هذا الفرق لو تم فانما هو بين الإكراه و الاضطرار، و تماميته في المقام، تبتنى على عدم شمول نفي الإكراه للكذب إذا اكروه عليه، و يختص دليل نفي الاضطرار بالشمول له، و هذا مما لا يمكن الالتزام به، كيف و نسبة كل من دليلي رفع الإكراه و الاضطرار الى كل من الأمرين على حد سواء، فبأى وجه يجعل التصرف في دليل حرمة الكذب بأدلة الاضطرار و التصرف في أدلة العقود و الايقاعات بأدلة الإكراه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٠

...

و لكن الظاهر ان مراد المصنف قدس سره على ما يظهر من ذكره الفرق بين المقامين في كتاب البيع في مبحث الإكراه غير ما فهموه و أوردوا عليه.

و محصل كلامه قدس سره: أن الإكراه الراجع لأثر المعاملات، أوسع من الإكراه المسوغ للمحرمات: إذ مناط الأول عدم طيب النفس، و مناط الثاني دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه.

توضيح ذلك: ان المتبادر من الإكراه هو الجبر و اللجاء، و عليه يحمل الإكراه في حديث الرفع، فيكون الفرق بينه و بين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل، لا من فعل الغير كالجوع و نحوه، و الإكراه بما كان من فعل الغير. و حيث انه لا مسوغ لارتكاب المحرمات سوى حديث الرفع و ما يقرب منه، فلا يجوز ارتكابها ما لم يحصل اللجاء و الضرورة، و هذا العنوان لا يصدق مع امكان التفصي بالتورية.

و أما في المعاملات فحيث انه يعتبر في صحتها- زائدا على عدم الإكراه بالمعنى المتقدم- صدورهما عن الرضا و طيب النفس على ما تدل عليه الآية الشريفة و النصوص الكثيرة، فيكفي في عدم ترتب آثارها عليها الإكراه المقابل لطيب النفس، و إن لم يصل الى حد اللجاء و الاضطرار، و هو قد يتحقق مع امكان التفصي غيرها، مثلا من كان قاعدا في مكان خاص خال عن الغير متفرغا لعبادة او مطالعة فجاءه من اكروهه على بيع شيء مما عنده، و هو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره، و هو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدم يكفونه شر المكروه، فالظاهر صدق الإكراه بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء.

و لو فرض في هذا المثال اكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المكان.

ففي المقام اذا اكروه على الكذب و هو يتمكن من التفصي بالتورية لا يصدق الإكراه إذ المسوغ لارتكاب الحرام هو اللجاء و الضرورة غير الصادق في الفرض، و اذا اكروه على المعاملة فالمعاملة مكروه عليها، غاية الأمر يقدر المكروه على التفصي عنه بإيقاع الصورة من

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤١

ثم ان الضرر المسوغ للكذب هو المسوغ لسائر المحرمات، نعم يستحب تحمل الضرر المالي الذي لا يجحف (١) و عليه يحمل قول أمير المؤمنين عليه السلام في نهج البلاغة علامة الايمان ان تؤثر الصدق حيث يضرك على الكذب حيث ينفعك.

دون ارادة المعنى، لكنه غير المكروه عليه، فلا يعتبر ذلك في حكم الاكراه. هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلامه و به يندفع اليراد المتقدم. لكنه يرد عليه قدس سره أمران:

الأول: عدم تمامية الفرق المذكور، اذ طيب النفس و الرضا المعتبر في صحة العقود و الايقاعات ليس الا ما يقابل الالغاء و الاكراه، مثلا في المثال المتقدم لو باع من اكراه على البيع فهو بالعنوان الأولى، و إن كان لا يرضى به و لكن بعد ملاحظة العناوين الثانوية، مثل انه لا يريد الخروج عن ذلك المكان لا محالة يرضى بالمعاملة، فلو صدرت المعاملة عنه يكون صدورها عن الرضا و طيب النفس و بالاستقلال، و لا يكون ساقطا عن الاستقلال في التصرف بحيث لا تطيب نفسه بما صدر منه، فلو اعتذر و قال: ما كنت راضيا بها، يقال له: ما كنت ملجئا و مضطرا فكيف عاملت.

و بالجملة: لا يعتبر في صحة المعاملة من الرضا و طيب النفس، سوى ما يقابل الاكراه و الالغاء.

الثاني: انه لو تم ذلك لما كان المقام من مصاديق الاكراه اذ من يتمكن من التفصي بالتورية كمن كان خدمه حاضرين عنده في المثال، و توقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه و طرده، اعترف هو قدس سره في كتاب البيع بأنه لا يتحقق الاكراه في حقه، و يكذب لو ادعاه.

فتحصل: انه لا فرق بين المقامين:

(١) قوله نعم يستحب تحمل الضرر المالي لا يجحف.

وفيه: ان الضرر المالي ان صدق عليه الضرر جاز الكذب لدفعه، و الا فلا، و لم يدل دليل على استحباب تحمل الضرر و عدم الكذب في بعض الموارد، و قوله عليه السلام ففي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٢

ثم إن الأقوال الصادرة عن أئمتنا في مقام التقية في بيان الأحكام مثل قولهم لا بأس بالصلاة في ثوب اصابه خمر و نحو ذلك، و إن أمكن حمله على الكذب لمصلحة بناء على ما استظهرنا جوازه من الأخبار الا ان الأليق بشأنهم عليهم السلام (١) هو الحمل على ارادة خلاف ظواهرها من دون نصب قرينه، بأن يريد من جواز الصلاة في الثوب المذكور جوازها عند تعذر الغسل و الاضطراب الى اللبس، و قد صرحوا بإرادة المحامل البعيدة في بعض الموارد مثل انه ذكر عليه السلام ان النافلة فريضة ففرع المخاطب، ثم قال: انما اردت صلاة الوتر على النبي صلى الله عليه و آله و من هنا يعلم انه إذا

نهج البلاغة: علامة الايمان أن تؤثر الصدق حيث يضرك على الكذب حيث ينفعك «١» الذي استدلل به لذلك لا يدل عليه، إذ بواسطة التقابل فيه بين الصدق الضار مع الكذب النافع، يتعين حمل الضرر على ارادة عدم النفع، او النفع على ارادة عدم الضرر، و الأول لو لم يكن أظهر لا-ريب في إجمال الكلام حينئذ فلا يصح الاستدلال به إذ على الأول يكون الكذب محرما، و تركه حينئذ يكون علامة الايمان، فهو إما اجنبي عن المقام أو مجمل لا يمكن الاستدلال به.

بقي الكلام في أمرين:

الأول: ان الأقوال الصادرة عن الأئمة في مقام التقية في بيان الأحكام محمولة على ارادة خلاف ظواهرها، أو على الكذب لمصلحة.

(١) و المصنف قدس سره قال إن الالتيق بشأنهم هو الحمل على إرادة خلاف ظواهرها فهو يختار الأول. وفيه: انه مبنى على القول باستقلال العقل بقبح الكذب حتى فيما اذا طرأ عليه عنوان جوزه الشارع الأقدس، و لكنك عرفت عدم كونه كذلك، و انه في موارد تجويز الشارع اياه، لا يستقل العقل بقبحه في نفسه، و انه انما يجوز لأجل ارتكاب أقل القبيحين، و عليه فلا- يكون حمل النصوص الواردة في مورد التقيّة على ارادة خلاف ظواهرها من دون نصب قرينة اليق بشأنهم، بل ذلك و الكذب لمصلحة سواء.

(١) الوسائل، باب ١٤١، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٣

دار الأمر (١) في بعض المواضع بين الحمل على التقيّة و الحمل على الاستحباب، كما في الأمر بالوضوء عقيب بعض ما قال العامة بكونه حدثا تعين الثاني (٢) لأن التقيّة تتأدى بإرادة المجاز و إخفاء القرينة. (٣)

(١) فهل يتعين الثاني اذا دار الامر بين التقيّة و الحمل على الاستحباب كما في الامر بالوضوء عقيب بعض ما قال العامة بكونه حدثا.

(٢) فهل يتعين الثاني كما أفاده المصنف قدس سره أم لا؟ و ملخص القول في المقام:

ان الكلام الذي يدور أمره بين الحمل على التقيّة، او الاستحباب، يكون على أقسام:

الاول: ان يكون متضمنا لبيان حكم تكليفي، فيدور أمره بين إبقائه على ظاهره من الوجوب و حمله على التقيّة، و بين أن يراد به الاستحباب. ففي هذا القسم يحمل على الاستحباب.

(٣) لا لما علله المصنف قدس سره من ان التقيّة تتأدى بإرادة المجاز و إخفاء القرينة، بل لأن حقيقة الاستحباب ليست الا الامر بالفعل مع الترخيص في تركه في مقابل الوجوب الذي هو الأمر بالفعل مع عدم الترخيص في تركه.

و بعبارة اخرى: ان الوجوب و الاستحباب ينتزعان عن الترخيص في ترك المأمور به و عدمه، و الا فالأمر في المورد ينسحب في معنى واحد، و عليه، فاذا ورد أمر بشيء و علم من الخارج عدم وجوبه يحمل على الاستحباب.

الثاني: أن يكون متضمنا لبيان حكم وضعي، كما إذا ورد ان المذنب ناقض للوضوء، و دار الامر بين حمله على التقيّة، او على ارادة استحباب الوضوء عقيب المذنب منه، فالمتعين في هذا القسم الحمل على التقيّة، اذ إرادة الاستحباب من مثل هذه الجملة غير صحيحة فتأمل.

القسم الثالث: ان يتضمن الامر بعمل و يكون ظاهره الارشاد الى حكم وضعي، كما اذا أمر بالوضوء عقيب المذنب، حيث ان ظاهره الارشاد الى ناقضيته للوضوء، ففي هذا القسم اذا دار الامر بين الحمل على الاستحباب بإرادة خلاف ظاهر الامر منه أو حمله على التقيّة، فحيث ان الامر دائر بين الغاء اصالة الظهور، و بين الغاء أصالة تطابق المراد الجدي للمراد الاستعمالي، و لا مرجح لإحداهما على الاخرى فتساقطان و لا يصح الاعتماد على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٤

الثاني: من مسوغات الكذب ارادة الاصلاح (١) و قد استفاضت الاخبار بجواز الكذب عند ارادة الاصلاح. ففي صحيحة معاوية بن عمار المصلح ليس بكذاب و نحوها رواية معاوية بن حكم عن أبيه عن جده عن أبي عبد الله عليه السلام و في رواية عيسى بن حنان عن الصادق عليه السلام كل كذب مسئول عنه صاحبه يوما الا كذبا في ثلاثة:

رجل كائد في حربه، فهو موضوع عنه.

و رجل أصلح بين اثنين يلقي هذا بغير ما يلقي هذا يريد بذلك الاصلاح.

و رجل وعد أهله و هو لا يريد أن يتم لهم.
و بمضمون هذه الرواية في استثناء هذه الثلاثة روايات.

شيء منهما، فلا وجه للحمل على الاستحباب في هذا المورد.
و بما ذكرناه من القول الفصل ظهر ما في كلمات الاستاذ الاعظم و سائر الاساطين في المقام:

الكذب لإرادة الإصلاح

(١) قوله الثاني من مسوغات الكذب: ارادة الإصلاح.

لا خلاف في جواز الكذب لإرادة الإصلاح بين المتخصصين، و تشهد له جملة من النصوص: كصحيح معاوية بن عمار «١». و رواية معاوية بن حكم «٢» و خبر عيسى بن حسان «٣» و مرسل الواسطي «٤» و ما عن الصدوق في كتاب الاخوان «٥». المذكورة في المتن الى غير ذلك من النصوص الكثيرة.

(١) الوسائل، باب ١٤١، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٣.

(٢) نفس المصدر، حديث ٩.

(٣) نفس المصدر، حديث ٥.

(٤) الوسائل، باب ١٤١، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٦.

(٥) نفس المصدر، حديث ١٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٥

و في مرسله الواسطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الكلام ثلاثة صدق و كذب و إصلاح بين الناس قيل له جعلت فداك و ما الاصلاح بين الناس؟ قال: تسمع من الرجل كلاما يبلغه فتخبث نفسه فتقول: سمعت فلانا قال فيك من الخير كذا و كذا خلاف ما سمعته.

و عن الصدوق في كتاب الاخوان بسنده عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: ان الرجل ليصدق على أخيه فيصيبه عنت من صدقه فيكون كذابا عند الله و ان الرجل ليكذب على أخيه يريد به نفعه فيكون عند الله صادقا، ثم ان ظاهر الاخبار المذكورة عدم وجوب التورية و لم أر من اعتبر العجز عنها في جواز الكذب في هذا المقام و تقييد الاخبار المذكورة بصورة العجز عنها في غاية البعد و إن كان مراعاته مقتضى الاحتياط.

و يمكن أن يستدل له بأنه أمر في الآية الشريفة (انما المؤمنون إخوة فاصلحوا بين أخويكم) «١» بالإصلاح، و مقتضى اطلاقه مطلوبة الاصلاح و إن كان بالكذب، فتعارض الآية الشريفة مع عموم ما دل على حرمة الكذب بالعموم من وجه، و الترجيح مع الآية الشريفة.

فأصل الحكم مما لا توقف فيه، انما الكلام في موارد:

الاول: انه قد يقال: إنه كما يجوز الكذب لإرادة الاصلاح كذلك يجوز لجلب نفع الاخوان، و استدلل له بما عن الصدوق في كتاب الاخوان بسنده عن الامام الرضا عليه السلام المتقدم و فيه: انه مضافا الى ما في سنده من الخلل، و إعراض الاصحاب عنه: انه انما يدل على جواز الكذب لجلب النفع بالإطلاق لشموله للكذب للإصلاح، فالنسبة بينه و بين مفهوم الحصر في جملة من النصوص الحاصرة لجواز الكذب في الثلاثة عموم من وجه، و

(١) الحجرات: ١١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٦

ثم انه قد ورد في أخبار كثيرة جواز الوعد الكاذب مع الزوج بل مطلق الاهل (١) والله العالم.

الترجيح مع تلك النصوص، فالأظهر عدم جوازه في هذا المورد.

الثاني: انه هل من الكذب للاصلاح الكذب لأجل تحبيب غير المتحايين أم لا؟ وجهان: أقواهما الثاني: إذ ظاهر الاصلاح هو رفع التباغض فيعتبر سبقه، فالكذب لمجرد التحبيب لا دليل على جوازه.

الثالث: انه يكفي في صدق مفهوم الاصلاح البغض من جانب واحد فتشملة المطلقات، مع انه مورد مرسل الواسطي المتقدم.

حيث ان الرجل الذي قيل في حقه ما قيل أبغض الرجل المتكلم، و أما الرجل الذي تكلم فلا يلازم كلامه بغض صاحبه، إذ لعل كلامه كان من قبيل نفى الاجتهاد أو نفى العدالة مما لا يكون صادرا عن البغض.

الرابع: لا- فرق في جواز الكذب للاصلاح بين أن يكون المصلح غير المتخاصمين أو أحدهما، بل لا يبعد دعوى تأكيد الحكم في الثاني.

لخبر حمران عن أبي جعفر عليه السلام: فما من مؤمنين اهتجرا فوق ثلاث الا و برأت منهما في الثالثة، قيل: هذا حال الظالم فما بال المظلوم؟ فقال: ما بال المظلوم لا يصير الى الظالم فيقول: انا الظالم حتى يصطلحا «١» إذ بديهي ان قول المظلوم انا الظالم كذب و نحوه غيره.

(١) قال المصنف قدس سره ثم قد ورد في اخبار «٢» كثيرة جواز الوعد الكاذب.

و هذه الاخبار لشمولها لما اذا كان الوعد على سبيل الاخبار، توجب تقييد ما دل على حرمة الكذب، كما انها تقييد ما دل على لزوم الوفاء بالوعد أو رجحانه.

(١) الوسائل، باب ١٤٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١٠.

(٢) الوسائل، باب ١٤١، من أبواب أحكام العشرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٧

التاسعة عشرة: الكهانة حرام (١)

إشارة

وهي من كهن يكهن ككتب يكتب كتابه كما في الصحاح اذا تكهن، قال: ويقال كهن بالضم كهانة بالفتح اذا صار كاهنا. وعن القاموس ايضا الكهانة بالكسر، لكن عن المصباح كهن يكهن كقتل كهانة بالفتح، وكيف كان فعن النهاية ان الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات في مستقبل الزمان.

وقد كان في العرب كهنة فمنهم من كان يزعم ان له تابعا من الجن يلقي اليه الاخبار.

ومنهم من كان يزعم انه يعرف الامور بمقدمات و أسباب يستدل بها على مواقعها من كلام من سأله أو فعله أو حاله و هذا يخصونه باسم العراف و المحكى عن الاكثر في تعريف الكاهن ما في القواعد من أنه من كان له رأى من الجن يأتيه الاخبار.

و عن التنقيح انه المشهور و نسبه في السرائر الى القيل و رأى على فعيل من رأى يقال فلان رأى القوم أى صاحب رأيهم، قيل: و قد يكسر رائه اتباعا.

و عن القاموس رأى كغنى جنى يرى فيخبر.

الكهانة

(١) قوله التاسعة عشرة الكهانة حرام.

و الكلام في هذه المسألة يقع في مواضع:

الاول: ان الكهانة على ما يستفاد من كلمات اللغويين و خبر الاحتجاج: هي الاخبار عن الغائبات لاتصال المخبر بالجن و الشيطان، و القيود المعتبرة فيها أو قيل باعتبارها أمور:

و قبل بيانها لا بد و ان يعلم ان كل قيد شك في اعتباره و لم يدل على عدمه دليل لا بد من البناء على اعتباره أخذًا بالمتيقن:

أحدها: كون الاخبار بواسطة الاتصال بالجن و الشيطان كما صرح به الاكثر.

فما عن ظاهر النهاية من كون الكهانة بغير قذف الشياطين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٨

و عن النهاية يقال للتابع من الجن رأى بوزن كمي. أقول روى الطبرسي في الاحتجاج في جملة الاسئلة التي سأل الزنديق عنها أبا عبد الله عليه السلام قال الزنديق:

فمن اين أصل الكهانة و من أين يخبر الناس بما يحدث، قال عليه السلام: ان الكهانة كانت في الجاهلية في كل حين فترة من الرسل كان الكاهن بمنزلة الحاكم يحتكمون اليه فيما يشتهه عليهم من الامور بينهم فيخبرهم بأشياء تحدث و ذلك في (من) وجوه شتى فراسه العين و ذكاء القلب و وسوسة النفس و فطنة الروح مع قذف في قلبه، لأن ما يحدث في الارض من الحوادث الظاهرة فذلك يعلم الشيطان و يؤديه الى الكاهن يخبره بما يحدث في المنازل و الاطراف.

و أما اخبار السماء فان الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع إذ ذاك و هي لا تحجب و لا ترجم بالنجوم، و انما منعت من استراق السمع لثلا يقع في الارض سبب تشاكل الوحي من خبر السماء فيلبس على أهل الارض ما جاءهم عن الله تعالى لاثبات الحجته و نفى الشبهة و كان الشيطان يسترق الكلمة الواحدة من خبر السماء بما يحدث الله في خلقه فيختطفها، ثم يهبط بها الى الارض فيقذفها

غير تام، و قوله عليه السلام في خبر الاحتجاج و ذلك في وجوه شتى فراسه العين، و ذكاء القلب، و وسوسة النفس، و فطنة الروح مع قذف في قلبه «١» لا- يدل عليه لاحتمال رجوع القيد الى الجميع، بل هو الظاهر بواسطة التعليل بقوله لأن ما يحدث في الارض من الحوادث الظاهرة فذلك يعلم الشيطان.

ثانيها: كون المخبر به أمرا استقباليا فالأخبار عن الامور الماضية أو الكائنة بالفعل لا يكون من الكهانة.

و يشهد له- مضافا الى تصريح جمع من اللغويين به- قوله عليه السلام في خبر الاحتجاج تؤدي الى الشياطين- أى الكهنة- ما يحدث في البعد من الحوادث،.

و لكن دعوى عدم اعتبار هذا القيد بحسب المتفاهم العرفي المؤيد باطلاق كلمات أكثر الفقهاء ليست ببعيدة، بل صحيح الهيمم الآتى دال عليه كما ستعرف.

ثالثها: أن يكون مركبا من الاخبار بخبر السماء و الاخبار بخبر الارض.

و استدله: بقوله عليه السلام: في خير الاحتجاج: فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع*

(١) احتجاج الطبرسي، ص ١٨٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٤٩

الى الكاهن فاذا قد زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل فما أصاب الكاهن من «مما كان» خبر يخبر به هو ما اداه اليه شيطانه مما سمعه، و ما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانة و اليوم انما تؤدي الشياطين الى كهانها اخبارا للناس (١) مما يتحدثون «به و ما يحدثونه» و الشياطين تؤدي الى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث من سارق سرق و من قاتل قتل و من غائب غاب، و هم ايضا بمنزلة الناس صدوق و كذوب، الخبر.

و قوله عليه السلام مع قذف في قلبه يمكن أن يكون قيذا للأخير و هو فطنة الروح فيكون الكهانة بغير قذف الشياطين كما هو ظاهر ما تقدم عن النهاية و يحتمل أن يكون قيذا لجميع الوجوه المذكورة فيكون المراد تركب أخبار الكاهن مما يقذفه الشيطان و ما يحدث في نفسه لتلك الوجوه و غيرها كما يدل عليه قوله عليه السلام بعد ذلك زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل، و كيف كان ففي قوله انقطعت الكهانة (٢) دلالة على ما عن المغرب من ان الكهانة في العرب كانت قبل البعث

انقطعت الكهانة.

و لكن الاظهر ان للكهانة قسمين:

الاول: ان يخبر الكاهن عن الحوادث المستقبلية لاتصاله بالشياطين المخبرة عن أخبار السماء.

الثاني: ان يخبر الكاهن عن الكائنات الارضية للاتصال بالشياطين و الجن المخبرة عن الاخبار الارضية، و قد أطلق الكاهن في خبر الاحتجاج على القسم الثاني، كما أطلق فيه على الاول، لاحظ قوله عليه السلام فيه: لأن ما يحدث في الارض من الحوادث الظاهرة فذلك يعلم الشيطان و يؤديه الكاهن. و يخبره بما يحدث في المنازل و الاطراف.

(١) و قوله عليه السلام فيه: و اليوم انما يؤدي الشيطان الى كهانها أخبار الناس مما يتحدثون به ... الخ و عليه فتحمل الكهانة.

(٢) في قوله انقطعت الكهانة على الكهانة الكاملة أى القسم الأول.

الثاني: الظاهر جواز تسخير الجن للكهانة، و قد تقدم الكلام فيه في آخر مبحث السحر.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥٠

قبل منع الشياطين عن استراق السمع لكن قوله عليه السلام انما يؤدي الشياطين الى كهانها اخبارا للناس، و قوله قبل ذلك مع قذف في قلبه الخ، دلالة على صدق الكاهن على من لا يخبر الا باخبار الارض فيكون المراد من الكهانة المنقطعة الكهانة الكاملة التي يكون الكاهن بها حاكما في جميع ما يتحكمون اليه من المشتبهات، كما ذكر في أول الرواية و كيف كان فلا خلاف في حرمة الكهانة.

و في المروى عن الخصال من تكهن أو تكهن له فقد برئ من دين محمد صلى الله عليه و آله.

و قد تقدم رواية ان الكاهن كالساحر، و ان تعلم النجوم يدعو إلى الكهانة.

و روى في مستطرفات السرائر عن كتاب المشيخة للحسن بن محبوب عن الهيثم، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ان عندنا بالجزيرة رجلا ربما أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك، (فنسأله)، فقال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله من مشى الى ساحر او كاهن أو كذاب يصدقه فيما يقول فقد كفر بما انزل الله من كتاب الخبر.

الثالث: تحرم الكهانة و تشهد له جملة من النصوص: كخبر أبي بصير عن مولانا الصادق عليه السلام: من تكهن أو تكهن له فقد برئ

من دين محمد صلى الله عليه وآله «١». ونحوه غيره، وقد تقدم بعضها في مبحث التنجيم، و السحر.

الرابع: يحرم الرجوع الى الكاهن و العمل بقوله و ترتيب الاثر عليه لجملة من النصوص الناهية عن إتيان الكاهن: كخبر الخصال المتقدم، و صحيح الهيثم الآتى و غيرهما، فإن الاتيان الى الكاهن و المجيء اليه كناية عن تصديقه و العمل بقوله. الخامس: لا يجوز أخذ الاجرة على أخبار الكاهن لكونه عملا لا يترتب عليه أثر جائز، و لخبر السكوني عن الامام الصادق عليه السلام جعل من السحت أجر الكاهن «٢».

(١) الوسائل، باب ٢٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥١

و ظاهر هذه الصحيحة ان الاخبار عن الغائبات على سبيل الجزم محرم مطلقا (١) سواء كان بالكهانة أو بغيرها لأنه عليه السلام جعل المخبر بالشئ الغائب بين الساحر و الكاهن و الكذاب، و جعل الكل حراما و يؤيده النهي في النبوي المروي في الفقيه في حديث المناهى انه نهى عن إتيان العراف. و قال من أتاه و صدقه فقد برئ مما انزل الله على محمد صلى الله عليه وآله و قد عرفت من النهاية ان المخبر عن الغائبات في المستقبل كاهن و يخص باسم العراف و يؤيد ذلك ما تقدم في رواية الاحتجاج من قوله عليه السلام لثلاث يقع في الارض سبب يشاكل الوحي الخ.

فان ظاهره كون ذلك مبعوضا للشارع من أى سبب كان فتيين من ذلك

الإخبار عن الامور المستقبلية

(١) و قد استدل لحرمة الأخبار عن الغائبات و الامور المستقبلية بأمر:

الاول: صحيح الهيثم «١» عن الامام الصادق عليه السلام لاحظ المتن.

بتقريب انه يدل على حصر المخبر بالشئ الغائب بالساحر و الكاهن و الكذاب، و جعل الكل حراما.

و فيه: اولاً: انه يدل على حصر المحرم من الاخبار عن الغائبات باخبار هذه الطوائف الثلاث لا حصر المخبر عنها به كما لا يخفى.

و ثانياً: انه بقرينة السؤال ظاهر في الاخبار عن الامور الماضية، و لم يستشكل أحد في جوازه اذا لم يكن بالكهانة.

و ثالثاً: انه يدل على حرمة الرجوع و تصديق المخبر، و هي لا تلازم حرمة الاخبار، كما في حرمة تصديق الفاسق و شهادة العدل

الواحد في بعض الموارد، مع جواز اخبار الفاسق و جواز الشهادة للعدل، بل وجوبها احيانا عليه.

(١) الوسائل، باب ٢٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥٢

ان الاخبار عن الغائبات بمجرد السؤال عنها من غير نظر في بعض ما صح اعتباره كبعض الجفر و الرمل محرم، و لعله لذا عد صاحب المفاتيح من المحرمات المنصوصة الاخبار عن الغائبات على سبيل الجزم لغير نبي او وصي نبي سواء كان بالتنجيم او الكهانة او القيافة او غير ذلك.

إشارة

على ما يظهر من المبسوط و السرائر و المعتبر

الثاني: قوله عليه السلام في خبر الاحتجاج لثلا يقع في الارض سبب يشاكل الوحي بتقريب انه يدل على مبغوضية الاخبار عن الغائبات لمشاكلته للوحي من أى سبب كان.

وفيه: أولا: انه يدل على المبغوضية التكوينية، و لذا قطع الله سبحانه سببه بمنع الشياطين عن الاطلاع على السماء و اخباره منعاً تكوينياً. و ثانياً: انه مختص بالأخبار عن السماء بل يدل على عدم المنع من الاخبار عن الغائبات من الكائنات في الارض.

الثالث: قوله عليه السلام في حديث المناهى انه نهى عن إتيان العراف و قال: من أتاه و صدقه فقد برئ مما انزل الله عز و جل على محمد صلى الله عليه و آله «١» إذ المنبر عن الغائبات في المستقبل كاهن يخص باسم العراف.

وفيه: اولاً: انه ضعيف السند.

و ثانياً: انه يدل على حرمة تصديقه، و قد مر انها لا تلازم حرمة الاخبار.

فتحصل: انه لا دليل على حرمة، و عليه فان كان جازماً بالمخبر عنه جاز، و الا حرم لكونه من الكذب المحرم.

حرمة اللهو

(١) قوله: اللهو حرام على ما يظهر من المبسوط.

(١) الوسائل، باب ٢٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥٣

و القواعد و الذكري و الجعفرية و غيرها حيث عللوا لزوم الاتمام في سفر الصيد بكونه محرماً من حيث اللهو، قال في المبسوط: السفر على أربعة أقسام: و ذكر الواجب و الندب و المباح، ثم قال: الرابع سفر المعصية و عد من أمثلتها من طلب الصيد للهو و البطر و نحوه بعينه عبارة السرائر.

و قال في المعتبر: قال علماؤنا اللاهية بسفره كالمتره بصيده بطرا لا يترخص لنا ان اللهو حرام فالسفر له معصية، انتهى.

و قال في القواعد: الخامس من شروط القصر إباحة السفر فلا يرخص العاصي بسفره كتاب الجائر و المتصيد لهوا انتهى.

و قال في المختلف في كتاب المتاجر حرم الحلبي الرمي من قوس الجلاهق، قال: و هذا الاطلاق ليس بجيد بل ينبغي تقييده باللهو و البطر. و قد صرح الحلبي في مسألة اللعب بالحمام بغير رهان بحرمة.

و قال: ان اللعب بجميع الاشياء قبيح و رده بعض بمنع حرمة مطلق اللعب و انتصر في الرياض للحلي بأن ما دل على قبح اللعب و ورد بدمه من الآيات و الروايات أظهر من أن يخفى فاذا ثبت القبح «و الدم» ثبت النهي، ثم قال: و لو لا شدوذه بحيث كاد أن يكون مخالفاً للإجماع لكان المصير الى قوله ليس بذلك البعيد، انتهى.

نسب المصنف قدس سره الى المبسوط و السرائر و المعتبر و القواعد و الذكري و الجعفرية و غيرها: ان اللهو حرام.

و لكن الكلمات التي ذكرها قدس سره لا دلالة فيها على ارادة حرمة اللهو بقول مطلق، فانها متضمنة لحرمة طلب الصيد للهو، و معلوم ان قوله للهو ليس تعليلاً للحرمة، بل هو قيد للطلب، و عليه فمرادهم ان الصيد للهو لا للانتفاع و غيره من الاغراض العقلائية حرام، و هذا لا يلزم حرمة اللهو بقول مطلق، إذ لعل في هذا الفعل للهوى خصوصية و هي إيذاء الحيوانات بلا جهة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥٤

...

نعم بعضها ظاهر في ذلك كقول المحقق في محكي المعتبر: قال علماؤنا: اللاهي بسفره كالمتمتزه بصيده بطرا لا يترخص لنا ان اللهو حرام فالسفر له معصية.

و كيف كان: فتنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موردين:

الاول: في بيان الموضوع.

فقد احتمل المصنف قدس سره فيه احتمالات ثلاثة:

الاول: ان يراد به مطلق اللعب كما يظهر من الصحاح و القاموس.

الثاني: هو اللعب عن بطر، أى شدة الفرح - و الظاهر ان مراده هو الحركة لا- لغرض عقلائي - الناشئة عن شدة الفرح كالرقص، أو الموجبة لها كالضرب بالطشت.

الثالث: هي الحركات التي لا يتعلق بها غرض عقلائي مع انبعاثها عن القوى الشهوية.

و لكن يرد عليه - مضافا الى ما في الاحتمال الاخير من نحو من الاجمال، اذ تحصيل مقتضيات القوى الشهوية بأنفسها أغراض عقلائية - فتأمل.

ان الظاهر ان اللهو من أفعال النفس، بمعنى انه عنوان منطبق عليها، و لا ربط له بالأفعال الجوارحية، و ليس كاللعب منطبقا على تلك الافعال كما يظهر لمن تدبر في مشتقات هذا اللفظ، لاحظ قوله تعالى: (لاهيئة قلوبهم) «١» أى ساهية غافلة مشغولة بالباطل عن الحق و تذكره، و قوله تعالى: (ألهيكم التكاثر) «٢» أى شغلكم التفاخر و التباهي بكثرة المال عن الآخرة و قوله تعالى: (لا تلهيهم تجارة و لا بيع عن ذكر الله) «٣». و قوله: (فأنت عنه تلهي) «٤». و لذا قيل في قول لهو الحديث: ان الاضافة بمعنى من، لان اللهو يكون من الحديث و غيره، و اطلاقه على بعض الأفعال الجوارحية كالغناء

(١) سورة الانبياء: آية ٤.

(٢) سورة التكاثر: آية ٢.

(٣) سورة النور: آية ٣٨.

(٤) سورة عبس: آية ١٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥٥

و لا يبعد أن يكون القول بجواز خصوص هذا اللعب و شدوذ القول بحرمة مع دعوى كثرة الروايات بل الآيات على حرمة مطلق اللهو لأجل النص على الجواز فيه في قوله عليه السلام لا بأس بشهادة من يلعب بالحمام، و استدل في الرياض ايضا تبعا للمذهب على حرمة المسابقة بغير المنصوص على جوازه بغير عوض بما دل على تحريم اللهو و اللعب، قال لكونها منه بلا تأمل انتهى.

و الاخبار الظاهرة في حرمة اللهو كثيرة جدا منها ما تقدم من قوله في رواية تحف العقول (١) و ما يكون منه و فيه الفساد محضا و لا يكون منه و لا فيه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الاجرة عليه.

انما هو من باب اطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على السبب.

و عليه فاللهو هو اشتغال النفس باللدائد الشهوية بلا قصد غاية، و إن كانت الغاية حاصله سواء صدرت منه حركة جوارحية أم لا، كما

ذكره بعض المحققين.

المورد الثاني: في بيان حكمه.

فقد استدل المصنف قدس سره لحرمة مطلق اللهو بجملته من النصوص.

(١) منها ما تقدم من قوله في رواية تحف العقول «١» المذكور في المتن.

بدعوى ان اللهو من هذا القبيل.

وفيه: اولاً: انه ضعيف السند.

و ثانياً: ان كون اللهو مما يجيء منه الفساد محضاً يتوقف على ثبوت حرمة، إذ لو كان جائزاً لما كان من هذا القسم و اثبات حرمة بهذا الخبر دور واضح.

و إن شئت قلت: ان الخبر متضمن لبيان الكبرى، و هي ان ما يجيء منه الفساد محضاً يحرم العمل به و جميع التقلبات فيه، و أما إحراز الصغرى فلا بد و أن يكون بدليل آخر، و كون اللهو من مصاديقها أول الكلام.

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥٦

و منها ما تقدم من رواية الأعمش (١) حيث عد في الكبائر الاشتغال بالملاهي التي تصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الاوتار، فان الملاهي جمع الملهى مصدر أو الملهى وصفا لا- الملهاء آله لأنه لا يناسب التمثيل بالغناء و نحوها في عد الاشتغال بالملاهي من الكبائر. رواية العيون الواردة في الكبائر و هي حسنة كالصحيحة بل صحيحة. (٢)

(١) قوله و منها ما تقدم من رواية الأعمش.

و هي ما عن مولانا الصادق عليه السلام و قد عد من الكبائر الاشتغال بالملاهي التي تصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الاوتار «١».

بدعوى ان الملاهي جمع الملهى مصدر أو الملهى وصفا لا الملهاء آله لانه لا يناسب التمثيل بالغناء.

وفيه: أولاً: ان الخبر ضعيف السند كما تقدم.

و ثانياً: انه يدل على حرمة اللهو الذي يصد عن ذكر الله، أي يوجب حالة الاحتجاب للنفس كالغناء و شبهه، فلا دلالة فيه على حرمة اللهو المطلق.

و ثالثاً: انه يحتمل أن تكون الملاهي جمع الملهاء التي هي اسم الآله، و مناسبتها مع التمثيل بالغناء انما هي لأجل ارادة الغناء في آله اللهو.

(٢) قوله رواية العيون الواردة في الكبائر.

و هي حسنة الفضل بن شاذان عن الامام الرضا عليه السلام و قد عد فيه الاشتغال بالملاهي من الكبائر «٢».

وفيه: ان الظاهر من اللغة كون الملاهي جمع الملهاء اسم الآله، و لا صارف عن هذا الظهور، بل يؤكد ان الظاهر من الباء في صدرها الاستعانة، و زيادة كلمة الاشتغال قبل كلمة الملاهي و عليه فهي تدل على ان استعمال آلات اللهو حرام و لا نزاع في ذلك، و لا دلالة لها على حرمة اللهو المطلق.

(١) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب جهاد النفس، حديث ٣٦.

(٢) نفس المصدر، حديث ٣٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥٧

و منها ما تقدم في روايات القمار من قوله عليه السلام كلما الهى عن ذكر الله فهو الميسر. (١)
و منها قوله عليه السلام في جواب من خرج في السفر يطلب الصيد بالبراءة و الصقور، انما خرج في لهو لا يقصر (٢) و منها ما تقدم في
رواية الغناء في حديث الرضا عليه السلام في جواب من سأله عن السماع، فقال: ان لأهل الحجاز فيه رأيا، قال: و هو في حيز اللهو (٣)
و قوله عليه السلام في رد من زعم ان النبي صلى الله عليه و آله رخص في أ يقال جئناكم جئناكم.

(١) و هو خبر عبد الله بن علي عن علي بن موسى عن آبائه عن الإمام علي عليه السلام كل ما الهى عن ذكر الله فهو من الميسر «١».
و فيه: أولا: ان الخبر ضعيف السند كما تقدم في مبحث القمار.

و ثانيا: انه بعد ما لا ريب في ان المراد ليس جعل كل ما يوجب الالتفاء عن ذكر الله بمعنى الاشتغال الفعلي عنه من الميسر المحرم، اذ
كل فعل مباح يكون كذلك، فلا بد من حمله على ارادة حصول حالة الاحتجاب للنفس من تلك المعصية.
(٢) و هو خبر زرارة عن الإمام الباقر عليه السلام في جواب من خرج في السفر يطلب الصيد بالبراءة و الصقور: انما خرج في لهو لا
يقصر «٢».

و قريب منه جملة من النصوص.

و فيه: اولاً: ان هذه الطائفة تدل على ان السفر للصيد للهوى لا يوجب القصر، و هذا لا يلزم الحرمة، اذ وجوب الاتمام أعم من كون
السفر معصية.

و ثانيا: انها لو دلت على الحرمة فانما تدل على حرمة الصيد للهوى، و هذه لا تلازم حرمة اللهو بقول مطلق، اذ لعل في هذا القسم منه
خصوصية كما تقدم.

(٣) المراد به خبر أبي عباد عن الإمام الرضا عليه السلام عن السماع فقال: لاهل الحجاز فيه رأى، و هو في حيز الباطل و اللهو «٣».
و فيه أولا: انه ضعيف السند لأن ابا عباد امامى مجهول.

و ثانيا: انه لا يدل على حرمة اللهو، و كون الغناء المحرم، من أقسامه لا يدل على حرمة مطلقه.

(١) الوسائل، باب ١٠٠، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٥.

(٢) الوسائل، باب ٩، من أبواب صلاة المسافر، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٩٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٥٨

الخ. كذبوا (١) ان الله يقول: (لو أردنا أن نتخذ لهوا لاتخذناه من لدنا) الى آخر الآيتين.

و منها ما دل على ان اللهو من الباطل (٢) بضميمة ما يظهر منه حرمة الباطل كما تقدم في روايات الغناء، ففي بعض الروايات كل لهو
المؤمن من الباطل (باطل) ما خلا ثلاثة المسابقة و ملاعبة الرجل أهله الخ. و في رواية علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه، قال: سألته
عن اللعب بالأربعة عشر و شبهها، قال: لا نستحب شيئا من اللعب غير الرهان و الرمي (٣) الى غير ذلك مما يقف عليه المتتبع.

(١) كخبر عبد الأعلى عن الإمام الصادق عليه السلام عن الغناء و قلت: انهم يزعمون ان رسول الله صلى الله عليه و آله رخص في ان
يقال جئناكم- الى ان قال- كذبوا إن الله عز و جل يقول: (لو اردنا ان نتخذ لهوا لاتخذناه من لدنا ... الخ) «١».

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند كما تقدم.

و ثانيا: انه يدل على ان اللهو، لا يناسب ساحته المقدسة، و هذا لا يلزم حرمة علينا كما هو واضح، و الاستشهاد بالآية الشريفة لحرمة القول المزبور انما هو من قبيل ذكر المناسبات.

(٢) و منها ما دل على ان اللهو من الباطل «٢» بضميمة ما يظهر منه حرمة الباطل.

و فيه: انه لم يدل على حرمة الباطل العرفى دليل، و غاية ما يستفاد من الادلة حرمة قسم خاص منه و قد مر الكلام فى ذلك مفصلا.
(٣) عدم دلالة خبر على بن جعفر «٣». على الحرمة واضح.

(١) الوسائل، باب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٥.

(٢) الوسائل، باب ١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٣) الوسائل، باب ١٠٠، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٤.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٥٩

و يؤيده ان حرمة اللعب بآلات اللهو الظاهر انه من حيث اللهو لا من حيث خصوص الآلة.

ففى رواية سماعه، قال ابو عبد الله عليه السلام لما مات آدم شمت به ابليس، و قابيل فاجتمعا فى الارض فجعل ابليس و قابيل المعازف و الملاهى شماتة بآدم (على نبينا و آله و عليه السلام).

فكلما كان فى الارض من هذا الضرب الذى يتلذذ به الناس فانما هو من ذلك (١) فان فيه إشارة الى ان المناط هو مطلق التلهى و التلذذ.

و يؤيده ما تقدم من ان المشهور حرمة المسابقة على ما عدا المنصوص بغير عوض (٢)

و كما صرح به بعض الاعاظم انى لم أفهم وجه المناسبة لذكر هذه الرواية هنا.

إذ لو كان مراده ما يدل على ان اللهو من الباطل الذى هو بمنزلة الصغرى فى هذا الوجه، فليس من ذلك فيها عين و لا أثر.

و إن كان المقصود ذكر رواية تدل على الكبرى و هى حرمة كل باطل، فيرد عليه انها لا تدل على الحرمة لأن لا نستحب لا يدل عليها.

و إن كان الغرض ذكر خبر يدل على حرمة اللهو، و هى نتيجة القياس ففيه مضافا الى عدم دلالة على الحرمة كما عرفت، كان المناسب ذكره قبل قوله.

و منها ما دل على ان اللهو من الباطل.

(١) و قد استدلل بخبر سماعه «١» المذكور فى المتن على حرمة الملاهى، بتقريب انه يدل على كونها من عمل الشيطان، فيكون صغرى لكبرى كلية مستفادة من الآية الشريفة (إنما الخمر و الميسر و الانصاب و الازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) «٢» و هى وجوب اجتناب كلما هو من عمل الشيطان.

و فيه اولاً انه لو دل على الحرمة فانما يدل عليها فيما اذا كان مقرونا بالشماتة لآدم عليه السلام.

و ثانياً ان الآية الكريمة تدل على الحرمة لا لمجرد انه من عمل الشيطان بل بما انه رجس من عمل الشيطان، و الافكل ما هو من عمل الشيطان لا يكون حراما.

و أما ما أفاده المصنف قدس سره بقوله:

(٢) و يؤيده ما تقدم من ان المشهور حرمة المسابقة على ما عدا المنصوص بغير عوض.

(١) الوسائل، باب ١٠٠، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٢) المائدة: ٩٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦٠

فان الظاهر انه لا وجه له عدا كونه لهوا و إن لم يصرحوا بذلك عدا القليل منهم كما تقدم، نعم صرح العلامة في التذكرة بحرمته المسابقة على جميع الملاعب كما تقدم نقل كلامه في مسألة القمار.

هذا و لكن الاشكال في معنى اللهو فانه إن اريد به مطلق اللعب كما يظهر من الصحاح و القاموس.

فالظاهر ان القول بحرمته شاذ مخالف للمشهور و السيرة فان اللعب هي الحركة لا لغرض عقلائي و لا خلاف ظاهرا في عدم حرمة على الاطلاق. نعم لو خص اللهو بما يكون عن بطر و فسر بشدة الفرح كان الاقوى تحريمه و يدخل في ذلك الرقص و التصفيق و الضرب بالطشت، بدل الدف و كلما يفيد فائدة آلات اللهو و لو جعل مطلق الحركات التي لا يتعلق بها غرض عقلائي مع انبعائها عن القوى الشهوية، ففي حرمة تردد.

فإن الظاهر انه لا وجه له عدا كونه لهوا.

فيرد عليه مضافا الى ما عرفت من عدم حرمة انه يمكن أن يكون وجهه صدق القمار عليه مع توهم حرمة بجميع أفراده.

و لو تنزلنا عما ذكرناه و سلمنا دلالة ما تقدم على حرمة اللهو بقول مطلق، لا مناص عن حمله على قسم خاص منه، و ذلك لما عرفت من ان اللهو هو الاشتغال عن الله تعالى، و حيث لا-ريب في ان مجرد الاشتغال الفعلي لا-يكون حراما و إلا لزم حرمة جميع الأفعال المباحة، فلا محيص عن إرادة حالة الالتها عن الله، و هي لا تحصل الا عن بعض الامور، و قد دل الدليل على ان بعض الاشياء منها، فما لم يدل دليل على منشيئة فعل لحصول تلك الحالة لما كان وجه للحكم بحرمته.

حرمة اللعب و اللغو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦١

و اعلم أن هنا عنوانين آخرين اللعب و اللغو (١) أما اللعب فقد عرفت أن ظاهر بعض ترادفهما و لكن مقتضى تعاطفهما في غير موضع من الكتاب العزيز تغايرهما و لعلهما من قبيل الفقير و المسكين اذا اجتماعا افترقا و اذا افترقا اجتماعا، و لعل اللعب يشمل مثل حركات الاطفال الغير المنبئة عن القوى الشهوية و اللهو ما تلتذ به النفس و ينبعث عن القوى الشهوية، و قد ذكر غير واحد ان قوله تعالى (إنما الحياة الدنيا لعب و لهو و زينة) الآية، بيان ملاذ الدنيا على ترتيب تدرجه في العمر، و قد جعلوا لكل واحد منها ثمان سنين و كيف كان فلم أجد من أفتى بحرمته اللعب عدا الحلوى على ما عرفت من كلامه و لعله يريد اللهو و إلا فالأقوى الكراهة. (٢)

(١) قوله و اعلم أن هنا عنوانين آخرين: اللعب و اللغو.

فلا بد من التعرض لهما فالكلام في موردين:

أما اللعب: فهو الفعل لغاية الالتذاذ بلا قصد غاية اخرى.

و أما حكمه: فعن الحلوى و الطبرسى حرمة بقول مطلق.

(٢) و قد اختار المصنف قدس سره كراهته.

و لكن حيث لم يدل دليل على حرمة و لا على كراهته، فالأظهر عدم الكراهة ايضا.

و المرسل المروي عن مجمع البيان: كل لعب حرام الا ثلاثة: لعب الرجل بقوسه و فرسه و أهله. لارساله لا يعتمد عليه، و أظن انه اراد

الطبرسى بذلك ما عن النبي صلى الله عليه وآله، المروى فى الوسائل فى حديث: كل اللهو باطل الا فى ثلاث: فى تأديبه الفرس، و رمية عن قوسه، و ملاعبته امرأته فانهن من حق «١».

و عليه فيرد عليه- مضافا الى انه انما يكون فى اللهو لا اللعب، و مضافا الى ضعف سنده للرفع:- انه يدل على ان كل اللهو باطل، و لا دليل على حرمة الباطل.

أضف الى ذلك كله قيام الضرورة على جواز اللعب فى الجملة، و كونه من المباحات كاللعب باللحية أو الأحجار أو الحبل أو نحوها، و عليه فلو دل دليل على النهى عنه لا بد من حمله على قسم خاص منه.

(١) الوسائل، باب ١، من أبواب أحكام السبق و الرماية، حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٦٢

و أما اللغو فإن جعل مرادف اللهو كما يظهر من بعض الاخبار (١) كان فى حكمه. ففى رواية محمد بن أبى عباد المتقدمة عن أبى الحسن الرضا عليه السلام ان السماع فى حيز اللهو و الباطل. أما سمعت قوله تعالى: و إذا مروا باللغو مروا كراما (٢) و نحوها، رواية أبى أيوب حيث أراد باللغو الغناء مستشهدا بالآية و إن أريد به مطلق الحركات اللاغية فالأقوى فيها الكراهة.

و فى رواية أبى خالد الكابلى عن سيد الساجدين تفسير الذنوب التى تهتك العصم بشرب الخمر و اللعب بالقمار و تعاطى ما يضحك الناس من اللغو و المزاح، و ذكر عيوب الناس (٣) و فى وصية النبي صلى الله عليه وآله لأبى ذر رحمهم الله ان الرجل ليتكلم بالكلمة فيضحك الناس فيهو ما بين السماء و الارض (٤).

(١) قوله و أما اللغو فإن جعل مرادف اللهو كما يظهر من بعض الأخبار.

توضيح ما أفاده المصنف قدس سره ان اللغو يكون مرادفا للهو كما يظهر من خبر أبى عباد المتقدم لاستشهاده عليه السلام بالآية الشريفة و (إذا مروا باللغو مروا كراما) «١» لحرمة الغناء الذى قال عليه السلام فيه: انه فى حيز الباطل و اللهو.

و لكن يرد عليه- مضافا الى ضعف سنده كما تقدم:- انه انما يدل على صدق العنوين فى بعض الموارد و هو السماع. حيث انه لغو فى نفسه و استماعه يوجب حالة الالتفاء عن الله تعالى، فلا دلالة فيه على اتحاد مفهومهما.

و الحق ان اللغو له مفهوم ظاهر و هو الفعل الخالى عن الغرض.

و أما حكمه فقد استدل لحرمة فى المتن و غيره.

(٢) تارة بالآية الشريفة «٢».

(٣) و اخرى برواية أبى خالد الكابلى «٣» المذكور فى المتن.

(٤) و ثالثة بوصية النبي «٤» صلى الله عليه وآله لأبى ذر و قد ذكرها المصنف قدس سره.

و فى الجميع نظر:

أما الآية الشريفة: فالظاهر و لا أقل من المحتمل عدم ارادة مطلق اللغو منها، حيث

(١) سورة الفرقان: آية ٧٣.

(٢) سورة الفرقان، آية: ٧٣.

(٣) الوسائل، باب ٤١، من أبواب الامر و النهى من كتاب الامر بالمعروف، حديث ٨.

(٤) الوسائل، باب ١٤٠، من أبواب أحكام العشرة فى السفر و الحضر، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦٣

الحادية والعشرون: مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم

ذكره العلامة في المكاسب المحرمة.

انها ليست الا في مقام بيان ما يترتب على التجنب عن اللغو، فلا يمكن التمسك بإطلاقها، و المتيقن منها ارادة الغناء. مع انه لا ظهور في الآية الا في رجحان التجنب عنه، و لا تدل على لزومه. مضافا الى انها في مقام بيان ما يترتب على الاعراض عن اللغو، و ان الراجح هو المرور باللغو مرور الكرام، فسييل هذه الآية سييل قوله تعالى (و الذين هم عن اللغو معرضون) «١» و قوله تعالى: و إذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه «٢». و أما خبر الكابلي: فمضافا الى ضعف سنده لبكر بن عبد الله بن حبيب: انه في مقام بيان الذنوب التي يترتب عليها هذه الخاصية و هي هتك العصم المفروغة ذنبيتها، و ليس في مقام بيان حرمة اللغو. و إن شئت قلت: ان المستفاد منه حرمة اللغو الموجب لهتك عصم الناس كسخرية المؤمن و نحوها، و لا يستفاد منه حرمة مطلق اللغو. و أما الخبر المتضمن لوصية النبي صلى الله عليه و آله: فمضافا الى ضعف سنده كما تقدم: ان الظاهر منه انه ربما يتكلم الانسان بكلمة تكون كذلك لا أن كل مزاح كذلك، فلعل ما يكون كذلك هو ما كان من قبيل الغيبة أو السخرية. و أما ما أورده المحقق الايرواني قدس سره عليه بأن الهوى كناية عن انحطاط مقامه و لو بالاحباط من حسناته و نوافله فلا دلالة فيه على التحريم. فيرده: ان هذا يتم في الجملة التي نقلها الشيخ في المتن، و أما في الجملة التي في الخبر و نقلناها و هي قوله فيهوى في جهنم، فلا يتم ذلك كما هو واضح).

مدح من لا يستحق المدح

(١) قوله الحادية و العشرون: مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم.

(١) المؤمنون: آية ٢٦.

(٢) القصص: آية ٢٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦٤

و الوجه فيه واضح من جهة قبحه عقلا (١) و يدل عليه من الشرع قوله تعالى: (و لا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار. (٢)

ليس محل الكلام هو المدح بالجملة الخبرية بما ليس فيه، فانه حينئذ يكون كذبا و يدل على حرمة جميع ما دل على حرمة الكذب، بل المراد هو المدح بها بما فيه أو مدحه بالجملة الانشائية، ثم ان المراد من من لا يستحق المدح هو من كان عدوا لله لكفره أو عصيانه.

و قد استدل المصنف قدس سره لحرمة بأمور:

الاول: حكم العقل بقبح ذلك.

(١) قال و الوجه فيه واضح من جهة قبحه عقلا.

وفيه: ان العقل و إن كان يدرك ذلك و لكن كونه بنحو يلزم حرمة شرعا غير معلوم، و إن شئت قلت: ان العقل يراه خلقا رديا لا محرما ما لم ينطبق عليه عنوان محرم آخر كتقوية الظالم و نحوها و لم يكن الممدوح ممن يجب البراءة عنه لكونه مبدعا في الدين.

(٢) الثاني: الآية الشريفة (و لا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار) «١» و تقريب الاستدلال بها: ان الركون هو الميل اليهم، فإذا حرم الميل القلبي حرم المدح بالأولوية، أو ان المدح من مصاديق الميل، إذ الميل أعم من الميل القلبي و الميل الخارجى.

وفيه: ان المنهى عنه هو الركون الى الظالم لا مطلق العاصى و إن كان كل عاص ظالما، إلا ان المتبادر منه بحسب المتفاهم العرفى هو من شاع اطلاق الظالم عليه، أى الحاكم الجائر أو الظالم لغيره بجناية أو سرقة.

و يؤيده صحيح أبى حمزة عن سيد الساجدين عليه السلام: إياكم و صحبة العاصين و معونة الظالمين «٢». إذ المقابلة آية التعدد، و عليه فلا ربط لها بالمقام، نعم بعض مصاديق مدح من لا يستحق المدح يحرم لكونه ركونا الى الظالم.

(١) سورة هود، آية: ١١٤.

(٢) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٦٥

و عن النبى صلى الله عليه و آله فيما رواه الصدوق من عظم صاحب دنيا و أحبه طمعا فى دنياه سخط الله عليه، و كان فى درجته مع قارون فى التابوت الاسفل من النار. (١)

و فى النبوى الآخر الوارد فى حديث المناهى من مدح سلطانا جائرا أو تخفف أو تضعع له طمعا فيه كان قرينه فى النار (٢) و مقتضى هذه الأدلة حرمة المدح طمعا فى الممدوح، و أما لدفع شره فهو واجب.

و قد ورد فى عدة أخبار ان شرار الناس الذين يكرمون اتقاء شرهم.

(١) الثالث النبوى المذكور فى المتن الذى رواه الصدوق «١» و فيه أولا: أن الخبر ضعيف السند لحفص بن عائشة الكوفى و غيره.

و ثانيا: ان الظاهر و لا أقل من المحتمل ان المراد من صاحب دنيا هو السلطان الجائر و ذلك لوجوه:

الاول: ان تعظيم صاحب المال لا سيما اذا كان من المطيعين لله تعالى طمعا فى ماله لم يفت أحد بحرمة، بل السيرة جارية على جوازه.

الثانى: عدم صحه هذا الاطلاق على من له المال فقط.

الثالث: سياق سائر عبارات الخبر، و عليه فسيب سبيل الخير الآتى.

(٢) الرابع: قوله «٢» صلى الله عليه و آله فى حديث المناهى رواه فى المتن.

وفيه: أولا: ان الخبر ضعيف السند لما تقدم.

و ثانيا: انه مختص بمدح السلطان الجائر.

ثم انه على فرض دلالة الدليل على حرمة مدح من لا يستحق المدح تختص حرمة بما اذا لم يضطر اليه لدفع ضرر، و إلا فلا ريب فى جوازه.

و يشهد له- مضافا الى اختصاص الخبرين بغير هذا المورد-: عموم أدلة التقية، فانها تدل على جوازها فى كل خوف و ضرورة.

و قد استدلل الشيخ قدس سره و الاستاذ الاعظم عليه بما فى جملة من النصوص: ان شر الناس عند الله يوم القيامة الذين يكرمون اتقاء

شرهم «٣»

- (١) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٤.
 (٢) الوسائل، باب ٤٣، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.
 (٣) الوسائل، باب ٧٠ من أبواب جهاد النفس.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦٦

الثانية والعشرون: معونة الظالمين في ظلمهم حرام (١)

إشارة

بالادلة الاربعة. (٢)

وفيه: انه لا يدل على عدم جواز إكرام المكرمين كما لا يخفى.
 حرمة معونة الظالمين
 (١) قوله: الثانية والعشرون معونة الظالمين في ظلمهم حرام.
 هاهنا مسائل:

الاولى: لا ريب ولا كلام في حرمة معونة الظالمين في ظلمهم.
 (٢) وتشهد لحرمتها الادلة الاربعة:
 أما الاجماع: فواضح.

و أما العقل: فلأنه كما يستقل بقبح الظلم يستقل بقبح إعانة الظالم في ظلمه.

و أما الكتاب: فقوله تعالى: (و لا- تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار) «١». إذ الركون هو الميل فتدل الآية على حرمة المعونة بالأولوية، أو المراد به الدخول معهم في ظلمهم.
 و أما السنة: فنصوص كثيرة:

كصحيح أبي حمزة عن سيد الساجدين عليه السلام: إياكم و صحبة العاصين و معونة الظالمين «٢».

و خبر طلحة بن زيد عن الامام الصادق عليه السلام: العامل بالظلم و المعين له و الراضى به شركاء ثلاثتهم «٣» و نحوهما غيرهما.

و قد استدلل على حرمة معونة الظالمين بالآية الشريفة (و لا تعاونوا على الإثم و العدوان «٤»).

(١) سورة هود، آية: ١١٤.

(٢) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

(٤) المائدة: ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦٧

و هو من الكبائر. (١)

فعن كتاب الشيخ ورام بن أبي فراس، قال: قال عليه السلام من مشى الى ظالم ليعينه و هو يعلم أنه ظالم فقد خرج عن الاسلام، قال: و قال: عليه السلام إذا كان يوم القيامة ينادى مناد أين الظلمة، أين أعوان الظلمة، أين أشباه الظلمة حتى من برأ لهم قلما أو لاق لهم دواء

فيجتمعون في تابوت من حديد ثم يرمى بهم في جهنم.

و في النبوى صلى الله عليه و آله من علق سوطا بين يدي سلطان جائر جعلها الله حية طولها سبعون ألف ذراع فيسلطها الله عليه في نار جهنم خالدا فيها مخلدا.

و لكن قد تقدم في مبحث الاعانة على الاثم: ان التعاون غير الاعانة. فراجع.

(١) قوله و هو من الكبائر.

على فرض صحة تقسيم الذنوب الى الكبائر و الصغائر تكون معونة الظالمين من الكبائر، للتوعيد عليها في كتاب الله تعالى و في النصوص التي اشار المصنف رحمهم الله الي بعضها.

لاحظ خبري ورام بن أبي فراس «١» و النبوى «٢».

ثم المراد بالظالم هو الظالم للغير كما تقدم في المبحث المتقدم و لا يعم الظالم لنفسه بالمعصية.

المسألة الثانية: تحرم صيرورة الشخص من أعوان الظلمة و تشهد له- مضافا الى الأدلة المتقدمة- جملة من النصوص:

كخبر الكاهلي عن مولانا الصادق عليه السلام: من سود اسمه في ديوان ولد سابع مقلوب عباس حشره الله يوم القيامة خنزيرا «٣» و نحوه غيره.

و سيأتى في المسألة الثالثة: ان طائفة من النصوص تدل على حرمة صيرورة الشخص عوناً للظالم و إن كان عمله غير مربوط بظلمه، و عليه فترديد المحققين الشيرازيين في حرمة كون الشخص عوناً للظالم و لو في ما لا يرتبط بمظالمه بل الافتاء بجوازه في غير محله.

(١) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٥.

(٢) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٦.

(٣) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦٨

و أما معونتهم في غير المحرمات فظاهر كثير من الاخبار حرمتها (١) ايضا كبعض ما تقدم.

و قول الصادق عليه السلام في رواية يونس بن يعقوب لا تعنهم على بناء مسجد.

و قوله عليه السلام ما احب انى عقدت لهم عقدة أو و كيت لهم وكاء. و ان لى ما بين لابتها لا و لا مدة بقلم ان اعوان الظلمة يوم القيامة في سرادق من نار حتى يفرغ الله «يحكم الله عز و جل بين العباد» من الحساب، لكن المشهور عدم الحرمة حيث قيدوا المعونة المحرمة بكونها في الظلم و الاقوى التحريم مع عد الشخص من الاعوان، فان مجرد اعانتهم على بناء المسجد، ليست محرمة الا انه اذا عد الشخص معمارا للظالم او بناء له، و لو في خصوص المساجد بحيث صار هذا العمل منصبا له في باب السلطان كان محرما، و يدل على ذلك جميع ما ورد في ذم أعوان الظلمة.

و قول أبى عبد الله عليه السلام في رواية الكاهلي من سود اسمه في ديوان ولد سابع «مقلوب عباس» حشره الله يوم القيامة خنزيرا، و قوله عليه السلام ما اقترب عبد من سلطان جائر الا تباعد من الله.

و عن النبى صلى الله عليه و آله إياكم و أبواب السلطان و حواشيها، فان أقربكم من أبواب السلطان و حواشيها بعدكم عن الله تعالى. و أما العمل له في المباحات لأجرة أو تبرعا من غير ان يعد معيناً له في ذلك فضلا من أن يعد من أعوانه، فالأولى عدم الحرمة للأصل و عدم الدليل عدا ظاهر بعض الاخبار مثل رواية ابن أبى يعفور، قال كنت عند أبى عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل من اصحابنا فقال له: جعلت فداك ربما أصاب الرجل منا الضيق

إعانة الظالم في غير جهة ظلمه

(١) المسألة الثالثة: قال المصنف رحمهم الله و أما معوتتهم في غير المحرمات فظاهر كثير من الاخبار حرمتها.

و لكن المشهور بين الاصحاب عدم حرمتها، بل عن العلامة الطباطبائي: الاجماع عليه.

وقد استدلل للحرمة بنصوص كثيرة مذكورة في المتن أكثرها فنذكر اولا عبارة المصنف رحمهم الله ثم نعقبه بما يحتلج بالبال.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٦٩

و الشدة فيدعى الى البناء بينه أو النهز يكرهه أو المسناة يصلحها فما تقول في ذلك، فقال ابو عبد الله عليه السلام: ما احب انى عقدت لهم عقده أو وكيت له وكاء و ان لى ما بين لابتها ... الى آخر ما تقدم.

و رواية محمد بن عذافر عن أبيه قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام يا عذافر بلغنى انك تعامل أبا أيوب و أبا الربيع فما حالك إذا نودى بك في أعوان الظلمة، قال:

فوجم أبى. فقال له أبو عبد الله عليه السلام: لما رأى ما أصابه أى عذافر انما خوفتك بما خوفنى الله عز و جل به، قال محمد: فقدم أبى فما زال مغموما مكروبا حتى مات.

و رواية صفوان بن مهران الجمال قال: دخلت على أبى الحسن الاول عليه السلام فقال لى: يا صفوان كل شىء منك حسن جميل ما خلا شيئا واحدا، فقلت: جعلت فداك أى شىء، قال عليه السلام: إكراؤك جمالك من هذا الرجل يعنى هارون الرشيد، قلت:

و الله ما أكريته أشرا و لا بطرا و لا لصيدا، و لا للهو، و لكن أكريته لهذا الطريق يعنى طريق مكة، و لا أتولاه بنفسى و لكن ابعت معه غلمانى، فقال لى: يا صفوان أيقع كراؤك عليهم، قلت: نعم، قال: من أحب بقائهم فهو منهم و من كان منهم كان و روده الى النار، قال صفوان: فذهبت و بعت جمالى عن آخرها فبلغ ذلك إلى هارون فدعانى، فقال لى: يا صفوان بلغنى انك بعت جمالك، قلت: نعم، قال: و لم؟

قلت: أنا شيخ كبير و ان الغلمان «لا- يقومون» بالأعمال، فقال: هيهات هيهات انى لا علم من أشار عليك بهذا انما اشار عليك بهذا موسى بن جعفر عليه السلام قلت: ما لى و لموسى بن جعفر عليه السلام قال: دع، هذا عنك و الله لو لا حسن صحبتك لقتلتك.

و ما ورد فى تفسير الركون الى الظالم من ان الرجل يأتى السلطان فيحب بقائه الى ان يدخل يده فى كيسه فيعطيه و غير ذلك مما ظاهره وجوب التجنب عنهم، و من هنا لما قيل لبعض انى رجل أخط للسلطان ثيابه فهل ترانى بذلك داخلا فى أعوان الظلمة، قال له: المعين من يبيعك الابر و الخيوط. و أما انت فمن الظلمة أنفسهم.

و فى رواية سليمان الجعفرى المروية عن تفسير العياشى ان الدخول فى أعمالهم و العون لهم و السعى فى حوائجهم عدل الكفر و النظر اليهم على العمد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٠

من الكبائر التى تستحق بها النار لكن الانصاف ان شيئا مما ذكر لا ينهض دليلا لتحريم العمل لهم على غير جهة المعونة.

أما الرواية الاولى فلأن التعبير فيها فى الجواب بقوله: ما أحب ظاهر فى الكراهة.

و أما قوله عليه السلام ان أعوان الظلمة، الخ. فهو من باب التنبيه على ان القرب الى الظلمة و المخالطة معهم مرجوح و الافليس من يعمل لهم الاعمال المذكورة فى السؤال خصوصا مرة أو مرتين خصوصا مع الاضطراب معدودا من أعوانهم، و كذلك يقال فى رواية عذافر مع احتمال أن يكون معاملة عذافر مع أبى أيوب و أبى الربيع على وجه يكون معدودا من أعوانهم و عمالهم.

و أما رواية صفوان فالظاهر منها ان نفس المعاملة معهم ليست محرمة بل من حيث محبة بقائهم، و إن لم تكن معه معاملة و لا يخفى

على الفطن العارف بأساليب الكلام ان قوله عليه السلام و من أحب بقائهم كان منهم لا يراد به من أحبهم مثل محبة صفوان بقائهم حتى يخرج كرائه، بل هذا من باب المبالغة في الاجتناب عن مخالطتهم حتى لا يفضى ذلك الى صيورتهم من أعوانهم و أن يشرب القلب حبهم لأن القلوب مجبولة على حب من أحسن اليها، و قد تبين مما ذكرنا ان المحرم من العمل للظلمة قسمان: أحدهما: الاعانة لهم على الظلم.

و الثانى: ما يعد معهم من أعوانهم و المنسويين اليهم، بأن يقال: هذا خياط السلطان و هذا معماره. و أما ما عدا ذلك فلا دليل معتبر على تحريمه.

و تنقيح القول فى المقام إن النصوص على كثرتها لا تدل على الحرمة فى هذه المسألة لأنها على طوائف:

الاولى: ما دل على الحرمة فيما اذا صدق على المعين عنوان عون الظالم، و كان معدودا فى العرف من المنسويين اليه، بأن يقال: هذا كاتب الظالم مثلا: كحسن محمد بن

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٧١

...

عذافر و هو الخبر الثانى الذى ذكره فى المتن «١».

إذ الظاهر من تطبيق الامام عليه السلام قوله: ان أعوان ... الخ ان الرجل المسئول عنه هو من تصيبه الشدة فيلتجئ الى الظالمين بحيث يكون ارتزاقه من قبلهم.

الثانية: ما يدل على حرمة تعظيم شوكتهم و العمل بما يكون راجعا الى شأن من شئون الرئاسة:

كحسن يونس بن يعقوب عن الامام الصادق عليه السلام: لا تعنهم على بناء مسجد «٢».

فإن بناء المسجد تعظيم لشوكتهم و تحصيل لشأن من شئون الرئاسة.

الثالثة: ما دل على حرمة محبتهم: كخبر صفوان الخبر الثالث فى المتن «٣» الظاهر فى المنع عن إكرائه الجمال من هارون الرشيد و فيه: أ تحب بقائهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت:

نعم، قال: من أحب بقائهم فهو منهم، و من كان منهم كان ورد النار. بل هذا الخبر أدل على الجواز، إذ الامام عليه السلام ردعه عن محبة بقائهم.

و على ذلك يحمل ما فى خبر العياشى الآتى: النظر اليهم على العمدة من الكبائر التى بها يستحق النار، أى النظر على وجه المحبة.

الرابعة: ما يكون ظاهرا فى حرمة معونتهم مطلقا ظهورا بدويا:

كصحيح أبى حمزة عن الامام السجاد عليه السلام: إياكم و صحبة العاصين و معونة الظالمين «٤».

و موثق السكونى عن النبى صلى الله عليه و آله: إذا كان يوم القيامة نادى مناد: أين أعوان الظلمة و من لاق لهم دواتا أو ربط كيسا أو مد لهم مدة قلم فاحشروهم معهم «٥».

و خبر العياشى عن الامام الرضا عليه السلام: الدخول فى أعمالهم و العون لهم و السعى فى حوائجهم عدل الكفر «٦».

(١) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٢) نفس المصدر، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٨.

(٤) نفس المصدر، حديث ١١.

(٥) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

(٦) الوسائل، باب ٤٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٢

الثالثة والعشرون: النجس

(بالنون المفتوحة و الجيم الساكنة أو المفتوحة) حرام (١) لما في النبوى المنجبر بالاجماع المنقول عن جامع المقاصد و المنتهى من لعن الناجس و المنجوش له.

و قوله صلى الله عليه و آله (و لا تناجشوا) و يدل على قبحة العقل لأنه غش و تليس و إضرار.

و هو كما عن جماعة ان يزيد الرجل فى ثمن السلعة و هو لا يريد شرائها لیسعته غيره فيزيد لزيادته بشرط المواطاة مع البائع أو لا بشرطها كما حكى عن بعض و حكى تفسيره أيضا بأن يمدح السلعة فى البيع لينفقها و يروجها لمواطاة بينه و بين البائع، أو لا معها.

و حرمة بالتفسير الثانى خصوصا لامع المواطاة يحتاج الى دليل و حكى الكراهة عن بعض.

و لكن يتعين حملها على ان المراد معونتهم فى ظلمهم، و ذلك لوجهين:

الاول: قيام الضرورة على جواز المعونة فى الجملة، كبذل الطعام و الشراب لهم و المعاملة معهم.

الثانى: مناسبة الحكم و الموضوع.

فتحصل مما ذكرناه: ان المحرم عناوين أربعة: الاعانة لهم فى ظلمهم، و صيرورة الانسان من أعوانهم، و تعظيم شوكتهم، و محبتهم، و أما غير تلكم فلا دليل على حرمة.

و لا يخفى ان جملة من النصوص المتقدمة ضعيفة السند، إلا انه لأجل مطابقتها لمضمونها لنصوص معتبرة اغمضنا عن التعرض لها.

حرمة النجس

(١) قوله النجس بالنون المفتوحة و الجيم الساكنة أو المفتوحة حرام.

هذا هو المشهور و عن جامع المقاصد و المنتهى الاجماع عليه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٣

...

الكلام يقع فى مقامين:

الاول: فى بيان موضوعه.

الثانى: فى بيان حكمه.

أما الاول: فقد وقع النزاع فيه فى جهات:

الاولى: ان النجس هل هو زيادة الرجل فى ثمن السلعة لیسعته غيره فيزيد بزيادته أم هو مدح السلعة فى البيع لينفقها و يروجها، أم هو الجامع بينهما؟ الظاهر هو الاخير كما يظهر لمن راجع كلمات اللغويين، و قد صرح بالتعميم فى مجمع البيان و المنجد. و هو المحكى

عن تاج العروس و إبراهيم الحربى و أبى عبيد.

الثانية: هل يعتبر في صدق النجش المواطاة مع البائع، أم لا؟ ظاهر كلمات أكثر اللغويين - لو لم يكن صريحها - عدم اعتبار ذلك، و ما في كلمات بعضهم من ذكر هذا القيد الظاهر انه واقع موقع الغالب، إذ الغالب عدم النجش إلا مع المواطاة مع البائع كما هو واضح.

الثالثة: هل يعتبر في صدقه بالمعنى الاول عدم ارادة الشراء أصلاً، أم يكفي عدم الرغبة في شراء العين، و انما يزيد لغرض إيصال النفع الى البائع أو إظهار الثروة و التمول أو غير ذلك؟ الظاهر و لا أقل من المتيقن هو الأول.

الرابعة: هل يعتبر في صدقه وقوع البيع على أزيد من القيمة السوقية، أم يكفي وقوعه على أزيد من ما كان يشتريه لو لا النجش، و إن كان بأقل من قيمته السوقية أو بما يساويها؟ وجهان: المتيقن هو الاول و قد صرح به جمع من اللغويين. و أما المقام الثاني فقد استدل للحرمة بأمور:

الاول: انه إضرار و هو حرام.

وفيه: ان المشتري انما يقدم على الضرر باختياره.

الثاني: انه غش و تليس، و قد مر ان غش المؤمن في المعاملة حرام.

وفيه: اولاً: ان هذا الوجه يختص بما اذا كان الناجش من أهل الخبرة كي تكون منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٤

...

زيادته كاشفه عن أن السلعة تسوى بذلك، و يكون الناجش عالماً بأنها لا تسوى بذلك، و المشتري جاهلاً به كما لا يخفى.

و ثانياً: ان المتيقن من الغش المحرم في المعاملة هو مزج المبيع أو إخفاء عيبه، و أما مدح السلعة مثلاً فليس من هذا القبيل، أ لا ترى انه لم يفت أحد بحرمة مدح البائع سلعته ليرغب المشتري فيها، فلو كان يصدق الغش لكان محرماً.

الثالث: حكم العقل بقبحه.

وفيه: ان حكمه بالقبح بحد يستتبع جعل الحرمة غير ثابت.

الرابع: دليل حرمة المغالبة بقول مطلق.

وفيه انه لا دليل عليها، مع انها لا تصدق على مدح السلعة.

الخامس: أدلة حرمة الكذب، فإن النجش تارة يكون بالكذب الصريح، و أخرى يتضمن ذلك لتضمنه الاخبار بأنه مقدم على الشراء بهذا الثمن، أو انه يسوى بهذه القيمة، مضافاً الى وجود مناط حرمة الكذب و هو الاغراء فيه. استدل بهذا الوجه جمع من الاساطين.

و لكن الظاهر ان النجش ان كان بمدح السلعة بما ليس فيها، أو كان بزيادة الثمن بأن يقول: إن هذه السلعة تسوى بهذه القيمة، أو انى اشتريه بها و هو لا يريد شرائها، فهو كذب صريح و يكون حراماً لذلك. و إلا كما لو مدحها بما فيها و لكن بالغ في مدحها أو زاد الثمن لا - بالإخبار، كما لو قال: بعنى بهذا الثمن مثلاً، فلا وجه لحرمة، إذ مجرد تخيل المشتري انه بنظر الناجش السلعة تسوى بهذه القيمة لا يوجب اتصاف كلامه بالكذب لما عرفت من أن الكذب هو عدم مطابقتها مراد المتكلم للواقع، فراجع.

و كون مناط حرمة الكذب الاغراء غير معلوم، بل معلوم لعدم لحرمة الكذب و إن كان المخاطب مثلاً عالماً بعلم المتكلم عدم مطابقة المخبر عنه للواقع.

السادس: خبر عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله: الواشمة و المتوشمة و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه و آله «١».

(١) الوسائل، باب ٤٩، من أبواب آداب التجارة، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٥

...

و أورد عليه الاستاذ الاعظم: بضعف السند.

و بأنه مختص بصورة مواطأة الناجش مع البائع على النجش للعن المنجوش له.

لكن: لا وجه لدعوى ضعف السند سوى وجود محمد بن سنان في طريقه، و هو و إن كان ضعيفا على المشهور، إلا ان الاظهر اعتبار روايته.

و أما الايراد الثاني: فيدفعه انه يدل على لعن المنجوش له ايضا لا على اختصاص لعن الناجش بما اذا كان هناك منجوش له مستحق للذم و اللعن كى تتم دعوى الاختصاص.

فالحق أن يورد عليه: بأن اللعن أعم من الحرمة، لأنه دعاء بالابعاد المطلق الشامل للكراهة، و لذا استعمل في المكروهات في بعض النصوص.

السابع: قول النبي صلى الله عليه و آله: لا تناجشوا و لا تدابروا «١».

و فيه: انه ضعيف السند، إذ في طريقه على بن عبد العزيز المجهول، و اعتماد الاصحاب عليه غير معلوم، فلا وجه لدعوى الانجبار.

و أورد عليه الاستاذ الاعظم: بأنه مختص بصورة مواطأة الناجش مع البائع، إذ المنهى عنه هو التناجش.

و فيه: ان التناجش ليس هو النجش مع المواطأة، بل هو عبارة عن زيادة اثنين أو أزيد في ثمن السلعة ليسمع غيرهما فيزيد بزيادتهما كما هو المتعارف في الحراج المتداول في هذا الزمان.

الثامن: النبوى: انه صلى الله عليه و آله نهى عن النجش «٢».

و فيه: انه مرسل، و دعوى انجبار ضعف السند بعمل الاصحاب تقدم ما فيها.

فتحصل: انه لا دليل على حرمة النجش من حيث هو ما لم ينطبق عليه عنوان الكذب.

(١) الوسائل، باب ٤٩، من أبواب آداب التجارة، حديث ٤.

(٢) المستدرک، باب ٣٥، من أبواب آداب التجارة، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٦

الرابعة و العشرون: النميمة محرمة

بالأدلة الاربعة (١) و هى نقل قول الغير إلى المقول فيه، كان يقول تكلم فلان فيك بكذا و كذا، قيل هى من نم الحديث من باب قتل و ضرب أى سعى به لإيقاع فتنه أو وحشه و هى من الكبائر، قال الله تعالى:

(و يقطعون ما أمر الله به أن يوصل و يفسدون فى الارض اولئك لهم اللعنة و لهم سوء الدار) (٢) و النمام قاطع لما أمر الله بصلته و مفسد قيل: و هى المراد بقوله تعالى: (و الفتنه أكبر من القتل).

(١) قوله الرابعة والعشرون: النميمة محرمة بالادلة الأربعة.

وهي نقل الحديث أو الفعل من قوم إلى قوم على وجه الفساد والشر، ويعتبر في صدقها كراهة المنقول عنه، وتعلق غرضه بستره، و ان يكون ذلك القول أو الفعل سوء من شتم، أو غيبة، أو اهانة، فلو كان مدحا فصدق النميمة عليه محل تأمل و ان أوجب الكدورة، و لا يعتبر فيها شيء آخر.

وقد استدلل لحرمتها في المتن بجمله من الآيات:

(٢) منها قوله تعالى: (و يقطعون ما امر الله به أن يوصل و يفسدون في الارض اولئك لهم اللعنة و لهم سوء الدار) «١» بدعوى ان المنام قاطع لما أمر الله به أن يوصل و مفسد.

و فيه: ان الآية متضمنة لدم من يكون الوصل عليه واجبا، و هو قاطع له، و ذلك لأن مادة الامر ظاهرة في الوجوب و عليه فهي أجنبية عن المقام، إذ المنام لا- يجب عليه الوصل، و تختص بموارد وجوب الوصل كقطع الرحم و نحوه، مع ان الظاهر من الآية ذم قطع الشخص نفسه عن آخر و لا تشمل قطع الشخصين أحدهما عن الآخر.

(١) الرعد: ٢٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٧

و قد تقدم في باب السحر قوله فيما رواه في الاحتجاج (١) في وجوه السحر و ان من أكبر السحر النميمة يفرق بها بين المتحابين. و عن عقاب الاعمال عن النبي صلى الله عليه و آله من مشى في نميمة بين الاثنين سلط الله عليه في قبره نارا تحرقه و إذا خرج من قبره سلط الله عليه تيننا أسود ينهش لحمه حتى يدخل النار، و قد استفاضت الاخبار بعدم دخول المنام الجنة و يدل على حرمتها مع كراهة المقول عنه لظهور القول عند المقول فيه جميع ما دل على حرمة الغيبة و يتفاوت عقوبته بتفاوت ما يترتب عليها من المفاسد و قيل إن حد النميمة بالمعنى الاعم كشف ما يكره كشفه سواء كرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث (٢) و سواء كان الكشف بالقول أم بغيره من الكتابة و الرمز و الايماء

و منها: قوله تعالى (و يفسدون في الارض) «١».

و فيه: ان المنام ربما يكون مفسدا و ربما لا توجب النميمة الفساد، فالآية لا تدل على حرمة النميمة بقول مطلق.

و منها: قوله تعالى: (و الفتنة أشد من القتل) «٢» و في موضع آخر: أكبر بدل أشد «٣».

و فيه: ان المراد بالفتنة على ما ذكره المفسرون: الفتنة في الدين، و هو الشرك و الكفر، و انما سمي بها لأنه يؤدي الى الهلاك، و المراد من القتل هو القتل في الاشهر الحرم. فالمعنى حينئذ: ان الكفر و الشرك أعظم ذنبا من القتال في الاشهر الحرم، و يؤيد ارادة هذا المعنى ملاحظة صدر الآية الشريفة، فهي غريبة عن المقام.

(١) قوله و قد تقدم في باب السحر قوله فيما رواه في الاحتجاج.

و قد مر ان الخبر ضعيف السند، و ان اطلاق السحر عليها مبتن على نحو من العناية.

(٢) قوله كرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث.

الظاهر ان العبرة بكراهة المنقول عنه خاصة.

(١) الرعد: ٢٦.

(٢) البقرة: ٢٨.

(٣) البقرة: ١٩٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٨

و سواء كان المنقول من الاعمال أم من الاقوال و سواء كان ذلك عيبا و نقصانا على المنقول عنه أم لا (١) بل حقيقة النميمة إفشاء السر و هتك الستر عما يكره كشفه انتهى موضع الحاجة، ثم انه قد يباح ذلك لبعض المصالح (٢) التي هي آكد من مفسدة إفشاء السر كما تقدم في الغيبة، بل قيل إنها قد تجب لإيقاع الفتنة بين المشركين لكن الكلام في النميمة على المؤمنين.

(١) قوله سواء كان ذلك عيبا و نقصا على المنقول عنه أم لا.

الظاهر ان العبرة بكراهة المنقول عنه خاصة.

(٢) قوله ثم انه قد يباح ذلك لبعض المصالح.

لا- كلام في انه اذا احرز قيام مصلحة بالنميمة أقوى من مفسدتها يجوز النميمة بل قد تجب- الا- انك عرفت انه لا طريق لنا الى استكشاف ذلك في أكثر الموارد: لعدم علمنا بمناطات الاحكام و مقاديرها، و الكلام فيما اذا انطبق عليها عنوان واجب أو مستحب هو الذي تقدم في مبحث الغيبة فلا نعيد. هذا ما يرجع الى ما أفاده المصنف رحمهم الله.

و الحق أن يقال: إنه تدل على حرمتها الآية الشريفة: (و لا تطع كل حلاف مهين همام مشاء بنميم) «١». أي نقال للحديث على وجه السعاية.

و النصوص المتواترة:

منها ما تضمن ان النمام شر الناس: كصحيح عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أ لا أنبئكم بشراركم؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال:
المشاءون بالنميمة، المفقون بين الاحبة «٢».

و منها: ما تضمن العقاب عليها: كالنبوي المروي عن عقاب الاعمال: من مشى في نميمة بين اثنين سلط الله عليه في قبره نارا تحرقه الى يوم القيامة، و اذا خرج من قبره سلط الله عليه تينا أسود ينهش لحمه حتى يدخل النار «٣».

(١) القلم: ١١ و ١٢.

(٢) الوسائل، باب ١٦٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ١.

(٣) نفس المصدر، حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٧٩

الخامسة و العشرون: النوح بالباطل (١)

ذكره في المكاسب المحرمة الشيخان و سلا و الحل و المحقق و من تأخر عنه.

و منها: ما تضمن عدم دخول النمام الجنة «١».

و أورد عليه المحقق الايرواني رحمهم الله: بأن عدم دخول الجنة- أي احباط أعماله بالنميمة- أعم من الحرمة، أ لا ترى ان المنة تبطل الصدقة و إن كانت واجبة، و لا تكون محرمة.

وفيه: ان ذلك لو تم في بعضها لا يتم في جميع تلك النصوص، أنظر.

صحيح محمد بن قيس عن الامام الباقر عليه السلام: الجنه محرمة على القتاتين المشائين بالنميمة «٢». فان تحريم الجنه لا يكون الا اذا كان الفعل حراما.

بل يدل على حرمتها جميع ما دل على حرمة الغيبة فيما اذا كان صدور ذلك القول أو الفعل من المنقول عنه على وجه محرم و قبيح، و إن لم يكن ذلك معتبرا في صدق النميمة كما هو الحق، و إفتدل على حرمتها بقول مطلق.

وقد استقل العقل بقبحها.

و بالجملة: تدل على حرمتها الادلة الاربعة.

النياحة

(١) قوله الخامسة و العشرون النوح بالباطل.

و حق القول في المقام يقتضى البحث في موردين:

الاول: في الحكم التكليفي.

الثاني: في الحكم الوضعي.

أما الاول: فقد اختلفت فيه كلمات القوم على أقوال:

الاول: القول بالحرمة مطلقا، اختاره جمع من الاصحاب.

الثاني: القول بالكراهة كذلك، اختاره في محكي مفتاح الكرامة.

(١) الوسائل، باب ١٠٤، من أبواب أحكام العشرة، حديث ٧.

(٢) نفس المصدر، ح ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٨٠

و الظاهر حرمة من حيث الباطل يعنى الكذب و الالفه في نفسه ليس بمحرم و على هذا التفصيل دل غير واحد من الاخبار، و ظاهر المبسوط و ابن حمزة التحريم مطلقا كبعض الاخبار و كلاهما محمولان على المقيد جمعا.

الثالث: القول بالتفصيل بين النوح بالباطل فيحرم، و بين النوح بالحق أى ما لم يستلزم محرما فيجوز، نسبه في الحدائق الى المشهور.

ثم ان القائلين بالقول الثالث اختلفوا على أقوال:

منها: جواز النوح بالحق على كراهة.

و منها: جوازه من غير كراهة.

و منها: جوازه على كراهة اذا اشترطت فيه الاجرة، و الا فلا كراهة فيه.

و النصوص الواردة في الباب على طوائف:

الاولى: ما دل على جوازها مطلقا.

كحسن الحسين بن زيد قال: ماتت ابنة لأبى عبد الله عليه السلام ففاح عليها سنه، ثم مات له ولد آخر ففاح عليه سنه، ثم مات اسماعيل فجزع عليه جزعا شديدا فقطع النوح فقيل لأبى عبد الله عليه السلام أ يباح في دارك؟ فقال: ان رسول الله صلى الله عليه و آله لما مات حمزة قال: لكن حمزة لا بواكى عليه «١».

و صحيح يونس بن يعقوب عن الامام الصادق عليه السلام: قال لى أبى: يا جعفر أوقف لى من مالى كذا و كذا لنوادب تندبنى عشر

سنين بمنى أيام منى «٢». اللهم إلا- أن يقال: انه مختص بالنوح على الامام و يحتمل اختصاص ذلك بالأئمة عليهم السلام لما فيه من تشييد حبههم و بغض ظالمهم في القلوب، و هما العمدة في الايمان. و بذلك يظهر حال ما تضمن نوح فاطمة عليها السلام لأبيها صلى الله عليه و آله، بل و الفاطميات في كربلاء و غيرها.

(١) الوسائل، باب ٧١، من أبواب الدفن و ما يناسبه، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٨١

...

و صحيح الثمالى المتضمن نوح أم سلمة زوجة النبي صلى الله عليه و آله لابن عمها الوليد فى حضوره صلى الله عليه و آله «١» و قريب منها غيرها.

الثانية: ما دل على المنع من النياحة مطلقا: كحديث المناهى: و نهى عن النياحة «٢».

و خبر الزعفرانى عن الامام الصادق عليه السلام: و من أصيب بمصيبة فجاء عند تلك المصيبة بنائحة فقد كفرها «٣».

و النبوى المروى عن الخصال: ان النائحة اذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة و عليها سربال من قطران «٤». و نحوها غيرها.

الثالثة: ما دل على الكراهة:

كصحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألت عن النوح على الميت أ يصلح؟ قال عليه السلام: يكره «٥».

الرابعة: ما دل على عدم البأس به إن لم يكن بالباطل.

كمرسل الفقيه قال عليه السلام: لا بأس بكسب النائحة اذا قالت صدقا «٦». و هو و إن دل بالمطابقة على حكم الكسب الظاهر فى

الحكم الوضعى إلا أنه بالالتزام يدل على الجواز التكليفى فيما اذا قالت صدقا كما لا يخفى.

و الحق فى مقام الجمع أن يقال: انه مع قطع النظر عن ضعف سند جملة منها، تحمل الاخبار المانعة على النوح بغير الصدق و الباطل، و

المجوزة على النوح بالحق، لأن الطائفة الرابعة بمنطوقها تقييد الأخبار المانعة، و بمفهومها تقييد المجوزة.

(١) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١١.

(٣) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٤) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٢.

(٥) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٣.

(٦) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٨٢

...

و أما الطائفة الثالثة: فحيث انها غير ظاهرة فى الكراهة الاصطلاحية فأما إن تحمل على المنع فسييلها سبيل الطائفة الثانية.

أو يقال: إنها مجملة لا يستفاد منها أزيد من المرجوحية.

و على كل تقدير لا- دليل على الكراهة في غير مورد المنع، أما على الاول فواضح، و أما على الثاني فلاجمال الخير و احتمال ارادة المنع منه.

هذا كله مع قطع النظر عن قصور السند، و إلا فالطائفتان الثانية و الرابعة ضعيفتا السند، و عليه فإن قلنا بظهور الطائفة الثالثة في المنع تقع المعارضة بينها و بين الطائفة الاولى لعدم امكان الجمع بالحمل على الكراهة لدلالة خبر الحسين بن زيد على عدم الكراهة كما لا يخفى.

فلا بد من الرجوع الى المرجحات و هي تقتضى تقديم الاولى للأشهرية و لمخالفتها للعامه، و إن قلنا بأنها مجمله لا يستفاد منها أزيد من الكراهة فتقدم الاولى للأشهرية فقط.

لا يقال: إن هذه النصوص بعد الجمع بينها تدل على جواز النياحة مطلقا، و النسبة بينها و بين النصوص الدالة على حرمة الكذب و حرمة الغناء هي العموم من وجه، فتساقطان في المجمع فيرجع الى أصالة الحل، و لازم ذلك جوازها و إن كان بالباطل. فإنه يتوجه عليه ان هذه النصوص تدل على جواز النوح من حيث هو مع قطع النظر عن العناوين الثانوية المنطبقة عليه في بعض الموارد.

فتحصل: ان الاظهر هو الجواز ما لم ينطبق عليه أحد العناوين المحرمة كالكذب و نحوه.

و أما المورد الثاني ففيه ايضا طوائف من النصوص:

الاولى: ما دل على جوازه مطلقا:

كخبر أبي بصير عن الامام الصادق عليه السلام: لا بأس بأجر النائحة التي تنوح على الميت «١».

(١) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٨٣

السادسة والعشرون: الولاية من قبل الجائر،

إشارة

و هي صيرورته واليا على قوم منصوبا من قبله محرمة (١) لأن الوالى من أعظم الاعوان،

الثانية: ما دل على المنع كذلك:

كخبر عذافر عنه عليه السلام عن كسب النائحة: تستحله بضرب إحدى يديها على الاخرى «١». أى لا يأخذ الاجر على النياحة بل على ما يضم اليها من الاعمال.

الثالثة: ما دل على الجواز إذا كان بالحق: كمرسل الفقيه المتقدم.

الرابعة: ما دل على الجواز إذا لم يشارط و قبل النائح ما يعطى:

كموثق حنان عن الامام الصادق عليه السلام: قل لها لا تشارط و تقبل ما اعطيت «٢».

الخامسة: ما دل بظاهره على الكراهة:

كخبر سماعة قال: سألته عن كسب المغنية و النائحة فكرهه «٣».

و الحق في مقام الجمع أن يقال: بعد طرح خبر عذافر لجهالته، و مرسل الفقيه لإرساله، و حمل كرهه على إرادة المنع كما تقدم.

انه يقيد إطلاق الطائفة المجوزة بموثق حنان المفصل بين الاشتراط و عدمه مع قبول ما يعطى، فتكون النتيجة ان كسب النائحة جائز اذا لم تشارط و قبلت ما اعطيت. و الله العالم.

حرمة الولاية من قبل الجائر

(١) قوله السادسة و العشرون، الولاية من قبل الجائر ... محرمة.

بلا خلاف فى ذلك فى الجملة و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل لعله من

(١) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٢) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٣) الوسائل، باب ١٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٨.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٨٤

و لما تقدم فى رواية تحف العقول من قوله، و أما وجه الحرام من الولاية فولاية الوالى الجائر و ولاية ولاته فالعمل لهم و الكسب لهم بجهة الولاية معهم حرام معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير لأن كل شىء من جهة المعونة له، معصية كبيرة من الكبائر و ذلك ان فى ولاية الوالى الجائر دروس الحق كله و احياء الباطل كله و اظهار الظلم و الجور و الفساد و ابطال الكتب، و قتل الانبياء و هدم المساجد و تبديل سنة الله و شرائعه فلذلك حرم العمل معهم و معونتهم، و الكسب معهم الا بجهة الضرورة نظير الضرورة الى الدم و الميتة، الخبر.

و فى رواية زياد بن أبى سلمة أهون ما يصنع الله عز و جل بمن تولى لهم عملاً أن يضرب عليه سراق من نار الى أن يفرغ الله عز و جل من حساب الخلائق «الخلق».

الواضحات لا لخبر تحف العقول «١» و خير زياد بن أبى سلمة «٢» المذكورين فى المتن لضعف سنديهما.

بل للنصوص المستفيضة المعبرة.

كحسن محمد بن مسلم قال: كنا عند أبى جعفر عليه السلام على باب داره بالمدينة فنظر الى الناس يمرون أفواجا فقال لبعض من عنده: حدث بالمدينة أمر؟ فقال: جعلت فداك ولى المدينة و ال فغدا الناس يهتونه فقال: ان الرجل ليغدى عليه بالأمر يهناً به، و انه لباب من أبواب النار «٣». و نحوه غيره من النصوص الكثيرة و هذا مما لا كلام فيه.

انما الكلام فى انه هل الولاية من قبل الجائر و هى أخذ المنصب منه بنفسها محرمة، و

(١) الوسائل، باب ١٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

(٣) الوسائل، باب ٤٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٨٥

ثم إن ظاهر الروايات كون الولاية محرمة بنفسها مع قطع النظر عن ترتب معصية عليه من ظلم الغير مع ان الولاية عن الجائر لا تنفك عن المعصية، و ربما كان فى بعض الاخبار إشارة الى كونه من جهة الحرام الخارجى.

ففى صحيحة داود بن زربى قال: أخبرنى مولى لعلى بن الحسين عليه السلام قال:

كنت بالكوفة فقدم أبو عبد الله عليه السلام الحيرة فأتيته فقلت له: جعلت فداك لو كلمت داود بن على أو بعض هؤلاء فأدخل فى

بعض هذه الولايات، فقال: ما كنت لأفعل فانصرفت الى منزلي فتفكرت ما أحسبه انه منعني إلا مخافة أن أظلم أو أجور والله لا ينيته و اعطينه الطلاق، و العتاق و الايمان المغلظة أن لا أجورن على أحد و لا أظلمن و لأعدلن، قال: فأتيته، فقلت جعلت فداك اني فكرت في إباثك على و ظننت انما منعني مخافة أن أظلم أو أجور و ان كل امرأة لي طالق، و كل مملوك لي حر و على أن ظلمت أحدا أوجرت على «عليه» أحد، بل إن لم أعدل قال: فكيف، قلت: فاعدت عليه الايمان فنظر (فرجع رأسه) الى السماء، و قال: تنال (تناول) هذه السماء يسر عليك من ذلك بناء على ان المشار اليه هو العدل و ترك الظلم و يحتمل أن يكون هو الترخص في الدخول، ثم انه يسوغ الولاية المذكورة أمران:

إن لم ينضم اليها أعمالها؟.

أم تختص الحرمة بالقيام بأعمالها؟.

و على الثاني فهل المحرم هو مطلق أعمالها.

أو أن المحرم خصوص أعمالها المحرمة؟ وجوه:

أظهرها الاول، و ذلك: لظهور جملة من نصوص الباب في ذلك، و هي النصوص الناهية عن الولاية و المتضمنة للوعيد عليها «١».

و لان الوالي من أعظم الاعوان لهم، و قد تقدم ان صيرورة الشخص من أعوان

(١) الوسائل، باب ٤٥، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٨٦

...

الظالم من المحرمات.

و قد استدلل المحقق الايرواني رحمهم الله لعدم كونها بنفسها من المحرمات.

بأن منصرف تلك الأدلة حرمة الولاية، بمعنى القيام بأعمالها، لا مجرد أخذ المنصب.

و بأن أخذ المنصب لو كان حراما في ذاته لما جاز ذلك لأجل غاية مستحبة، و قد ادعى الشيخ رحمهم الله تطابق الأدلة على جوازه لأجل هذه الغاية.

و بالتعليل في خبر تحف العقول لحرمتها بأن في ولاية الوالي الجائر دروس الحق كله و احياء الباطل كله و إظهار الظلم و الجور و الفساد، و إبطال الكتب، و قتل الانبياء، و هدم المساجد، و تبديل سنة الله و شرائعه «١».

و بخبر زياد بن أبي سلمة عن الامام موسى بن جعفر عليه السلام: يا زياد لان اسقط من حائق فاقطع قطعة قطعة أحب الي من أن أتولى لأحد منهم عملا أو أطأ بساط رجل منهم الا لما ذاق؟ قلت: لا أدري جعلت فداك قال: الا لتفريج كربة عن مؤمن، أو فك اسره، أو قضاء دينه «٢».

و في الجميع نظر:

أما الاول: فلانه لا منشأ لدعوى الانصراف سوى الغلبة، و هي لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق.

و أما الثاني: فلأنه اجتهاد في مقابل النص.

و أما الثالث: فلضعف سنده كما تقدم.

و أما الرابع: فلأنه ضعيف السند لحسين بن الحسن الهاشمي، مع انه يدل على ان التولي حرام الا للأمر الثلاثة المذكورة فيه، و ظاهر

ذلك هو حرمة نفس الولاية في غير تلك الموارد.
 و قد استدلل للقول الاخير: بالتعليل في خبر تحف العقول.
 و بحسن داود بن زربي، عن أبي عبد الله عليه السلام- في حديث- تناول السماء ايسر عليك من ذلك «٣». مشيرا الى القيام بالعدل.

- (١) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.
 (٢) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.
 (٣) الوسائل، باب ٤٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٨٧

[مسوغات الولاية المذكورة]

أحدهما: القيام بمصالح العباد (١)

إشارة

بلا خلاف على الظاهر المصرح به في المحكى عن بعض، حيث قال: إن تقلد الامر من قبل الجائر جائز إذا تمكن معه من إيصال الحق لمستحقه بالإجماع (٢) و السنة الصحيحة و قوله تعالى (...): اجعلني على خزائن الارض (. (... ٣)

و لكن يرد على الاول: ما تقدم.
 و على الثاني: انه يحتمل ان يكون ذلك اشارة الى الترخيص في الدخول، مع انه لو كان المشار اليه هو العدل يمكن أن يقال بعدم دلالته على جواز الولاية نفسها، إذ الظاهر ان السائل من العامة كما يظهر من حلفه بالطلاق و العتاق، و عليه، فلم يكن له محيص من التخلص الا بذلك.

فتحصل: ان الاظهر هو حرمة الولاية من حيث هي، و لو انضم اليها عمل محرم يعاقب بعقابين، و لو لم يعمل شيئا من الاعمال المحرمة يعاقب بعقاب واحد.

أخذ الولاية للقيام بمصالح العباد

(١) قوله أحدهما القيام بمصالح العباد.

يجوز أخذ الولاية و تصديها في موردين:

أحدهما: القيام بمصالح العباد.

و قد استدلل لجوازه بوجوه:

(٢) الأول: الإجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يكون ذلك إجماعا تعديا.

(٣) الوجه الثاني: قوله تعالى حكاية عن يوسف عليه السلام: (اجعلني على خزائن الارض إني حفيظ عليم) «١».

و أورد عليه المحقق الايرواني رحمهم الله و الاستاذ الاعظم: بأن يوسف كان مستحقا للسلطنة، فاقتصره على المرتبة التي دونها لا يوجب كونه واليا من قبل الجائر.

(١) يوسف: ٥٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٨٨

و يدل عليه قبل الاجماع ان الولاية إن كانت محرمة لذاتها كان (جاز) ارتكابها لأجل المصالح و دفع المفساد التي هي أهم من مفسدة انسلاك الشخص في أعوان الظلمة بحسب الظاهر (١) و إن كانت لاستلزامها الظلم على الغير فالمفروض عدم تحققه هنا، و يدل عليه النبوى الذى رواه الصدوق فى حديث

وفيه: ان المحرم هو الولاية من قبل الجائر، و تقلد هذا المنصب منه كان الوالى مستحقا لذلك المنصب أم لم يكن.

فالحق فى الجواب أن يقال: انه وردت «١» روايات ان قبول يوسف للولاية كان عن كره مع انه كان سببا لحفظ النفوس من الموت بالقط و الغلاء، و لا شبهة فى الجواز فى هذا المورد.

و بما ذكرناه ظهر انه لا- يمكن الاستدلال له بقبول على بن موسى الرضا عليه السلام ولاية العهد، فإنه كان عن كره كما نطقت به النصوص «٢».

(١) الوجه الثالث ما فى المتن ان الولاية إن كانت محرمة لذاتها جاز ارتكابها لأجل المصالح و دفع المفساد التي هي أهم من مفسدة انسلاك الشخص فى أعوان الظلمة بحسب الظاهر.

و أورد عليه: بأنه إن كان المراد من المصالح ما كان من قبيل حفظ النفوس فالمدعى أعم من ذلك و إن كان المراد المصالح غير اللزومية فلا شبهة فى ان مجرد ذلك لا يقاوم الجهة المحرمة.

و ذكر المحقق الايروانى رحمهم الله فى تأييد ما ذكره المصنف رحمهم الله ما يكون جوابا عن ذلك، و هو: انه يجوز أن يحصل التوازن و التكاسر بين الملاكات، ثم المتخلف من ملاك الحكم الالزامى لم يكن الا اليسير غير المقتضى للإلزام.

وفيه: مضافا الى ما مر فى مبحث الغناء من أن مورد انطباق عنوانين أحدهما محرم و الآخر مستحب على شىء لا يكون من موارد تراحم الملاكات، بل من باب التنافى بين الحكمين. فراجع، و قد اعترف المصنف رحمهم الله فى ذلك المبحث بأن أدلة الاحكام الالزامية لا تراحم بأدلة الاحكام الترخيضية- ان المقام من موارد تراحم الحكمين، حيث ان المحرم هو أخذ المنصب و التولى من قبل الجائر، و المستحب هو قضاء حوائج المؤمنين مثلا، و المفروض عدم قدرة المكلف على امتثال التكليفين، فلا بد من سقوط أحدهما و لا شبهة

(١) الوسائل، باب ٤٨، من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل، باب ٤٨، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٨٩

المناهى قال: من تولى عرافة قوم أتى به يوم القيامة و يدها مغلولتان الى عنقه، فإن قام فيهم بأمر الله تعالى أطلقه الله، و إن كان ظالما يهوى به فى نار جهنم و بس المصير.

و عن عقاب الاعمال و من تولى عرافة قوم و لم يحسن فيهم حبس على شفير جهنم بكل يوم ألف سنة و حشر و يدها مغلولتان الى عنقه، فإن قام فيهم بأمر الله أطلقه الله و إن كان ظالما هوى به فى نار جهنم سبعين خريفا.

أن الساقط فى هذا المقام هو الحكم الاستجابى لا التحريمى كما حقق فى محله.

الوجه الرابع: النصوص الكثيرة و قد ذكر المصنف رحمهم الله جملة منها فى المكاسب، و البقية المذكورة فى كتب الاحاديث

كالوسائل.

و تلك النصوص على طوائف:

منها: ما دل على ان الوالى و العريف اذا ظلم يعاقب فى جهنم، و اذا قام بمصالح العباد يعاقب فى خارج جهنم كالنبوى «١».

و نحوه ما عن عقاب الاعمال «٢» و هما الخبران فى المتن.

و هذه الطائفة تدل على خلاف المطلوب.

و منها ما دل على رجحان فعل الوالى من قضاء حاجة المؤمن و نحوه غير المتضمن لجواز الولاية و لا لعدم الوعيد عليها، و هى

متعددة و هذه الطائفة غريبة عن المقام، إذ لا ينكر أحد رجحان تلك الاعمال كانت الولاية محرمة أم لا.

و منها: ما تضمن ان الاحسان بالاخوان كفارة لما تصداه: كمرسل الصدوق قال الصادق عليه السلام: كفارة عمل السلطان قضاء حوائج

الاخوان «٣». و قوله عليه السلام فى خبر زياد المتقدم فإن وليت شيئاً من أعمالهم فأحسن الى إخوانك فواحدة بواحدة «٤». و هذه

الطائفة ايضا أدل على خلاف المطلوب كما لا يخفى.

(١) الوسائل، باب ٤٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.

(٢) نفس المصدر، حديث ٧.

(٣) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٤) نفس المصدر، حديث ٩.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ١٩٠

و لا يخفى ان العريف سيما فى ذلك الزمان لا يكون الا من قبل الجائر.

و صحيحة زيد الشحام المحكية عن الامالى عن أبى عبد الله عليه السلام من تولى أمرا من أمور الناس فعدل فيهم و فتح بابه و رفع

ستره و نظر فى أمور الناس كان حقا على الله أن يؤمن روعته يوم القيامة و يدخله الجنة. (١)

و رواية زياد بن أبى سلمة عن موسى بن جعفر عليه السلام يا زياد لان أسقط من شاق «حالى» فأقطع قطعة قطعة أحب الى من أن

أتولى لهم عملا- أو أظأ بساط رجل منهم الا لما ذا قلت: لا أدرى جعلت فداك، قال: الا لتفريج كربته مؤمن أو فك اسره أو قضاء

دينه. (٢)

(١) و أما صحيح. «١» الشحام عن الامام الصادق عليه السلام المذكور فى المتن.

فمضافا الى انه كما يلائم جواز الولاية يلائم مع حرمتها، و كون الامور المذكورة كفارة لها.

انه لا إطلاق له كى يشمل التولى من قبل الجائر.

و لعله مختص بالتولى من قبل السلطان العادل، أو من تولى بنصب الناس اياه.

(٢) و أما قوله عليه السلام فى خبر «٢» زياد بن أبى سلمة المذكور فى المتن (الا لما ذا قلت لا أدرى.. قال: عليه السلام الا لتفريج

كربته مؤمن) فلا يدل عليه، إذ لا ظهور فى الاستثناء فى رجوعه الى الجملة الاولى.

بل الظاهر- و لا أقل من المحتمل- هو رجوعه الى الجملة الاخيرة، و عليه فلا يدل على جواز الولاية و لو فى مورد.

فلا يبقى من النصوص إلا قليل من ما ذكره، و فيه الكفاية.

(١) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

(٢) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩١

و رواية علي بن يقطين ان الله تبارك تعالى مع السلطان أولياء يدفع بهم عن أوليائه، قال الصدوق: و في خبر آخر أولئك عتقاء الله من النار، قال و قال الصادق عليه السلام: كفارة عمل السلطان قضاء حوائج الاخوان. (١)

كصحيح «١» علي بن يقطين، و مرسل «٢» الصدوق، المذكورة في المتن.

و الايراد على الصحيح الاول تارة: بأن له تعالى مع السلطان من هو كذلك لا يلزم أن يكون ذلك واليا من قبله، بل هم عدة من وجوه البلد و أعيانه الذين يختلفون إليه لأجل قضاء حوائج الناس.

و اخرى: بأنه لم يشتمل على ما يدل على جواز تصديهم للولاية كما عن المحقق الايرواني رحمهم الله في غير محله.

أما الاول: فلأن الظاهر من هذا الكلام ارادة المنصوبين من قبله.

و أما الاعيان المختلفون اليه فهم ليسوا مع السلطان كما لا يخفى.

و أما الثاني: فلأن التعبير عنهم بأولياء الله من أقوى الأدلة على جواز تصدى الولاية.

و ما دل على ان القيام بها كفارة لما تصداه، كالمرسل، و خبر زياد المتقدمين لا يصلحان للمعارضة مع تلك النصوص لضعف سندهما.

أما خبر زياد فلما تقدم، و أما المرسل فلارساله.

مضافا الى ان الظاهر منهما اختصاص ذلك بما اذا كان الدخول في الولاية حراما ابتداء ثم تبدل قصده الى الاحسان بالاخوان.

فتحصل: ان الولاية من قبل الجائر جائزة اذا كانت للقيام بمصالح العباد.

(١) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١-٢.

(٢) نفس المصدر، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩٢

و عن المقنع سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يحب آل محمد و هو في ديوان هؤلاء فيقتل تحت رأيتهم، قال: يحشره الله على نيته إلى غير ذلك. و ظاهرها (١)

إباحة الولاية من حيث هي مع المواساة و الاحسان بالاخوان فيكون نظير الكذب في الاصلاح و ربما يظهر من بعضها الاستحباب و

ربما يظهر من بعضها أن الدخول أولا غير جائز إلا أن الاحسان إلى الاخوان كفارة له كمرسلة الصدوق المتقدمة.

و في ذيل رواية زياد بن أبي سلمة المتقدمة، و إن وليت شيئا من أعمالهم فأحسن الي إخوانك يكون واحدة بواحدة.

أقسام الولاية من قبل الجائر

(١) قوله و ظاهرها إباحة الولاية من حيث هي مع المواساة و الاحسان.

يقع الكلام في انه على فرض عدم الحرمة ما ذا حكمه؟ الاباحة أو الاستحباب أو الوجوب؟ و ملخص الكلام في هذه المسألة يقع:

تارة: فيما تقتضيه القواعد.

و اخرى: فيما تقتضيه النصوص الخاصة. و في كلا المقامين.

تارة: يقع البحث في غير الوجوب.

و اخرى: فيه.

فها هنا مواضع للبحث:

الاول: قد يقال: إن مقتضى القواعد استحباب الولاية في غير موارد وجوبها لكونها مقدمة للمستحب، و قد حقق في محله ان مقدمة المستحب مستحبة.

و فيه: ان مقدمة المستحب انما تتصف بالاستحباب إذا لم تكن محرمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩٣

و الاولى أن يقال: إن الولاية الغير المحرمة منها ما يكون مرجوحة و هي ولاية من تولى لهم لنظام معاشه قاصدا للاحسان في خلال ذلك الى المؤمنين و دفع الضر عنهم. (١)

ففي رواية أبي بصير ما من جبار و إلا و معه مؤمن يدفع الله به عن المؤمنين و هو أقلهم حظا في الآخرة لصحبة الجبار.

و منها ما يكون مستحبة و هي ولاية من لم يقصد بدخوله الا الاحسان الى المؤمنين.

فعن رجال الكشي في ترجمته محمد بن اسماعيل بن بزيع عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: إن الله تعالى في أبواب الظلمة من نور الله به البرهان و مكن له في البلاد ليدفع بهم عن أوليائه و يصلح الله بهم أمور المسلمين. اليهم ملجاء «يلجاء»

الموضع الثاني في المقام طائفتان من الاخبار:

الاولى: ما يدل على كراهة الولاية و هو خبر «١» مهران بن محمد بن أبي نصر كما في الكافي، مهران بن محمد بن أبي بصير كما في التهذيب (هامش المخطوط) المذكور في المتن بعنوان خبر أبي بصير.

الثانية ما يدل على استحباب الولاية من قبل الجائر كخبر «٢» ابن بزيع عن الامام الرضا عليه السلام المذكور في المتن و خبر هشام بن سالم عن الامام الصادق عليه السلام: ان لله مع ولاة الجور أولياء يدفع بهم عن أوليائه، اولئك المؤمنون حقا «٣» و نحوه خبر المفضل «٤» و صحيح علي بن يقطين المتقدم.

(١) و قد جمع المصنف رحمه الله بين الطائفتين: بحمل الاولى على من تولى لهم لنظام معاشه قاصدا للاحسان في خلال ذلك الى المؤمنين و دفع الضر عنهم، و حمل الثانية على من لم يقصد بدخوله إلا الاحسان الى المؤمنين.

و أورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله بأنه جمع تبرعى استحسانى لم يساعده سوى

(١) الوسائل، باب ٤٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٤.

(٢) رواه المامقاني رحمه الله عن نسخة قديمة لرجال الكشي في ترجمته محمد بن اسماعيل بن بزيع.

(٣) المستدرک، باب ٣٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٥.

(٤) المستدرک، باب ٣٩، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩٤

المؤمنين من الضرر و إليهم مرجع ذوى الحاجة من شيعتنا بهم يؤمن الله روعه المؤمنين في دار الظلمة أولئك حقا أولئك أمناء الله في أرضه أولئك نور الله في رعيته يوم القيامة و يزهر نورهم لأهل السموات كما يزهر نور الكواكب الدرية لأهل الارض أولئك من نورهم يوم القيامة تضيء القيامة خلقوا و الله للجنة و خلقت الجنة لهم فهنيئا لهم ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله. قال قلت: بما ذا جعلت فداك قال: يكون معهم فيسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا فكن منهم يا محمد. (١)

الاعتبار بلا شاهد عليه من الاخبار.

وفيه: ان ما ذكره رحمهم الله جمع عرفي، إذ خبر مهران مطلق شامل لما اذا تولى لخصوص الاحسان، أم له مع نظام معاشه، و خبر ابن بزيع مختص بما اذا تولى لخصوص الاحسان لقوله عليه السلام في ذيله: فهيننا لهم، ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله، قال: قلت: بما ذا جعلني الله فداك؟ قال: يكون معهم فيسرنا يادخال السرور على المؤمنين من شيعتنا، فكن معهم يا محمد، فبه يقيد اطلاق خبر مهران فيختص بما اذا تولى لنظام معاشه، مع كون قصده الاحسان إلى الاخوان، في خلال ذلك، و عليه فتقلب النسبة بين خبر مهران و اخبار ابن يقطين و هشام و المفضل من التباين الى العموم المطلق، فيقيد اطلاقها به. فتأمل.

فتكون النتيجة ما ذكره المصنف رحمهم الله.

ولكن يرد عليه: ان خبر مهران لا يعتمد عليه لجهالته، و خبرا هشام و المفضل و إن كانا مرسلين الا انه يعتمد عليهما في الحكم بالاستحباب مطلقا لقاعدة التسامح في أدلة السنن، مضافا الى أن في صحيح علي بن يقطين كفاية.

والاستاذ الاعظم ذكر ان بعض النصوص يدل على ان الولاية مباحة و قال: ان صحيح الحلبي قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل مسلم و هو في ديوان هؤلاء و هو يحب آل محمد صلى الله عليه و آله و يخرج مع هؤلاء في بعثهم فيقتل تحت رأيهم، قال: يبعثه الله على نيته «١». يدل على ذلك.

(١) الوسائل، باب ٤٨، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩٥

و منها ما يكون واجبه و هي ما توقف الامر بالمعروف و النهي عن المنكر الواجبان عليه فان ما لا يتم الواجب إلا به واجب مع القدرة و ربما يظهر من كلمات جماعة عدم الوجوب في هذه الصورة ايضا. (١)

قال في النهاية تولى الامر من قبل السلطان العادل جائز مرغب فيه و ربما بلغ حد الوجوب لما في ذلك من التمكن من الامر بالمعروف و النهي عن المنكر و وضع الاشياء مواقعها.

و أما سلطان الجور فمتى علم الانسان أو غلب على ظنه انه متى تولى الامر من قبله أمكن التوصل الى اقامة الحدود و الامر بالمعروف و النهي عن المنكر و قسمة الاخماس و الصدقات في أربابها وصله الاخوان و لا يكون مع ذلك مخلا بواجب و لا فاعلا لقبيح فانه يستحب له ان يتعرض لتولى الامر من قبله، انتهى.

و قال في السرائر و أما السلطان الجائر فلا يجوز لأحد أن يتولى شيئا من الامور مختارا من قبله الا ان يعلم أو يغلب على ظنه، الى آخر. عبارة النهاية بعينها.

و في الشرائع و لو أمن من ذلك أى اعتماد ما يحرم و قدر على الامر بالمعروف و النهي عن المنكر استحبت.

وفيه: ان هذا الصحيح أجنبى عن ما استدل به له، فإنه انما يدل على أن القتل تحت رأيهم إن كان بقصد الدفاع عن بيضة الاسلام لا لتقوية سلطانهم يثاب عليه لكونه ناشئا عن هذه النية، أو على ان القتل تحت رأيهم لا يوجب ضعفا في إيمانه و انه إن كان مؤمنا حشر مؤمنا و لا ينظر الى عمله. و على كل تقدير فهو غريب عن المقام.

فتحصل: انه لا شيء من الولاية الجائزة بمباحة أو مكروهة.

(١) و قد نسب الى المشهور عدم وجوب تصدى الولاية و ان توقف الامر بالمعروف و النهي عن المنكر الواجبان عليها، بل في الجواهر: لم يحك عن أحد التعبير بالوجوب الا عن الحلبي في السرائر.

وقد مر أن الكلام في ذلك أيضا يقع في موضعين:

الاول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

أما الموضوع الاول: فقد استدلل لعدم الوجوب بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩٦

قال في المسالك: بعد ان اعترف ان مقتضى ذلك وجوبها و لعل وجه عدم الوجوب كونه بصورة النائب عن الظالم و عموم النهى عن الدخول معهم و تسويد الاسم فى ديوانهم فإذا لم يبلغ حد المنع فلا أقل من عدم الوجوب، و لا يخفى ما فى ظاهره من الضعف كما اعترف به غير واحد لان الامر بالمعروف واجب فإذا لم يبلغ ما ذكره من كونه بصورة النائب الى آخر ما ذكره حد المنع، فلا مانع من الوجوب المقدمى للواجب و يمكن توجيهه بأن نفس الولاية قبيح محرم لانها توجب اعلاء كلمة الباطل و تقوية شوكته فاذا عارضها قبيح آخر و هو ترك الامر بالمعروف و النهى عن المنكر، و ليس أحدهما أقل قبحا من الآخر فللمكلف فعلها تحصيلاً لمصلحة الامر بالمعروف و تركها دفعا لمفسدة تسويد الاسم فى ديوانهم الموجب لإعلاء كلمتهم و قوة شوكتهم، نعم يمكن الحكم باستجاب اختيار احدهما لمصلحة لم يبلغ حد الالتزام حتى يجعل أحدهما أقل قبحا ليصير واجبا.

الوجه الاول ما فى الجواهر و هو: انه يعارض ما دل على الامر بالمعروف و ما دل على حرمة الولاية من قبل الجائر و لو من وجه، فيجمع بينهما بالتخيير المقتضى للجواز رفعا لقيود المنع من الترك، مما دل على الوجوب و المنع من الفعل مما دل على الحرمة.

وفيه ان المقام من صغريات باب التزاحم لا التعارض المتوقف على وحدة المتعلق، إذ متعلق الحرمة هو تصدى منصب الولاية، و متعلق الوجوب هو الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لا ربط لاحدهما بالآخر. غاية الامر لاجل عدم قدرة المكلف على امتثالهما يقع التنافى بينهما، فلا بد من الرجوع الى مرجحات باب التزاحم، مع انه لو سلم كونه من صغريات باب التعارض ما ذكره رحمهم الله فى وجه التخيير من الجمع بين الدليلين بما انه ليس جمعا عرفيا لا- يتم، بل يتعين الرجوع الى المرجحات، و حيث ان النسبة بين الدليلين عموم من وجه، و دلالة كل منهما على حكم المجمع انما هى بالاطلاق، فلا بد من الحكم بالتساقط و الرجوع الى الاصول- فتأمل- فإن المختار أخيرا تعين الرجوع الى الاخبار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩٧

و الحاصل ان جواز الفعل و الترك هنا ليس من باب عدم جريان دليل قبح الولاية، و تخصيص دليله بغير هذه الصورة بل من باب مزاحمة قبحها بقبح ترك الامر بالمعروف، فللمكلف ملاحظة كل منهما و العمل بمقتضاه نظير تزامم الحقين فى غير هذا المقام، هذا ما اشار اليه الشهيد بقوله لعموم النهى الخ.. (١)

و فى الكفاية ان الوجوب فيما نحن فيه حسن لو ثبت كون وجوب الامر بالمعروف مطلقا غير مشروط بالقدرة فيجب عليه تحصيلها من باب المقدمة، و ليس بثابت (٢) و هو ضعيف لان عدم ثبوت اشتراط الوجوب بالقدرة الحالية العرفية، كاف مع اطلاق أدلة الامر بالمعروف السالم عن التقييد بما عدا القدرة العقلية المفروضة فى المقام.

العلاجية فى موارد التعارض بالعموم من وجه مطلقا.

(١) الوجه الثانى: ما أفاده الشهيد رحمهم الله و أوضحه المصنف رحمهم الله و هو: انه يزاحم ما دل على حرمة الولاية مع ما دل على الامر بالمعروف و النهى عن المنكر المتوقفين عليها، فللمكلف ملاحظة كل منهما و العمل بمقتضاه نظير تزامم الحقين، فتارة تكون ناحية الوجوب أهم فيؤخذ بها، و اخرى تكون ناحية الحرمة أهم فتقدم، و ثالثة تتساويان فيكون المكلف مخيرا فى اختيار ايهما شاء، و

حيث انه في المقام لم يحرز أهمية الوجوب بهذا الحد فلا وجه للحكم بالوجوب.

وفيه: ان هذا يتم بناء على عدم تمامية ما اختاره المحقق النائيني و تبعه جمع منهم الاستاذ الاعظم من أنه اذا تزامم تكليفان و لم يحرز أهمية أحدهما و كانا طوليين يكون التكليف بالمتقدم فعليا دون المتأخر، مستدلا عليه بأن سقوط كل من التكليفين المتزاممين بناء على كون التخيير بين المتزاممين عقليا لا- يكون الا- بامثال الآخر، و بما ان امثال التكليف بالتأخر متأخر خارجا لتأخر متعلقه على الفرض فلا- يكون للتكليف بالمتقدم مسقط في عرضه فيتعين امثاله على المكلف بحكم العقل، و الافى صورة عدم احراز أهمية الوجوب يتعين البناء على حرمة الولاية و عدم جوازها، فضلا عن الوجوب.

(٢) الوجه الثالث ما اشار اليه المحقق السبزواري صاحب الكفاية، و حاصله

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩٨

نعم ربما يتوهم انصراف الاطلاقات الواردة الى القدرة العرفية الغير المحققة في المقام لكنه تشكيك ابتدائي لا يضر بالاطلاقات و أضعف منه ما ذكره بعض بعد الاعتراض على ما في المسالك بقوله: و لا يخفى ما فيه، قال: و يمكن توجيه عدم الوجوب بتعارض ما دل على وجوب الامر بالمعروف و ما دل على حرمة الولاية عن الجائر بناء على حرمتها في ذاتها و النسبة عموم من وجه فيجمع بينهما بالتخيير المقتضى للجواز رفعا لقيد المنع من الترك من أدلة الوجوب، و قيد المنع من الفعل من أدلة الحرمة. و أما الاستحباب فيستفاد حينئذ من ظهور الترغيب فيه في خبر محمد بن اسماعيل و غيره الذي هو ايضا شاهد للجمع خصوصا بعد الاعتراض بفتوى المشهور و بذلك يرتفع اشكال عدم معقولية الجواز بالمعنى الاخص في مقدمة الواجب ضرورة ارتفاع الوجوب للمعارضه إذ عدم المعقولية مسلم فيما لم يعارض فيه مقتضى الوجوب انتهى.

و فيه ان الحكم في التعارض بالعموم من وجه هو التوقف و الرجوع الى الاصول لا التخيير كما قرر في محله و مقتضاها إباحة الولاية للاصل و وجوب

ان دليل الامر بالمعروف و النهي عن المنكر، مقيد بالقدرة الشرعية، و دليل حرمة الولاية مطلق من هذه الجهة، و قد حقق في محله انه اذا تزامم تكليفان احدهما مشروط بالقدرة شرعا دون الآخر يقدم المشروط بالقدرة عقلا على المشروط بالقدرة شرعا. إذ ملاك الحكم غير المشروط بالقدرة شرعا تام لا قصور فيه، و لا مانع عن جعل الحكم على طبقه فيكون حكمه فعليا و موجبا لعجز المكلف عن امثال التكليف الآخر و مانعا عن تحقق ملاكه المتوقف على القدرة عليه على الفرض.

و هذا بخلاف المشروط بالقدرة شرعا، إذ جعله يتوقف على تمامية ملاكه، و هي تتوقف على عدم فعليه الحكم الآخر، فلو استند عدم فعليته الى فعليه الحكم المشروط بالقدرة شرعا لزم الدور، و هذا الوجه هو الذي اشار اليه في محكي الكفاية، و هو حسن إن ثبت كون وجوب الامر بالمعروف و النهي عن المنكر مشروطا بالقدرة شرعا، و إلا فيكفي في نفى اعتبارها اطلاق الأدلة، و حيث انه لا دليل عليه و الانصراف لو كان فانما هو بدوى يزول بأدنى التفات، فالصحيح عدم تمامية هذا الوجه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ١٩٩

الامر بالمعروف لاستقلال العقل به كما ثبت في بابه، ثم على تقدير الحكم بالتخيير فالتخيير الذي يصار اليه عند تعارض الوجوب و التحريم هو التخيير الظاهري و هو الأخذ بأحدهما بالتزام الفعل أو الترك لا التخيير الواقعي. ثم المتعارضان بالعموم من وجه لا يمكن الغاء ظاهر كل منهما مطلقا، بل بالنسبة الى مادة الاجتماع لوجوب ابقائهما على ظاهرهما في مادتي الافتراق فيلزمك استعمال كل من الامر و النهي في أدلة الامر بالمعروف و النهي عن الولاية في الالزام و الاباحة. (١)

الظاهر انها تقتضى الحكم بالوجوب إذ بعد تخصيص أدلة حرمة الولاية بالنصوص المتقدمة الدالة على جواز الولاية للقيام بمصالح المسلمين الشاملة للمقام، إما لكون ذلك من تلك المصالح أو بالفحوى لا معارض و لا مزاحم لما دل على وجوب المقدمة، فلا مانع من اتصافها به.

و دعوى ان تلك النصوص المتضمنة لاستحباب الولاية، كما تخصص دليل حرمة الولاية.

كذلك تخصص أدلة الامر بالمعروف، لعدم تعقل وجوب الامر بالمعروف مع استحباب مقدمته.

مندفعة لا بما فى المتن من ان دليل استحباب الشىء الذى قد يكون مقدمة لواجب لا يعارض أدلة وجوب ذلك الواجب إذ استحباب الشىء فى ذاته، لا ينافى وجوبه بالغير: فانه يرد عليه ان تلك النصوص متضمنة للاستحباب المقدمى، لا الذاتى و ما ذكره رحمهم الله يتم فى الثانى.

بل لان تلك النصوص انما تدل على مطلق الرجحان، فيحكم فى المقام بالوجوب، لاجل وجوب ذى المقدمة.

فتحصل: ان الاقوى وجوب الولاية فيما اذا كان هناك، معروف متروك، أو منكر مركوب، يجب فعلا الامر بالاول و النهى عن الثانى.

(١) قوله فيلزمك استعمال كل من الامر و النهى فى أدلة الامر بالمعروف و النهى عن الولاية.

و فيه: ان الالتزام بالاباحة، ليس لاجل استعمال الامر و النهى فيها، حتى يورد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٠٠

ثم دليل الاستحباب أخص لا محالة من أدلة التحريم فيخصص به فلا ينظر بعد ذلك فى أدلة التحريم بل لا بد بعد ذلك من ملاحظة النسبة بينه و بين أدلة وجوب الامر بالمعروف و من المعلوم المقرر فى غير مقام ان دليل استحباب الشىء الذى قد يكون مقدمة لواجب لا- يعارض أدلة وجوب ذلك الواجب فلا- وجه لجعله شاهدا على الخروج عن مقتضاها، لان دليل الاستحباب مسوق لبيان حكم الشىء فى نفسه مع قطع النظر عن الملزمات العرضية كصيرورته مقدمة لواجب أو مأمورا به لمن يجب اطاعته أو مندورا و شبهه، فالاحسن (١) فى توجيه كلام من عبر بالجواز مع التمكن من الامر بالمعروف ارادة الجواز بالمعنى الاعم و أما من عبر بالاستحباب فظاهره ارادة الاستحباب العيني الذى لا- ينافى الوجوب الكفائى نظير قولهم يستحب تولى القضاء لمن يثق من نفسه مع انه واجب كفائى لاجل الامر بالمعروف الواجب كفاية أو يقال (٢) إن مورد كلامهم ما اذا لم يكن هنا معروف متروك يجب فعلا الامر به او منكر مفعول يجب النهى عنه كذلك، بل يعلم بحسب العادة تحقق مورد الامر بالمعروف و النهى عن المنكر بعد ذلك، و من المعلوم انه لا يجب تحصيل مقدمتهما قبل تحقق موردهما خصوصا مع عدم العلم بزمان تحققه و كيف كان فلا اشكال فى وجوب تحصيل الولاية اذا كان هناك معروف متروك أو منكر مركوب يجب فعلا الامر بالاول و النهى عن الثانى.

عليه: بأنه مستلزم لاستعمال اللفظ فى أكثر من معنى، بل من جهة سقوط الامر و النهى عن المجمع فيحكم بالاباحة للاصل.

(١) قوله فالاحسن فى توجيه كلام من عبر بالجواز.

هذا التوجيه لا يلائم مع كلماتهم، لما ترى انهم يفصلون بين الولاية من قبل العادل، التى تكون مقدمة للامر بالمعروف، و بين الولاية من قبل الجائر إذا وقعت مقدمة لذلك، و حكموا فى الاولى بالوجوب، و فى الثانية بعدمه.

(٢) و به ظهر ما فى توجيه الثانى للقول بعدم الوجوب.

مع انه يرد عليه ان لازم الوجه الثانى عدم الاستحباب اذ الاستحباب المتوهم ثبوته على هذا ليس الا الاستحباب التهيئى الذى لا دليل عليه فى المقام.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٠١

الثانى: مما يسوغ الولاية الاكراه عليه بالتوعيد على تركها (١)

إشارة

من الجائر بما يوجب ضررا بدنيا أو ماليا عليه أو على من يتعلق به بحيث يعد الاضرار به اضرازا به و يكون تحمل الضرر عليه شاقا على النفس كالاب و الولد و من جرى مجراهما، و هذا مما لا إشكال في تسويغه ارتكاب الولاية المحرمة في نفسها لعموم قوله تعالى: (إلا أن تتقوا منهم تقاة) (٢) في الاستثناء عن عموم (لا- يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء) و النبوى صلى الله عليه و آله رفع عن أمتي ما اكرهوا عليه و قولهم عليهم السلام التقيء في كل ضرورة، و ما من شيء إلا و قد أحله الله لمن اضطر اليه الى غير ذلك مما لا يحصى كثرة من العمومات و ما يختص بالمقام

و ينبغي التنبيه على أمور:

إشارة

قبول الولاية عن كره

(١) قوله الثاني: مما يسوغ الولاية الاكراه عليها بالتوعيد على تركها.

لا خلاف و لا إشكال في جواز الولاية إذا اكره عليها و توعد على تركها بما يشق على المكره تحمله، سواء كان ضررا ماليا أم عرضيا، و سواء تعلق بنفسه أم بمن يعد الاضرار به إضرارا به.

و يشهد له: عموم أدلة التقيء «١» و عموم ما دل على رفع ما استكره عليه «٢» و حديث نفى الضرر «٣» إذ حرمة الولاية ضرر على الشخص في الفرض فهي مرفوعة به.

(٢) و أما الآية الشريفة (الا أن تتقوا منهم تقاة) «٤» فهي غريبة عن المقام لكونها استثناء عن عموم ما دل على حرمة مودة الكفار. و كذلك لا يصح الاستدلال بحديث نفى الاضطرار، إذ الاضطرار غير الاكراه و هو لا يصدق بمعناه اللغوي في أغلب موارد الاكراه على الولاية.

(١) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب الامر و النهي و ما يناسبهما.

(٢) - الوسائل، باب ٥٦، من أبواب جهاد النفس.

(٣) الوسائل، باب ١٢، من أبواب إحياء الموات.

(٤) سورة آل عمران، آية: ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٠٢

الاول: أنه كما يباح بالاكراه نفس الولاية المحرمة، كذلك يباح به ما يلزمها من المحرمات الاخر و ما يتفق في خلالها مما يصدر الامر به من السلطان الجائر ما عدا اراقه الدم إذا لم يمكن التفصي عنه، و لا إشكال في ذلك انما الاشكال في ان ما يرجع الى الاضرار بالغير (١) من نهب الاموال و هتك الاعراض و غير ذلك من العظائم هل تباح كل ذلك بالاكراه و لو كان الضرر المتوقع به على ترك المكره عليه أقل بمراتب من الضرر المكره عليه كما اذا خاف على عرضه من كلمة خشنة لا يليق به فهل يباح بذلك اعراض الناس و أموالهم و لو بلغت ما بلغت كثرة و عظمة، أم لا بد من ملاحظة الضررين و الترجيح بينهما، و جهان: من اطلاق الاكراه، و ان الضرورات تبيح المحظورات.

حكم الاضرار بالناس مع الاكراه عليه

(١) قوله انما الاشكال في ان ما يرجع الى الاضرار بالغير.

لا كلام في انه كما يباح بالاكراه نفس الولاية المحرمة كذلك يباح به ما يلزمها من المحرمات الاخر و ما يتفق مما يصدر الامر به من السلطان الجائر عدا إراقه الدم.

انما الاشكال في ان ما يرجع الى الاضرار بالغير من نهب الاموال و هتك الاعراض و ما شاكل هل يباح بالاكراه، و إن كان الضرر المتوقع به على ترك المكروه عليه أقل بمراتب من الضرر المكروه عليه، أم لا بد من ملاحظة الضررين و الترجيح بينهما؟ و في المسألة وجوه و أقوال اربعة:

الاول: ما اختاره المصنف رحمهم الله و هو ارتفاع حرمة الاضرار بالغير بالاكراه مطلقا، و لو كان الضرر المتوقع به على ترك المكروه عليه أقل بمراتب من الضرر المكروه عليه.

الثاني: عدم ارتفاع حرمة كذلك.

الثالث: التفصيل بين ما إذا كان الضرر الذي توعد به أعظم أو مساويا فترتفع الحرمة، و بين ما إذا كان أقل فلا ترتفع.

الرابع: ما اختاره الاستاذ الاعظم و هو التفصيل بين ما إذا كان الضرر الذي توعد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٠٣

و من أن المستفاد من أدلة الاكراه تشريعه لدفع الضرر فلا يجوز دفع الضرر بالاضرار بالغير، و لو كان ضرر الغير أدون فضلا عن أن يكون أعظم و إن شئت قلت: ان حديث رفع الاكراه و رفع الاضطرار مسوق للامتنان على جنس الامه و لا- حسن في الامتنان على بعضهم بترخيصه في الاضرار بالبعض الآخر، فاذا توقف دفع الضرر عن نفسه على الاضرار بالغير لم يجز و وجب تحمل الضرر هذا، و لكن الاقوى هو الأول (١) لعموم دليل نفي الاكراه لجميع المحرمات حتى الاضرار بالغير ما لم يبلغ الدم، و عموم نفي الحرج، فان إلزام الغير بحمل الضرر و ترك ما اكروه عليه حرج و قوله صلى الله عليه و آله انما جعلت التقيّة لتحقق به الدماء، فاذا بلغ الدم فلا تقيّة. حيث انه دل على ان حد التقيّة بلوغ الدم فتشريع لما عدها.

المكروه) بالكسر (أمر مباحا في نفسه، كما اذا اكروهه الجائر على نهب مال غيره و جلبه اليه و إلا- فيحمل أموال نفسه اليه فلا ترتفع الحرمة، و بين ما اذا كان ذلك الضرر أمرا محرما كما إذا اكروهه على أن يلجئ شخصا آخر الى فعل محرّم كالزنا و إلا أجبره على ارتكابه بنفسه، فتقع المزاحمة و يرجع الى قواعد باب التزاحم.

و قد استدلل المصنف رحمهم الله لما اختاره بوجوه:

(١) الاول: عموم دليل نفي الاكراه «١» لجميع المحرمات حتى الاضرار بالغير ما لم يبلغ الدم.

و فيه: ان الحديث كغيره مما دل على نفي الاكراه مسوق في مقام الامتنان على الامه، و الحكم بجواز الاضرار مناف للامتنان بالاضافة إلى ذلك الغير، و إن كان موافقا للامتنان بالاضافة إلى المكروه، فلا يكون مشمولا للحديث.

(٢) الوجه الثاني: عموم نفي الحرج «٢» فان إلزام الغير بحمل الضرر و ترك ما اكروه عليه حرج.

و فيه: اولاً: ان الحرج المنفى في الشريعة هي المشقة التي لا تتحمل عادة، و بديهي أن الوقوع في الضرر لا يستلزم ذلك مطلقا، فلا يصح التمسك لجواز الاضرار بدليل نفي الحرج بقول مطلق.

(١) الوسائل، باب ٥٦، من أبواب جهاد النفس.

(٢) سورة الحج، آية: ٧٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٠٤

و أما ما ذكره من استفادة كون نفي الاكراه لدفع الضرر فهو مسلم، بمعنى دفع توجه الضرر و حدوث مقتضيه لا بمعنى دفع الضرر المتوجه بعد حصول مقتضيه.

بيان ذلك انه اذا توجه الضرر الى شخص بمعنى حصول مقتضيه فدفعه عنه بالاضرار بغيره غير لازم بل غير جائز في الجملة فاذا توجه ضرر على المكلف باجباره على مال و فرض ان نهب مال الغير دافع له، فلا يجوز للمجور نهب مال غيره لدفع الجبر (الضرر) عن نفسه، و كذلك اذا اكره على نهب مال غيره فلا يجب تحمل الضرر بترك النهب لدفع الضرر المتوجه الى الغير و توهم انه كما يسوغ النهب في الثاني لكونه مكرها عليه فيرتفع حرمة، كذلك يسوغ في الاول لكونه مضطرا اليه.

ألا ترى انه لو توقف دفع الضرر على محرم آخر غير الاضرار بالغير كالافطار في شهر رمضان أو ترك الصلاة أو غيرهما ساغ له ذلك المحرم.

و ثانيا: ان دليل نفي الحرج يعارض ما دل على نفي الضرر الدال على عدم جواز الاضرار بالغير من جهة تضرره، و النسبة عموم من وجه، اللهم إلا أن يقال: إن دليل نفي الضرر لا يشمل المقام للعلم الاجمالي بجعل حكم ضررى في المقام من الاباحة أو التحريم، إذ كل منهما يوجب ضررا على شخص، فيبقى دليل نفي الحرج بلا معارض، فالعمدة هي الايراد الاول.

الوجه الثالث: النصوص «١» المتضمنة: انه انما جعلت التقية ليحقن بها الدم فاذا بلغ الدم فلا تقيه. حيث انها تدل على ان حد التقية بلوغ الدم، فتشعر لما عداه.

و فيه: انه إن أريد بهذه الجملة انه كلما سوغت التقية لحفظ شيء إذا بلغت التقية فلا تقيه، فهي على خلاف المطلوب أدل، إذ التقية انما شرعت لحفظ الاعراض و الاموال ايضا، و لازم ذلك ان لا يشرع هتك عرض الغير و نهب ماله بالتقية، و إن أريد بها ان التقية انما شرعت لخصوص حفظ الانفس فلازمه عدم شمول نصوص التقية في غير مورد كون الضرر المتوقع به هو قتل النفس، مع انه لا ريب في شمولها لغير ذلك المورد، فلا مناص عن التصرف في كلمة) إنما (.

(١) الوسائل، باب ٣١، من أبواب الامر و النهي و ما يناسبهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٠٥

و بعبارة اخرى: الاضرار بالغير من المحرمات فكما يرتفع حرمة بالاكراه، كذلك يرتفع بالاضطرار لان نسبة الرفع إلى ما أكرهوا عليه، و ما اضطروا اليه على حد سواء مدفوع بالفرق بين المثاليين في الصغرى بعد اشتراكهما في الكبرى المتقدمة، و هي ان الضرر المتوجه الى شخص لا يجب دفعه بالاضرار بغيره بأن الضرر في الاول متوجه الى نفس الشخص فدفعه عن نفسه بالاضرار بالغير، غير جائز (١) و عموم رفع ما اضطروا اليه لا يشمل الاضرار بالغير المضطر اليه لانه مسوق للامتنان على الامة فترخيص بعضهم في الاضرار بالآخر لدفع الضرر عن نفسه و صرف الضرر الى غيره مناف للامتنان بل يشبه الترجيح بلا مرجح فعموم ما اضطروا اليه في حديث الرفع مختص بغير الاضرار بالغير من المحرمات.

و أما الثاني: فالضرر فيه أولا و بالذات متوجه الى الغير بحسب الزام المكروه (٢) بالكسر و إرادته الحتمية و المكروه بالفتح و إن كان مباشرا إلا انه

اللهم أن يقال: إن المراد بها انه انما قررت التقية لنلا ينتهي آخر الامر الى اراقة الدم، و إن كان في أول الحال يجوز التقية لغيرها.

و بعبارة اخرى: العمدة في مصلحة التقيّة حفظ النفس فلا تنافي جوازه التقيّة لغيره ايضا كحفظ المال أو العرض، و على ذلك فهي مسوقة لبيان عدم جواز التقيّة في تلف النفس لا لجوازها في غير ذلك المورد كي يستفاد منها جواز إضرارها لغير دفع الضرر عن نفسه.

الوجه الرابع: ما يكون مركبا من صغرى، و كبرى.

(٢) أما الاولى: فهي ان مورد الاكراه الضرر متوجه الى الغير ابتداء بحسب اكراه المكره (بالكسر) و ارادته الحتمية و المكره (بالفتح). و إن كان مباشرا، الا انه ضعيف لا ينسب اليه توجيه الضرر الى الغير حتى يقال انه أضر بالغير كي لا يتضرر نفسه، نعم لو تحمل الضرر و لم يضر بالغير فقد صرف الضرر عن الغير الى نفسه عرفا.

(١) و أما الثانية: فهي ان المستفاد من الادلة: ان تشريع نفي الاكراه انما هو لدفع الضرر، فلا يجوز دفع الضرر عن نفسه بالاضرار بالغير، و لا يلزم تحمله لدفعه عن الغير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٠٦

ضعيف لا- ينسب اليه توجيه الضرر الى الغير حتى يقال: إنه أضر بالغير لثلا يتضرر نفسه، نعم لو تحمل الضرر و لم يضر بالغير فقد صرف الضرر عن الغير الى نفسه عرفا، لكن الشارع لم يوجب هذا و الامتنان بهذا على بعض الامّة لا قبح فيه كما انه لو اراد ثالث الاضرار بالغير لم يجب على الغير تحمل الضرر و صرفه عنه الى نفسه هذا كله مع ان أدلة نفي الحرج كافية في الفرق بين المقامين (١) فانه لا حرج في ان لا يرخص الشارع دفع الضرر عن أحد بالاضرار بغيره بخلاف ما لو لزم الشارع الإضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجه الى الغير فانه حرج قطعاً.

لأن ذلك مناف للامتنان، فتكون النتيجة عدم وجوب تحمل الضرر في المقام لدفع الضرر عن الغير.

و في الصغرى نظر لأن الإكراه لا يوجب سلب اختيار المكره بالفتح و صيرورته كالألة، بل هو بعد على كونه مختارا فيه و فعله الجزء الاخير من العلة، و لولاه لما تحقق الاضرار بالغير، و عليه فهو يضر بالغير اختيارا دفعا للضرر عن نفسه.

و إن شئت قلت: إن الاكراه انما يوجب تخيير المكره بين الاضرار بالغير و بين تحمل الضرر على فرض العدم، فلا يكون من توجه الضرر الى الغير ابتداء نظير ما اذا توجه سيل الى داره، الذي لا كلام في عدم وجوب صرفه الى نفسه.

(١) هذا هو الوجه الخامس: و هو ان في الزام الشارع الاضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجه الى الغير حرجا قطعاً، و هذا بخلاف ما اذا كان الضرر متوجها اليه ابتداء، و لا حرج في تحمله و عدم الاضرار بغيره دفعا له، فيرتفع بأدلة نفي الحرج.

و فيه: ما تقدم من أن مطلق تحمل الضرر لا يكون حرجيا.

و استدلل للقول الثاني: بإطلاق أدلة حرمة الاضرار بالغير بعد عدم شمول أدلة نفي الاكراه و الحرج و الضرر للمقام كما تقدم، و يؤيده انه لو عمت جملة نفي الاكراه من الحديث للمقام لعمت جملة نفي الاضطراب لوحدة السياق، و تلك الجملة لا تعم كما صرح به الشيخ رحمهم الله و لم يجوز أحد الاضرار بالغير في صورة الاضطراب، فكذلك هذه الجملة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٠٧

الثاني: إن الاكراه يتحقق بالتوعد بالضرر على ترك المكره عليه ضررا متعلقا بنفسه أو ماله أو عرضه أو بأهله، ممن يكون ضرره راجعا الى تضرره و تألمه، و أما إذا لم يترتب على ترك المكره عليه الا الضرر على بعض المؤمنين (١)

ممن يعد أجنبيا من المكره (بالفتح) فالظاهر انه لا- يعد ذلك إكراها عرفا إذ لا خوف له يحمله على فعل ما أمر به و بما ذكرنا من اختصاص الاكراه بصورة خوف لحوق الضرر بالمكره نفسه أو بمن يجري مجراه كالاب و الولد، صرح في الشرائع و التحرير و الروضة و غيرها.

و فيه: ان هذا الوجه و إن كان تاما فى نفسه، إلا- انه ربما يزاحم حرمة الاضرار محرم آخر و هو ما اذا كان الضرر المتوقع به أمرا محرما، و حينئذ فلا بد من الرجوع الى مرجحات باب التزاحم.

و استدلل للقول الثالث: بأن نسبة جميع الناس الى الله سبحانه نسبة واحدة، فالكل بمنزلة عبد واحد، فالضرر المتوقع الى أحد شخصين كأحد الضررين المتوقع الى شخص واحد، فلا بد من ملاحظة أقل الضررين، و عند التساوى يحكم بالتخير.

و فيه: ان هذا وجه اعتبارى استحسانى لا يعتمد عليه.

مع انه إذا كان الضرر المتوقع به أمرا مباحا فى نفسه كيف يحكم بالتخير بين ذلك و بين الامر المحرم، و هو الاضرار بالغير.

فالاظهر هو القول الرابع.

قبول الولاية لدفع الضرر عن الغير

(١) قوله إذا لم يترتب على ترك المكروه عليه الا الضرر على بعض المؤمنين.

إذا كان الضرر المتوقع به على ترك المكروه عليه مما يتعلق بالاجنبى فهل يعد إكراهها أم لا؟ الاكراه عبارة عن الحمل على فعل يكرهه المكروه بالفتح مع التواعد على تركه بما يكرهه، كان ذلك أمرا متعلقا بنفسه أو عشيرته أو الاجانب، فلو فرض شخص يكره ضرر كل مؤمن- و إن كان أجنبيا عنه بالمرّة- يصدق الاكراه بالتواعد بالضرر المتعلق

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٠٨

نعم لو خاف على بعض المؤمنين جاز له قبول الولاية المحرمة بل غيرها من المحرمات الالهية التى أعظمها التبرى من أئمة الدين لقيام الدليل على وجوب مراعاة المؤمنين و عدم تعريضهم للضرر مثل ما فى الاحتجاج عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: و لان تبرأ منا ساعة بلسانك و أنت موال لنا بجانك لتبقى على نفسك روحها الذى هو قوامها و ما لها الذى به نظامها و جاهها الذى به تمسكها و تصون من عرف بذلك من اوليائنا و إخوانك فان ذلك أفضل من أن تتعرض الهلاك و تنقطع به عن عملك فى الدين و صلاح إخوانك المؤمنين، و اياك ثم اياك أن تترك التقية التى أمرتك بها فانك شائط بدمك و دماء إخوانك معرض بنعمتك و نعمتهم للزوال مدل لهم فى أيدي أعداء دين الله، و قد أمرك باعزازهم فانك إن خالفت وصيتى كان ضررك على إخوانك و نفسك أشد من ضرر الناصب لنا الكافر بنا الحديث.

لكن لا يخفى انه لا يباح بهذا النحو من التقية الاضرار بالغير لعدم شمول أدلة الاكراه لهذا لما عرفت من عدم تحققه مع عدم لحوق ضرر بالمكروه و لا بمن يتعلق به و عدم جريان أدلة نفي الحرج إذ لا حرج على المأمور لان المفروض تساوى من أمر بالاضرار به و من يتضرر بترك هذا الامر من حيث النسبة الى المأمور مثلا لو أمر الشخص بنهب مال مؤمن و لا يترتب على مخالفة المأمور به الا نهب مال مؤمن آخر فلا- حرج حينئذ فى تحريم نهب مال الاول بل تسويغه لدفع النهب عن الثانى قبيح بملاحظة ما علم من الرواية المتقدمة من الغرض فى التقية خصوصا مع كون المال المنهوب للاول أعظم بمراتب. فانه يشبه بمن فر من المطر الى الميزاب بل اللازم فى هذا المقام عدم جواز الاضرار بمؤمن، و لو لدفع الضرر الاعظم من غيره، نعم الا لدفع ضرر النفس فى وجه مع ضمان ذلك الضرر و بما ذكرنا ظهر ان اطلاق جماعة لتسويغ ما عدا الدم من المحرمات بترتب ضرر مخالفة المكروه عليه على نفس المكروه و على أهله أو على الاجانب من المؤمنين، لا يخلو من بحث الا ان يريدوا الخوف على خصوص نفس بعض المؤمنين فلا اشكال فى تسويغه لما عدا الدم من المحرمات إذ لا تعادل نفس المؤمن شىء، فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٠٩

قال فى القواعد و تحرم الولاية من الجائر إلا- مع عدم التمكن من الامر بالمعروف و النهى عن المنكر أو مع الاكراه بالخوف على

النفس أو المال أو الاهل أو على بعض المؤمنين فيجوز ائتمار ما يأمره الا القتل، انتهى.

و لو أراد بالخوف على بعض المؤمنين الخوف على أنفسهم دون أموالهم و إعراضهم لم يخالف ما ذكرنا، و قد شرح العبارة بذلك بعض الاساطين فقال: الا- مع الاكراه بالخوف على النفس من تلف أو ضرر في البدن أو المال المضر بالحال من تلف أو حجب أو العرض من جهة النفس أو الاهل أو الخوف فيما عدا الوسط على بعض المؤمنين فيجوز حينئذ ائتمار ما يأمره انتهى.

و مراده بما عدا الوسط الخوف على نفس بعض المؤمنين و أهله و كيف كان فهنا عنوانان الاكراه و دفع الضرر المخوف عن نفسه، و عن غيره من المؤمنين من دون اكراه.

بالاجنبى و لو فرض انه لا يكره الضرر المتعلق بولده و بنفسه لما صدق الاكراه فالضابط هو ذلك، لا القرب و البعد.

و فى مورد لا يصدق الاكراه، كما إذا كان الشخص ممن لا يتأثر بضرر المؤمنين لو حمله الظالم على قبول الولاية أو على غيرها مما حرمه الله تعالى غير الاضرار بالغير و تواعد على تركه بالاضرار بالمؤمنين، جاز ذلك المحرم بذلك.

لما دل من الادلة على جواز الولاية لاصلاح أمر المؤمنين و دفع الضرر عنهم «١».

و ما دل على مشروعية التقيّة لحفظ المؤمنين عن المهالك و المضرات «٢»، فانه إذا صار المحرم مباحا لدفع الضرر عن المؤمنين مع عدم الاكراه على قبول الولاية صار مباحا مع الاكراه عليه بلا فرق كما لا يخفى.

انما الكلام فى انه لو كان المحمول عليه هو الاضرار بالغير، و كان الضرر المتوقع

(١) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل، باب ٢٤، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١٠

و الاول يباح به كل محرم (١) و الثانى إن كان متعلقا بالنفس جاز له كل محرم حتى الاضرار المالى بالغير لكن الاقوى استقرار الضمان عليه إذا تحقق سببه لعدم الاكراه المانع عن الضمان أو استقراره. (٢)

و أما الاضرار بالعرض بالزنا و نحوه (٣) ففيه تأمل، و لا يبعد ترجيح النفس عليه و إن كان متعلقا بالمال فلا يسوغ معه الاضرار بالغير أصلا حتى فى اليسير من المال فاذا توقف دفع السبع عن فرسه بتعريض حمار غيره للافتراس لم يجز و إن كان متعلقا بالعرض، ففى جواز الاضرار بالمال مع الضمان أو العرض الاخف من العرض المدفوع عنه تأمل. و أما الاضرار بالنفس أو العرض الاعظم فلا يجوز بلا اشكال هذا و قد وقع فى كلام بعض تفسير الاكراه بما يعم لحقوق الضرر. قال فى المسالك ضابط الاكراه المسوغ للولاية الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين انتهى. و يمكن أن يريد بالا-كراه مطلق المسوغ للولاية لكن صار هذا التعبير منه قدس سره منشأ لتخيل غير واحد ان الاكراه المجوز لجميع المحرمات هو بهذا المعنى.

به هو ما يرجع الى الغير، فقد اختار الشيخ قدس سره عدم جواز الاضرار: لإطلاق ادلة حرمة بعد فرض عدم شمول أدلة نفى الاكراه و الحرج للمقام.

و هو حسن، بل قد عرفت فى التنبيه الاول انه مع صدق الاكراه ايضا لا يجوز، لان رفعه خلاف الامتنان على الامة.

(١) قوله و الاول يباح به كل محرم.

قد عرفت انه لا يباح به الاضرار بالغير.

(٢) قوله لعدم الاكراه المانع عن الضمان أو استقراره.

الاكراه ايضا لا يصلح لرفع الضمان، لورود الحديث في مقام الامتنان على الامة و لا امتنان في رفع الضمان على الامة.

(٣) قوله و أما الاضرار بالعرض بالزنا و نحوه ففيه تأمل.

ملخص القول في المقام ان المتوعد به إن كان تلف النفس المحترمة جاز الاضرار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١١

الثالث: انه قد ذكر بعض مشايخنا المعاصرين انه يظهر من الاصحاب ان في اعتبار عدم القدرة على التفصي من المكروه عليه و عدمه أقوالا (١) ثالثها التفصيل بين الاكراه على نفس الولاية المحرمة فلا يعتبر و بين غيرها من المحرمات فيعتبر فيه العجز عن التفصي و الذي يظهر من ملاحظة كلماتهم في باب الاكراه عدم الخلاف في اعتبار العجز عن التفصي إذا لم يكن حرجا و لم يتوقف على ضرر كما إذا اكراه على أخذ المال من مؤمن فيظهر انه أخذ المال و جعله في بيت المال مع عدم أخذه واقعا أو أخذه جهرا، ثم رده اليه سرا كما كان يفعل ابن يقطين و كما إذا أمره بحبس مؤمن فيدخله في دار واسعة من دون قيد و يحسن ضيافته، و يظهر انه حبسه و شدّد عليه و كذا لا- خلاف في انه لا- يعتبر العجز عن التفصي إذا كان فيه ضرر كثير و كان منشأ زعم الخلاف ما ذكره في المسالك في شرح عبارة الشرائع، مستظها

بالغير، لما علم من اهتمام الشارع بحفظ النفس المحترمة، و إن كان غير ذلك من أقسام الضرر المتوجه الى الغير، فلا يباح به الاضرار بالغير المحرم إذ بعد فرض عدم الدليل المخرج عما دل على حرمة الاضرار، و عدم المزاحم له لا وجه لرفع اليد عنه، نعم، إذا كان ذلك أمرا محرما على هذا الشخص دخل في باب التراحم، و لا بد من إجراء أحكامه، و على كل تقدير لو أضر بالغير لما سقط ضمانه.

يعتبر العجز عن التفصي في الاكراه

(١) قوله الثالث: ذكر بعض مشايخنا المعاصرين انه يظهر من الأصحاب ان في اعتبار عدم القدرة على التفصي من المكروه عليه و عدمه أقوالا:

الكلام يقع في مقامين:

الاول: في الاقوال في المسألة.

الثاني: في بيان المختار.

أما المقام الاول: فقد توهم ان في المسألة أقوالا ثلاثة.

ثالثها التفصيل بين الاكراه على الولاية فلا يعتبر العجز عن التفصي و بين الاكراه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١٢

منه خلاف ما اعتمد عليه قال في الشرائع، بعد الحكم بجواز الدخول في الولاية دفعا للضرر اليسير مع الكراهة و الكثير بدونها إذا اكراهه الجائر على الولاية جاز له الدخول و العمل بما يأمره مع عدم القدرة على التفصي منه الا في الدماء المحرمة «المحترمة» فانه لا تقيّة فيها «شرائع» انتهى.

قال في المسالك ما ملخصه ان المصنف ذكر في هذه المسألة شرطين الاكراه و العجز عن التفصي و هما متغايران، و الثاني أخص (١) و الظاهر ان مشروطهما مختلف فالاول شرط لأصل قبول الولاية و الثاني شرط للعمل بما يأمره، ثم فرع عليه ان الولاية ان أخذت مجردة عن الامر بالمحرم فلا يشترط في جوازه الاكراه.

و أما العمل بما يأمره من المحرمات فمشرط بالاكراه خاصة و لا يشترط فيه الالجاء اليه بحيث لا يقدر على خلافه (٢) و قد صرح به

الاصحاب في كتبهم فاشتراط العجز عن التفصلي غير واضح الا ان يريد به أصل الاكراه الى أن قال:
ان الاكراه مسوغ لامتنال ما يؤمر به و إن قدر على المخالفة مع خوف الضرر انتهى موضع الحاجة من كلامه.

على غيرها من المحرمات فيعتبر فيه العجز عن التفصلي.

أما القول باعتبار العجز عن التفصلي مطلقا ما لم يكن حرجيا و لم يترتب عليه ضرر فهو المشهور بين الاصحاب.
كما ان المشهور بينهم عدم اعتباره إذا كان حرجيا أم ضرريا، و عدم اعتبار عدم القدرة العقلية على خلافه.
(١) و ما توهمه الشهيد الثاني قدس سره في محكي المسالك من أن المحقق اعتبر العجز العقلي غير صحيح.
و أما القول بعدم اعتباره مطلقا فالظاهر ان منشأ زعمه ما اوهمته عبارة الشهيد قدس سره في بيان مختاره،
و لكن الحق انه لا يقول بذلك.

بل مراده من العجز الذي نفى اعتباره هو العجز العقلي، و قد عرفت ان هذا مما تطابقت عليه كلماتهم.
و الشاهد على أن مراده ذلك.

(٢) قوله و لا يشترط فيه الالغاء اليه بحيث لا يقدر على خلافه، و قد صرح به

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١٣

أقول: لا- يخفى على المتأمل ان المحقق قدس سره لم يعتبر شرطا زائدا على الاكراه إلا ان الجائر إذا أمر الوالي بأعمال محرمة في ولايته كما هو الغالب، و أمكن في بعضها المخالفة واقعا و دعوى الامتنال ظاهرا كما مثلنا لك سابقا قيد امتثال ما يؤمر به بصورة العجز عن التفصلي (١) و كيف كان فعبارة الشرائع واقعة على طبق المتعارف من تولية الولاية و أمرهم في ولايتهم بأوامر كثيرة يمكنهم التفصلي عن بعضها، و ليس المراد بالتفصلي المخالفة مع تحمل الضرر كما لا يخفى، و مما ذكرنا يظهر فساد ما ذكره من نسبة عدم الخلاف المتقدم الى الاصحاب من انه على القول باعتبار العجز عن التفصلي لو توقف المخالفة على بذل مال كثير لزم على هذا القول، ثم قال: و هو أحوط بل و أقرب.

الاصحاب في كتبهم.

و أما القول بالتفصيل فممنشأ زعمه هو ما احتمله في المسالك من عبارة الشرائع حيث قال المحقق قدس سره: اذا اكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول و العمل بما يأمره مع عدم القدرة على التفصلي.

فإنه احتمل فيها احتمالات:

منها: ان الولاية لا تشترط بالاكراه، بل المشروط به هو العمل بما يأمره الجائر.

و منها: ان الولاية و العمل معا مشروطان بالاكراه فقط دون العجز عن التفصلي.

و منها: التفصيل بين الولاية و العمل، فيقيد الاولى بالاكراه و الثاني بالعجز عن التفصلي، و المتوهم توهم إن كل واحد من هذه الاحتمالات قول برأسه فنقل ان في المقام قولاً بالتفصيل.

(١) المصنف قدس سره قد دفع الاحتمال الاخير بأنه فرق.

بين الولاية، حيث انه لا يقدر المكروه على التفصلي عنها من دون ضرر و لا كلفه.

و بين ما اذا أمر الوالي بأعمال محرمة في ولايته فانه يتمكن غالبا من عدم الموافقة و دعوى الامتنال ظاهرا من أخذ المال جهرا ثم رده اليه سرا و نحو ذلك.

و المحقق قدس سره كان متفطنا لذلك فلذا صرح باعتبار العجز عن التفصلي الذي هو معتبر في صدق الاكراه في إباحة تلك الاعمال

خاصة، و هو حسن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١٤

الرابع: ان قبول الولاية مع الضرر المالى الذى لا يضر بالحال رخصة لا عزيمة (١) فيجوز تحمل الضرر المذكور لان الناس مسلطون على أموالهم، بل ربما يستحب تحمل ذلك الضرر للفرار عن تقوية شوكتهم.

و أما المقام الثانى: فالأظهر اعتبار العجز عن التفصى إذا لم يكن حرجيا أم ضروريا لعدم صدق الاكراه بدونه، و لا فرق بين هذا المحرم و سائر المحرمات الالهية. و سيأتى تنقيح القول فى ذلك فى مبحث اعتبار الاختيار فى المتعاقدين فى الجزء الثالث من هذا الشرح. فانظر.

قبول الولاية مع الضرر المالى رخصة

(١) قوله الرابع: ان قبول الولاية مع الضرر الذى لا يضر بالحال رخصة.

لا ينبغى التوقف فى جواز تحمل الضرر المالى و عدم قبول الولاية المحرمة، لان مقتضى حديث رفع الاكراه انما هو رفع الحرمة، و لا يكون هو متكفلا للوجوب، و لا دليل غيره.

فلا بد من الرجوع الى القواعد و هى تقتضى جواز تحمل الضرر، لان الناس مسلطون على أموالهم «١».

و قد استدلل لعدم جوازه:

بأن فى دفع المال إعانة على الاثم، و هى محرمة.

وفيه: أولا: ان الاعانة على الاثم لا دليل على حرمتها كما تقدم.

و ثانيا: ان دفع المال الى الجائر من قبيل تجارة التاجر مع اعطاء الكمرى، و لا يصدق عليه الاعانة كما أسلفناه فى محله.

(١) البحار، ج ١، ص ١٥٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١٥

الخامس: لا- يباح بالاكراه قتل المؤمن و لو توعد على تركه بالقتل إجماعا (١) على الظاهر المصرح به فى بعض الكتب، و إن كان مقتضى عموم نفي الاكراه و الحرج الجواز.

حكم قتل المؤمن بالاكراه أو بالتقية

إشارة

(١) قوله الخامس: لا يباح بالاكراه قتل المؤمن و لو توعد على تركه بالقتل إجماعا.

و تحقيق القول فى المقام يقتضى البحث فى مقامين:

الاول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى: فى النصوص الخاصة.

أما المقام الاول: فقد عرفت ان حديث رفع الاكراه لوروده مورد الامتنان لا يصلح لرفع حرمة القتل فى المقام، إذ لا امتنان فى رفعها على الامة، فهو لا يشمل المقام.

و أما أدلة التقيّة فهي و إن دلت على إباحة المحرمات لحفظ المؤمنين عن المهالك و المضرات. إلا انها لا تدل على الجواز في المقام، لأنها انما شرعت لحفظ نفوس المؤمنين و أعراضهم و أموالهم، فاذا توقف حفظ شيء منها على إتلاف نظيره من شخص آخر لا تكون هناك تقيّة لارتفاع الغايّة.

و عليه فإن كان التوعيد بغير القتل لم يجز القتل بلا كلام.

و إن كان به فقد يتوهم ان حرمة القتل حينئذ تراحم حرمة اللقاء في الهلكة و وجوب التحفظ على النفس، إذ الامر بين القاء النفس في الهلكة، و بين قتل المؤمن، و لا مناص عن اختيار أحدهما. فلا بد من الرجوع الى مرجحات باب التراحم، فإن ثبت أهميّة أحدهما تعين و الا تخير بين الامرين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١٦

إلا انه قد صح من الصادقين (١) عليهما السلام انه انما شرعت التقيّة ليحقن بها الدم.

فاذا بلغت الدم فلا تقيّة و مقتضى العموم انه لا فرق بين أفراد المؤمنين من حيث الصغر و الكبر و الذكورة و الانوثة و العلم و الجهل و الحر و العبد و غير ذلك.

و دعوى ان الآية الشريفة: (وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ) «١» تدل على ان الدماء المحترمة ليس أحدها أهم من الآخرين فلا وجه لملاحظة الأهم و المهم في ذلك.

مندفعة بأنها واردة في القصاص و لا ربط لها بالمقام.

و لكنه توهم فاسد، إذ قتل الغير إيجاد لما يرفع القتل عن نفسه، و تركه ترك لذلك لا انه القاء لها في التهلكة، و إيجاد ما يرفع القتل و إن كان واجبا في الجملة، لكن لا دليل على وجوبه اذا انحصر الدفع بقتل غيره، و على هذا فحيث ان هلاك أحدهما مما لا بد منه، و يمتاز قتل الغير بارتكاب محرم، فلا وجه لتسويغه.

فتحصل: ان مقتضى القواعد عدم جواز القتل.

و أما المقام الثاني: فالنصوص ايضا تقتضي ذلك.

لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام: انما جعلت التقيّة ليحقن بها الدم فإذا بلغ الدم فليس تقيّة «٢».

و موثق الثمالي عن الامام الصادق عليه السلام: انما جعلت التقيّة ليحقن بها الدم فاذا بلغت التقيّة الدم فلا تقيّة «٣» و نحوهما غيرهما.

و إلى ذلك أشار المصنف قدس سره.

(١) بقوله إلا انه قد صح عن الصادق عليهما السلام.

فانها تدل على ان حفظ النفس اذا توقف على أي محرم يجوز ذلك، و لكنه اذا توقف على إراقة دم محترم لا- تكون التقيّة حينئذ مشروعة و لا يجوز ذلك.

و ما نقله المحقق المجلسي قدس سره عن بعض و اختاره المحقق الايرواني قدس سره من أن المراد.

(١) المائدة، آية: ٤٦.

(٢) الوسائل، باب ٣١، من أبواب الامر و النهي، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٣١، من أبواب الامر و النهي، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١٧

و لو كان المؤمن مستحقا للقتل (١) لحد ففي العموم وجهان من اطلاق قولهم عليهم السلام لا تقيّة في الدماء و من ان الاستفادة من

قوله عليه السلام ليحقن بها الدم. فإذا بلغ الدم فلا تقيء ان المراد الدم المحقون دون المأمور بإهراقه و ظاهر المشهور الاول.
و أما المستحق للقتل قصاصا فهو محقون الدم بالنسبة الى غير ولى الدم و مما

بهذه الاحاديث ان التقيء انما شرعت لحفظ النفس، فاذا كان الشخص مقتولا على كل حال اتقى أو لم يتق فلا تقيء لانتفاء ما هو الغرض من تشريع التقيء. فهي غير مربوطة بالمقام.
غير صحيح، إذ لو احتمل ارادة هذا المعنى من بعضها و لم تكن خلاف الظاهر، مع انه محل منع، لا تحتمل فى موثق الشمالى، إذ قوله عليه السلام فيه: فاذا بلغت التقيء الدم فلا تقيء كالصريح فى المعنى الذى أشرنا اليه كما لا يخفى.
فما هو المشهور- بل المجمع عليه- من عدم جواز قتل المؤمن و لو تواعد على تركه بالقتل منطبق على القواعد، و تشهد به النصوص الخاصة.

حكم المستحق للقتل

بقي فى المقام فروع تعرض لها المصنف قدس سره:

(١) الاول: ما ذكره بقوله و لو كان المؤمن مستحقا للقتل.

المستحق للقتل إن كان مهذور الدم لكل احد لا ريب فى انه ليس مشمولا للنصوص المتقدمة، و انه يجوز قتله لو أكره عليه بالاولوية ما لم تترتب عليه الفتنة.

و إن كان مهذور الدم لكل أحد و لكن بإجازة الحاكم الشرعى كمن استحق القتل بالحد.

أو كان مهذور الدم لشخص معين أو جماعة كذلك كالمستحق للقتل قصاصا،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢١٨

ذكرنا يظهر سكوت الروايتين عن حكم دماء أهل الخلاف (١) لاین التقيء انما شرعت لحقن دماء الشيعة فحدها بلوغ دمهم لا دم غيرهم. (٢) و بعبارة اخرى محصل الرواية لزوم نقض الغرض من تشريع التقيء فى إهراق الدماء لانها شرعت لحقنها فلا يشرع لاجلها إهراقها.

و من المعلوم انه اذا اكره المؤمن على قتل مخالف فلا يلزم من شرعية التقيء فى قتله إهراق ما شرع التقيء لحقنه هذا كله فى غير الناصب.

و أما الناصب فليس محقون الدم، و انما منع منه حدوث الفتنة فلا اشكال فى مشروعية قتله للتقيء و مما ذكرنا يعلم حكم دم الذمى و شرعية التقيء فى إهراقه.

و بالجملة فكل دم غير محترم بالذات عند الشارع خارج عن مورد الروايتين فحكم إهراقه حكم سائر المحرمات التى شرعت التقيء فيها.

فحكمه حكم سائر النفوس المحترمة، فلا يجوز قتله و لو مع التقيء أو الاكراه.

و ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره من ان النصوص منصرفة الى محقون الدم بقول مطلق فيرجع فيما عداه الى عموم رفع ما استكرهوا، و مقتضاه جواز القتل فى المقام.

غير صحيح لعدم تمامية دعوى الانصراف بل مقتضى اطلاقها الشمول لكل محقون الدم.

نعم هى منصرفة عن مهذور الدم بقول مطلق، مع انه قد عرفت انه مع قطع النظر عن النصوص الخاصة القواعد تقتضى عدم جواز

القتل - فراجع ما حققناه - والنصوص الخاصة لا مفهوم لها كي تقيد الاطلاقات الاولى.

حكم قتل المخالف

(١) قوله و مما ذكرنا يظهر سكوت الروايتين عن حكم دماء أهل الخلاف.

هذا هو الفرع الثاني: وهو انه اذا اكره على قتل المخالف فهل يجوز ذلك أم لا؟ فقد اختار المصنف قدس سره و تبعه الاستاذ أعظم: انه يجوز مع التقيّة أو بالاكره.

(٢) و استدل له: بأن النصوص الدالة على أن حد التقيّة هو الدم مختصّة بدماء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢١٩

بقي الكلام في ان الدم يشمل الجرح و قطع الاعضاء (١) أو يختص بالقتل و جهان من اطلاق الدم و هو المحكى عن الشيخ، و من عمومات التقيّة و نفى الحرج و الاكره و ظهور الدم المتصف بالحقن في الدم المبقى للروح (٢) و هو المحكى عن الروضة و المصايح و الرياض و لا يخلو عن قوة.

الشيعة، إذ الغرض من التقيّة هو حفظها، و عليه فلا مخصص لعمومات التقيّة و نفى الاكره.

و فيه: إن ما ذكر من ان التقيّة انما شرعت لحفظ دماء الشيعة مسلم، كما ان ما ذكر من اختصاص نصوص المقام بها لا كلام فيه.

و لكن بما ان أدلة التقيّة و نفى الاكره انما وردت في مورد الامتنان، و شمولها للمقام مناف له فلا تشمل قتل المخالفين فهو باق على حكمه الاولى و هو عدم الجواز ما لم يزاحم هذا الحكم حكم أهم.

اللهم إلا - أن يقال: إن أدلة التقيّة انما وردت في مقام الامتنان على الشيعة لا على الامّة كما هو الشأن في دليل رفع الاكره، و على ذلك فهي تشمل قتل المخالفين و ترتفع الحرمة بها.

الفرع الثالث:

(١) ما ذكره المصنف قدس سره بقوله: بقي الكلام في ان الدم يشمل الجرح و قطع الاعضاء.

(٢) و استدل المصنف قدس سره لما قواه من جواز الجرح و قطع الاعضاء في مورد الاكره و التقيّة: بأن ظاهر النصوص الخاصة الدالة على انه لا تقيّة في الدم هو الاختصاص بالدم المبقى للروح، و عليه فمقتضى عمومات التقيّة و نفى الحرج و الاكره هو ذلك.

و فيه: ان تلك الادلة لورودها مورد الامتنان لا تشمل الجرح و القطع، فلا بد من الرجوع الى ما دل على حرمة ذلك من الادلة الاولى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٢٠

خاتمة: فيما ينبغي للوالى العمل به في نفسه و في رعيته،

روى شيخنا الشهيد الثاني قدس سره في رسالته المسمى بكشف الريبه عن أحكام الغيبة بإسناده عن شيخ الطائفة عن المفيد عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أبيه محمد بن عيسى الأشعري عن عبد الله بن سليمان النوفلي، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فاذا بمولى لعبد الله النجاشي قد ورد عليه فسلم و أوصل اليه كتابا فضضه و قرأه، فاذا أول سطر فيه بسم الله الرحمن الرحيم أطل الله بقاء سيدى و جعلنى من كل سوء فداه و لا أرانى فيه مكروها، فانه ولى ذلك و القادر عليه، اعلم سيدى و مولاي انى بليت بولاية الاهواز فإن رأى سيدى و مولاي ان يحد لى حدا و يمثل لى مثالا لاستدل به على ما يقربنى الى الله عز و جل و إلى رسوله و يلخص لى فى كتابه ما يرى لى العمل به، و فيما ابذله «ابتذله» و اين اضع زكاتى و فيمن اصرفها و بمن آنس و إلى من استريح و بمن اثق و آمن و ألجأ اليه فى سرى فعسى أن يخلصنى الله تعالى بهدايتك و ولايتك فانك

حجة الله على خلقه و أمينه في بلاده لا زالت نعمته عليك. قال عبد الله بن سليمان فأجابه أبو عبد الله عليه السلام.

بسم الله الرحمن الرحيم حاطك الله بصنعه و لطف بك بمنه و كلاك برعايته فانه ولي ذلك.

و أما بعد: فقد جاءني رسولك بكتابك فقرأته و فهمت جميع ما ذكرته و سألت عنه و ذكرت انك بليت بولاية الاهواز و سرني ذلك و ساءني و سأخبرك بما ساءني من ذلك و ما سرني إن شاء الله تعالى.

و أما سروري بولايتك فقلت عسى أن يغيب الله بك ملهوا خائفا من أولياء آل محمد صلى الله عليه و آله و يعز بك ذليلهم و يكسو بك عاريهم و يقوى بك ضعيفهم و يطفى بك نار المخالفين عنهم.

و أما الذي ساءني من ذلك فان أدنى ما أخاف عليك أن تعثر بولي لنا فلا تشم رائحة حظيرة القدس، فاني ملخص لك جميع ما سألت عنه فإن انت عملت به و لم تجاوزه رجوت أن تسلم إن شاء الله تعالى أخبرني يا عبد الله أبي عن آبائه عليهم السلام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٢١

عن علي عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله انه قال: من استشاره أخوه المؤمن المسلم فلم يمحضه النصيحة سلب «سلب» الله لثبه عنه.

و اعلم أني سأشير عليك برأيي إن أنت عملت به تخلصت مما أنت تخافه.

و اعلم أن خلاصك و نجاتك في حقن الدماء و كف الاذى عن أولياء الله و الرفق بالرعية و التأني و حسن المعاشرة مع لين في غير

ضعف و شدة في غير عنف و مداراة صاحبك و من يرد عليك من رسله و ارفق برعيتك «و ارتق فتق رعيتك» بأن توقفهم على ما

وافق الحق و العدل إن شاء الله تعالى، و اياك و السعاه و أهل النمائم فلا يلزقن «يلتزقن» بك منهم أحد و لا يراك الله يوما و ليلة و

أنت تقبل منهم صرفا و لا عدلا فيسخط الله عليك و يهتك سترك و أحذر مكر خوزي الاهواز فان أبي أخبرني عن آبائه عن أمير

المؤمنين عليه السلام قال: ان الايمان لا يثبت في قلب يهودي و لا خوزي أبدا؟! و أما من تأنس به و تستريح اليه و تلجئ أمورك اليه

فذلك الرجل الممتحن المستبصر الامين الموافق لك على دينك و ميز أعوانك و جرب الفريقين، فإن رأيت هنالك رشدا فشأنك و

اياه، و اياك أن تعطى درهما أو تخلع ثوبا أو تحمل على دابة في غير ذات الله لشاعر أو مضحك أو ممزح الا اعطيت مثله في ذات الله

و ليكن جوائزك و عطاياك و خلعتك للقواد و الرسل و الاحفاد و أصحاب الرسائل و أصحاب الشرط و الاحماس. و ما اردت أن

تصرف في وجوه البر و النجاح و الصدقة و الفطرة و الحج و الشرب و الكسوة التي تصلى فيها و تصل بها، و الهدية التي تهديها الى

الله عز و جل و رسوله من أطيب كسبك و انظر «اجهد» يا عبد الله ان لا تكثر ذهبا و لا فضة فتكون من أهل هذه الآية: (الذين يكتزون

الذهب و الفضة و لا ينفقونها في سبيل الله) ... و لا تستصغرن من حلو أو فضل طعام تصرفه في بطون خالية تسكن بها غضب الله رب

العالمين.

و اعلم أني سمعت أبي يحدث عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه و آله «انه سمع عن النبي صلى الله

عليه و آله» قال يوما لأصحابه ما آمن بالله و اليوم الآخر من بات شبعا و جاره جائع فقلنا: هلكننا يا رسول الله صلى الله عليه و آله فقال:

من فضل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٢٢

طعامكم و من فضل تمركم و رزقكم و خلقكم و خرقكم تطفئون بها غضب الرب تعالى و سأنبئك بهوان الدنيا و هو ان شرفها على

من مضى من السلف و التابعين، فقد حدثني أبي محمد بن علي بن الحسين، قال: لما تجهز الحسين عليه السلام إلى الكوفة أتاه ابن

عباس فناشده الله و الرحم أن يكون هو المقتول بالطف، فقال: أنا أعرف بمصرعي منك و ما وكدي من الدنيا الا فراها.

ألا أخبرك يا ابن عباس بحديث أمير المؤمنين عليه السلام و الدنيا فقال له: بلى لعمرى انى أحب ان تحدثني بأمرها، فقال أبي قال

علي بن الحسين عليه السلام سمعت أبا عبد الله الحسين عليه السلام يقول: حدثني أمير المؤمنين عليه السلام قال: انى بفدك في بعض

حيطانها، و قد صارت لفاطمه عليها السلام فاذا انا بامرأة قد قحمت (حجمت) على و فى يدي مسحاة و أنا أعمل بها، فلما نظرت اليها طار قلبي مما تداخلني من جمالها فشبهتها ببثينة بنت عامر الجحى و كانت من أجمل نساء قريش، فقالت: يا ابن أبى طالب هل لك أن تتزوج بى فاغنيك عن هذه المسحات و أدلك على خزائن الارض فيكون لك ما بقيت و لعقبك من بعدك فقال لها: من أنت حتى أخطبك من أهلك، قال: فقالت أنا الدنيا، قال لها: فارجعي و اطلبى زوجا غيرى فلست من شأنى فأقبلت على مسحاتى و أنشأت أقول:

لقد خاب من غرته دنيا دنيء* و ما هى ان غرت قرونا بنائل (بطائل) اتتنا على زى العزيز بثينة* و زينتها فى مثل تلك الشمائل فقلت لها غرى سوى فاننى* عزوف من الدنيا و لست بجاهل و ما أنا و الدنيا فان محمدا صلى الله عليه و آله* أحل صريعا بين تلك الجنادل و هيهات امنى بالكنوز و ودها* و أموال قارون و ملك القبائل أ ليس جميعا للفناء مصيرنا* و يطلب من خزائنها بالطوائف فغرى سوى اننى غير راغب* بما فيك من عز و ملك و نائل فقد قنعت نفسى بما قد رزقته* فشأنك يا دنيا و أهل الغوائل فانى أخاف الله يوم لقائه* و أخشى عذابا دائما غير زائل»

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٢٣

فخرج من الدنيا و ليس فى عنقه تبعه لأحد حتى لقي الله تعالى محمودا غير ملوم و لا مذموم، ثم اقتدت به الائمة من بعده بما قد بلغكم لم يتلطفوا بشيء من بوائقها، و قد وجهت اليك بمكارم الدنيا و الآخرة.

و عن الصادق المصدق رسول الله صلى الله عليه و آله فإن أنت عملت بما نصحت لك فى كتابى هذا ثم كانت عليك من الذنوب و الخطايا كممثل أوزان الجبال و أمواج البحار رجوت الله أن يتجافى «يتحامى» عنك جل و عز بقدرته يا عبد الله اياك أن تخيف مؤمنا، فإن أبى حدثنى عن أبيه عن جده على بن أبى طالب عليه السلام انه كان يقول: من نظر الى مؤمن نظرة ليخيفه بها أخافه الله يوم لا ظل الا ظله و حشره فى صورة الذر لحمه و جسده و جميع أعضائه حتى يورده مورده و حدثنى أبى عن آباءه عن على عليه السلام عن النبى صلى الله عليه و آله قال: من أغاث لهفانا من المؤمنين أعاثه الله يوم لا ظل الا ظله و آمنه من «يوم» الفزع الاكبر و آمنه من سوء المنقلب.

و من قضى لآخيه المؤمن حاجة قضى الله له حوائج كثيرة إحداها الجنة، و من كسا أخاه المؤمن جبة عن عرى كساه الله من سندس الجنة و استبرقها و حريرها، و لم يزل يخوض فى رضوان الله ما دام على المكسو منها سلك، و من أطعم أخاه من جوع أطعمه الله من طيبات الجنة، و من سقاه من ظمأ سقاه الله من الرحيق المختوم، و من أخدم أخاه أخدمه الله من الولدان المخلدن و اسكنه مع أوليائه الطاهرين و من حمل أخاه المؤمن على راحله «رحله» حمله الله على ناقه من نوق الجنة و باهى به الملائكة المقربين يوم القيامة و من زوج أخاه امرأة يأنس بها و يشد عضده و يستريح اليها زوجه الله من الحور العين و آنسه بمن أحبه من الصديقين من أهل بيت نبى صلى الله عليه و آله و إخوانه و آنسهم به، و من أعان أخاه المؤمن على سلطان جائر اعانه الله على اجازة الصراط عند زلة الاقدام، و من زار أخاه المؤمن فى منزله لا لحاجة منه اليه كتب من زوار الله و كان حقيقا على الله أن يكرم زائره.

يا عبد الله و حدثنى أبى عن آباءه عن على عليه السلام انه سمع رسول الله صلى الله عليه و آله يقول لأصحابه يوما: معاشر الناس انه ليس بمؤمن من آمن بلسانه و لم يؤمن بقلبه فلا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٢٤

تتبعوا عثرات المؤمنين، فانه من تتبع عشرة مؤمن يتبع الله «اتبع الله» عشرته يوم القيامة و فضحه فى جوف بيته، و حدثنى أبى عن آباءه عن على عليه السلام قال: أخذ الله ميثاق المؤمن على أن لا يصدق فى مقالته و لا ينتصف من عدوه و على أن لا يشفى غيظه الا بفضيحة نفسه لان المؤمن «كل مؤمن» ملجم و ذلك لغاية قصيرة و راحة طويلة، أخذ الله ميثاق المؤمن على أشياء أيسرها عليه مؤمن مثله، يقول بمقالة يبغيه و يحسده و شيطان يغويه و يمقته و سلطان يقفوا أثره و يتبع عثراته و كافر بالذى هو مؤمن به يرى سفك دمه دينا و

إباحة حريمه غنما فما بقاء المؤمن بعد هذا.

يا عبد الله وحدثني أبي عن آبائه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله قال: نزل جبرائيل عليه السلام فقال: يا محمد ان الله يقرئك «يقرأ عليك» السلام و يقول: اشتقت للمؤمن اسما من اسمائى سميت مؤمنا، فالمؤمن منى و أنا منه من استهان بمؤمن «مؤمنا» فقد استقبلنى بالمحاربة. يا عبد الله وحدثني أبي عن آبائه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال يوما: يا علي لا تناظر رجلا حتى تنظر فى سريره، فإن كانت سريره حسنة فان الله عز و جل لم يكن ليخذل وليه و إن كانت سريره رديئة فقد يكفيه مساوئه فلو جهدت أن تعمل به أكثر ما عمل به من معاصى الله عز و جل الله تعالى ما قدرت عليه.

يا عبد الله وحدثني أبي عن آبائه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: أدنى الكفر أن يسمع الرجل من أخيه الكلمة فيحفظها عليه يريد أن يفضحه بها اولئك لا خلاق لهم.

يا عبد الله وحدثني أبي عن آبائه عن علي عليه السلام أنه قال- (من قال فى مؤمن ما رأت عيناه و سمعت أذناه ما يشينه و يهدم مروته)، فهو من الذين قال الله عز و جل: (إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم).

يا عبد الله وحدثني أبي عن آبائه عن علي عليه السلام انه قال: من روى عن أخيه المؤمن رواية يريد بها هدم مروته و شينه «و ثلبه» اوبقه «او ثقه» الله بخطيته يوم القيامة حتى يأتى بالمخرج «بمخرج» مما قال و لن يأتى بالمخرج منه أبدا و من أدخل

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٢٥

على أخيه المؤمن سرورا فقد أدخل على أهل بيت نبيه عليهم السلام سرورا، و من أدخل على أهل بيت نبيه عليهم السلام سرورا فقد أدخل على رسول الله صلى الله عليه وآله سرورا، و من أدخل على رسول الله صلى الله عليه وآله سرورا فقد سر الله و من سر الله فحقيق على الله أن يدخله جنته، ثم انى أوصيك بتقوى الله و ايثار طاعته و الاعتصام بحبله، فانه من اعتصم بحبل الله فقد هدى الى صراط مستقيم فاتق الله و لا تؤثر أحدا على رضاه و هواه. فإن وصية الله عز و جل الى خلقه لا يقبل منهم غيرها و لا يعظم سواها. و اعلم أن الخلق «الخالق» لم يوكلوا بشيء أعظم من تقوى «التقوى» الله فانه وصيتنا أهل البيت فإن استطعت أن تنال من الدنيا شيئا يسأل الله عنه «تسأل عنه» غدا فافعل.

قال عبد الله بن سليمان، فلما وصل كتاب الصادق عليه السلام الى النجاشى نظر فيه، فقال: صدق و الله الذى لا إله الا هو مولاي فما عمل أحد بما فى هذا الكتاب الا نجى، قال: فلم يزل عبد الله يعمل به ايام حياته «١». (١)

(١) الوسائل، باب ٤٩، من أبواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٢٦

السابعة والعشرون: هجاء المؤمن حرام

بالادلة الاربعة (١) لانه همز و لمز و أكل اللحم و تعبير و إذاعة سر و كل ذلك كبيرة موبقة، فيدل عليه فحوى جميع ما تقدم فى الغيبة (٢) بل البهتان أيضا بناء على تفسير الهجاء بخلاف المدح كما عن الصحاح فيعم ما فيه من المعاييب، و ما ليس فيه كما عن القاموس و النهاية و المصباح لكن مع تخصيصه فيها بالشعر.

و أما تخصيصه بذكر ما فيه بالشعر كما هو ظاهر جامع المقاصد فلا يخلو عن تأمل.

(١) قوله السابعة و العشرون: هجاء المؤمن حرام بالادلة الاربعة.

الهجاء فى اللغة عد معايب الشخص، صرح بذلك فى قاموس، و هذا فى الجملة مما لا خلاف فيه، و انما وقع الخلاف بين القوم فى موردين:

الاول: فى انه هل يعتبر فى صدقه أن يكون ذلك بالشعر كما عن جامع المقاصد، أم لا كما عن غيره.

الثانى: فى أنه هل يختص ذلك بذكر ما فيه من المعايب، أم يعم ذكر ما ليس فيه منها؟ و لكن حيث لم يرد نص على حكم الهجاء من حيث هو، و الاجماع و إن انعقد على حرمة، إلا انه ليس إجماعا تعبديا، فالاولى الاغماض عن بيان ذلك و صرف عنان الكلام الى بيان الادلة.

(٢) و قد استدل المصنف قدس سره لحرمة بالادلة الاربعة قال: لانه همز و لمز و أكل اللحم و تعيير و إذاعة سر، و كل ذلك كبيرة موبقة، فيدل عليه فحوى جميع ما تقدم فى الغيبة.

و ظاهر كلامه هذا صدق جميع هذه العناوين فى جميع موارد الهجو. و هو غير تام كما سيظهر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٢٧

و لا فرق فى المؤمن بين الفاسق و غيره. (١)

و أما الخبر محصوا ذنوبكم بذكر الفاسقين، فالمراد به الخارجون عن الايمان أو المتجاهرون بالفسق (٢) و احترز بالمؤمن عن المخالف فانه يجوز هجوه لعدم احترامه.

و حق القول فى المقام أن الهجو ربما يكون بالجملة الخبرية، و ربما يكون بالجملة الانشائية.

أما الاول: فإن كان الهجو بما فيه من المعايب كان حراما لكونه غيبة و اهانة و تعييرا، و إن كان بما ليس فيه كان حراما من جهة الكذب و الاهانة و التعيير.

و أما الثانى: فهو يكون حراما لما دل من النصوص على حرمة هتك المؤمن و اهانتة و تعييره.

بقى فى المقام فروع:

(١) الاول ما ذكره المصنف بقوله و لا فرق فى المؤمن بين الفاسق و غيره.

فيحرم هجو الفاسق و غيره و الشاهد به اطلاق الادلة.

و أما الخبر: محصوا ذنوبكم بذكر الفاسقين «١».

(٢) فقد حمله المصنف قدس سره على ارادة الخارجين عن الايمان أو المتجاهرين بالفسق، و لكن هذا الحمل خلاف الظاهر لا يصار اليه مع عدم القرينة.

فالاولى أن يقال: إنه يحتمل فى الخبر وجوه:

الاول: ما فهمه المصنف قدس سره منه.

الثانى: تذكر أحوالهم و عاقبة أمرهم و ان مصيرهم الى النار الموجب للارتداع عن المعاصى و التوبة عن ما فعله من الذنوب.

الثالث: تذكيرهم عذاب الله كى يرتدعوا عن المعاصى، و على الاخيرين فهو أجنبى عن المقام، هذا كله فى غير المعلن بالفسق.

و أما هو فإن كان الهجو بالجملة الخبرية و كان بما فيه من المعايب و لم يستلزم الهجو اهانة و هتكا زائدا عما يلازم اغتيابه، جاز لما دل على جواز غيبة المتجاهر بالفسق، و الا فلا يجوز لعموم الادلة و عدم المخصص، إذ الدليل المخرج مختص بغيبة المتجاهر بالفسق لا بكل ما يكون اهانة له.

(١) لم اعثر على اصل له في كتب الحديث و انما هو مذكور في المكاسب. و مفتاح الكرامة، و حواشى الشهيد على القواعد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٢٨

و كذا يجوز هجاء الفاسق المبدع (١) لثلا يؤخذ ببدعه «ببدعته» لكن بشرط الاقتصار على المعاييب الموجودة فيه فلا يجوز بهته بما ليس فيه لعموم حرمة الكذب و ما تقدم من الخبر فى الغيبة من قوله عليه السلام فى حق المبتدع باهتوهم لكيلا يطمعوا فى إضلالكم «الفساد فى الاسلام» محمول على اتهامهم و سوء الظن بهم بما يحرم اتهام المؤمن به (٢) بأن يقال: لعله زان او سارق و كذا اذا زاده ذكر ما ليس فيه من باب المبالغة و يحتمل ابقائه على ظاهره بتجوز الكذب عليهم لاجل المصلحة، فان مصلحة تنفير الخلق عنهم أقوى من مفسدة الكذب.

و فى رواية أبى حمزة عن أبى جعفر عليه السلام قال: قلت له ان بعض أصحابنا يفترون و يقذفون من خالفهم «من مخالفهم» فقال: الكف عنهم أجمل، ثم قال لى:

و الله يا أبا حمزة ان الناس كلهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا، ثم قال: نحن أصحاب الخمس و قد حرمانا على جميع الناس ما خلا شيعتنا و فى صدرها دلالة على جواز الافتراء و هو القذف على كراهة، ثم اشار عليه السلام الى اولوية قصد الصدق بارادة الزنا من حيث استحلال حقوق الائمة عليهم السلام.

(١) هذا هو الفرع الثانى: و هو انه هل يجوز هجو الفاسق المبدع فى الدين أم لا؟ وجهان: أقواهما الاول، و ذلك لانه فيما كان الهجو بما فيه بالجملة الخبرية أو بالجملة الانشائية مقتضى الاصل ذلك بعد كون أدله حرمة الغيبة و حرمة الالهانة و الهتك مختصة بالمؤمن غير الشامل له.

و فيما كان الهجو بما ليس فيه بالجملة الخبرية يدل عليه.

صحيح داود بن سرحان عن الامام الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله فى أهل الريب و البدع: و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقعة، و باهتوهم كى لا يطمعوا فى الفساد فى الاسلام و يحذرهم الناس و لا يتعلمون من بدعهم ... الخ «١».

(٢) و حمله على ارادة اتهامهم و سوء الظن بهم بما يحرم اتهام المؤمن به و عدم تجوز الكذب عليهم كما احتمله المصنف قدس سره خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينه، و هذا يدل على الجواز فى الشق الاول ايضا كما لا يخفى.

(١) الوسائل، باب ٣٩، من أبواب الامر و النهى، ح ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٢٩

الثامنة والعشرون: الهجر

(بالضم) و هو الفحش من القول و ما استقبح التصريح به منه. (١)

ففى صحيحه أبى عبيدة البذاء من الجفاء و الجفاء فى النار.

و فى النبوى صلى الله عليه و آله ان الله حرم الجنة على كل فحاش بذى قليل الحياء لا يبالى بما قال، و لاما قيل فيه و فى رواية سماعه اياك ان تكون فحاشا.

و فى النبوى صلى الله عليه و آله ان من شر عباد الله من يكره مجالسته لفحشه.

و في رواية من علامات شرك الشيطان الذي لا شك (يشك) فيه أن يكون فحاشا لا يبالي بما قال و لاما قيل فيه الى غير ذلك من الاخبار.

هذا آخر ما تيسر تحريره من المكاسب المحرمة.

الثالث: هل يجوز هجو المخالفين أم لا؟ فيه ايضا وجهان بل وجوه.

و الحق أن يقال: إن هجوهم بما فيهم أو بالجملة الانشائية جائزة لما تقدم من اختصاص أدلة حرمة الغيبة و الاهانة و الهتك بالمؤمنين القائلين بإمامة الائمة الاثني عشر كما تقدم تنقيح القول في ذلك في مبحث الغيبة، و إن كان بما ليس فيهم من المعايير فغير جائزة لعموم أدلة حرمة الكذب و البهتان.

و استدلل للجواز: بخبر «١» أبي حمزة المذكور في المتن.

و فيه: ان الخبر ضعيف السند لعلی بن العباس لا يعتمد عليه.

حرمة الهجر

(١) قوله الثامنة و العشرون الهجر.

لا خلاف بين المسلمين في حرمة الهجر و هو الفحش و القول القبيح.

و تشهد له اخبار كثيرة «٢» روى كثير منها المصنف قدس سره في المتن.

و مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين أن يكون المخاطب مؤمنا أو مسلما أو كافرا ذكرا أو انثى صغيرا أو كبيرا بل يمكن أن يقال إن الاطلاقات يشمل ما اذا كان المقول له من كهائم كما أفاده المحقق التقى قدس سره.

(١) راجع الوسائل، باب ٧٣ و ٧٢ من أبواب جهاد النفس.

(٢) نفس المصدر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٣٠

[النوع] الخامس: مما يحرم التكسب به ما يجب على الانسان فعله (١) عينا أو كفاية تعبدا أو توصلا

إشارة

على المشهور كما في المسالك (٢) بل عن مجمع البرهان كان دليله الاجماع.

و الظاهر ان نسبته الى الشهرة في المسالك في مقابل قول السيد المخالف في وجوب تجهيز الميت على غير الولي لا في حرمة أخذ الاجرة على تقدير الوجوب عليه.

و في جامع المقاصد الاجماع على عدم جواز أخذ الاجرة على تعليم صيغة النكاح أو القائها على المتقاعدين، انتهى. و كان لمثل هذا ونحوه ذكر في الرياض ان على هذا الحكم الاجماع في كلام جماعة و هو الحجة، انتهى.

أخذ الاجرة على الواجبات

إشارة

(١) قوله الخامس مما يحرم التكسب به ما يجب على الانسان فعله.

على المشهور، و عليه الفتوى - كما عن المسالك، و عن مجمع البرهان: الاجماع عليه -.

و لكن: فى المسألة أقوالاً:

(٢) الاول: هو المنع مطلقاً نسبة الشهيد قدس سره الى المشهور.

الثانى: ما نسب الى السيد المرتضى قدس سره و هو الجواز فى الواجب الكفائى كأجرة تغسيل الموتى و تكفينهم و دفنهم و إن كان تعبدياً.

الثالث: ما عن المصايح عن فخر المحققين، و هو التفصيل بين التعبدى فلا يجوز، و التوصلى فيجوز.

الرابع: ما عن فخر المحققين قدس سره فى الايضاح، و هو الجواز فى الكفائى التوصلى، و عدم الجواز فى غيره.

الخامس: ما عن الرياض، و هو الجواز فى الواجبات الكفائىة التى تكون واجبة كفاية لانتظام المعاش، و عدم الجواز فى غيرها.

السادس: ما عن مفتاح الكرامة، و هو التفصيل بين ما كان الغرض الالهى منه الدنيا فيجوز، و بين ما كان الغرض الالهى منه الآخرة فلا يجوز.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٣١

...

السابع: ما عن المصايح، و هو الجواز فى الواجب التوصلى الكفائى و العينى الذى كان وجوبه للضرورة، و عدم الجواز فى غيرهما.

الثامن: ما يظهر من المصنف قدس سره من التفصيل بين العينى التعيينى و الكفائى التعبدى فلا يجوز، و الكفائى التوصلى و التخيرى التوصلى فيجوز و التخيرى التعبدى فالتردد.

التاسع: ما اختاره جمع من المحققين و هو الجواز مطلقاً.

و ليعلم أنه لا - سبيل فى هذه المسألة الى دعوى الاجماع و الاستدلال به، إذ مضافاً الى معلومية مدرك المجمعين، انه مع هذا الاختلاف بين الفقهاء كيف يمكن دعوى الاجماع فى المقام.

موضوع هذه المسألة

و قبل الدخول فى البحث و بيان المختار لا بد من بيان محل الكلام، إذ لا بد فى كل مسألة من الحفظ على موضوعها و البحث فى خصوص الحيثية التى يبحث عنها فى تلك المسألة و جعل الجهات الاخر مفروغا عنها كى لا تختلط تلك الجهة بغيرها، و موضوع البحث فى المقام هى جهات ثلاث:

الاولى: منافاة العبادية لأخذ الاجرة.

الثانية: منافاة الوجوب بما هو له.

الثالثة: منافاة الوجوب التعبدى النيابى لأخذ الاجرة، نظراً الى عدم وقوعه قريباً عن المنوب عنه، بعد الفراغ عن سائر الجهات المعتبرة فى صحة عقد الاجارة، كأن لا يكون العمل الذى وقعت الاجارة عليه مما اعتبر الشارع فيه المجانية، فإن الاجارة حينئذ باطلة لذلك، و إن كان ذلك العمل مستحباً كالاذان، أو مباحاً أو مكروهاً.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٣٢

...

و اعلم أن موضوع هذه المسألة ما اذا كان الواجب على العامل منفعة تعود الى من يبذل بإزائه المال (١) كما لو كان كفائيا و اراد سقوطه منه فاستأجر غيره أو كان عينيا على العامل و رجع نفعه منه الى باذل المال كالقضاء للمدعى اذا وجب عينا. و بعبارة اخرى: مورد الكلام ما لو فرض مستحبا لجواز الاستيجار عليه لان الكلام فى كون مجرد الوجوب على الشخص مانعا عن أخذ الاجرة عليه، فمثل فعل الشخص صلاة الظهر عن نفسه لا يجوز أخذ الاجرة عليه لا لوجوبها بل لعدم وصول عوض المال الى باذله، فان النافلة أيضا كذلك.

و لما كان نظر المصنف قدس سره فى المكاسب الى خصوص الجهة الثانية ذكر مبينا على ذلك أمرين:

(١) الأول: ان موضوع هذه المسألة ما اذا كان الواجب على العامل منفعة تعود الى من يبذل

بإزائه المال كما لو كان كفائيا و اراد سقوطه منه، فمثل فعل الشخص صلاة الظهر عن نفسه لا يجوز أخذ الاجرة عليه، لا لوجوبها بل لعدم وصول عوض المال الى باذله.

و لا بأس بالاشارة الاجمالية الى هذه الكبرى الكلية مقدمة للبحث.

و قد استدلت لاعتبار هذا الشرط بوجهين:

الاول: ان الاجارة بدونه سفهية و أكل للمال بالباطل.

الثانى: إن المبادلة فى الاجارة انما تكون بين منفعة معينة و العوض المعلوم، فلا بد من عود المنفعة الى باذل العوض و الا انتفت المبادلة و الاجارة، إذ قوامها بدخول كل من العوضين فى المكان الذى خرج منه الآخر.

و فيهما نظر:

أما الاول: فلانه لا دليل على بطلان كل معاملة سفهية كما سيأتى تنقيح القول فى ذلك فى الجزء الثالث من هذا الشرح.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٣٣

...

و من هنا يعلم فساد الاستدلال على هذا المطلب، بمنافاة ذلك للاخلاص فى العمل لا لتقاضيه طردا و عكسا بالمندوب و الواجب التوصلى. (١)

مع ان المؤجر ربما ينتفع بمنفعة عائدة الى غيره، كما اذا انتفع من تعلم أحكام الصلاة مثلا من فعل المستأجر صلاة الظهر عن نفسه، بل يمكن أن يقال: إن التسبب الى تحقق الخير و الاعانة على البر و التقوى مما يترتب عليه الثواب- أى الفائدة الاخرية- فالاستئجار المزبور لترتب هذه الفائدة عليه لا يكون سفهيا.

اللهم إلا- أن يقال: إن هذه فائدة فعل المؤجر نفسه و الذى يعتبر فى خروج الاجارة عن السفهية و كونها أكلا للمال بالباطل كون العمل المستأجر عليه مما له فائدة عائدة الى المؤجر، إذ هو المقابل بالمال.

مضافا الى أن كون الله مطاعا لو كان هو المقصود من الاجارة لما كانت الاجارة سفهية كما لا يخفى.

و أما الثانى: فلان حقيقة الاجارة لا تقتضى أزيد من قابلية العمل لصيرورته مملوكا للمستأجر، و أما كون المنفعة راجعة اليه فهو مما لم يدل عليه دليل.

(١) الأمر الثانى: ان الاستدلال على عدم جواز أخذ الاجرة على الواجب، بمنافاة ذلك للاخلاص فى العمل.

غير تام، لان العجز عن العمل لاجل عدم تمشى القربة موجود فى العبادات غير الواجبة و القدرة عليه لاجل عدم اعتبار القربة فى

التوصلى من الواجب ثابتة، فهذا الوجه غير مربوط بمورد النقص و الابرام، و لا ملازم له كى يصح الاستدلال المزبور. و عليه فلا يرد عليه ما أورده السيد الفقيه، بقوله: الانتقاض الطردى لا يضر بالاستدلال، إذ لا مانع من كون الدليل أعم من المدعى فى الجملة، و أما الانتقاض العكسى فهو مضر إن كان الغرض إثبات تمام المدعى كما هو الظاهر فى المقام. لكن لا يخفى ان هذا الوجه لم يظهر مما ذكره فى قوله: و اعلم ... الى آخره.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٣٤

...

عدم منافاة التعبدية لأخذ الاجرة

و كيف كان: فقد عرفت ان البحث هنا يقع فى مقامات: المقام الاول: فى ان التعبدية هل تنافى أخذ الاجرة أم لا؟ و حيث أن المانع المتنازع فيه هى التعبدية فلا فرق فى هذا المقام بين الواجب و المستحب.

و قد استدلت: لعدم جواز أخذ الاجرة على التعبديات بوجوه:

الاول: انه يعتبر فى صحة العبادات ان يؤتى بها بقصد القربة، و أخذ الاجرة عليها ينافى القربة و الاخلاص، إذ قصد ذلك يوجب انقلاب داعى الاخلاص فى العبادة المستأجر عليها الى داعى أخذ الاجرة، فيكون عقد الاجارة رافعا للتمكن من العمل المستأجر عليه، و يوجب ذلك بطلان الاجارة لا محالة، إذ التمكن منه شرط فى صحة الاجارة و ما يلزم من صحته فساده باطل. و بعد اصلاح ذلك بأن المراد من شريك العلة و ما ادعى كونه فى عرض قصد القربة ليس هو قصد تملك الاجرة لانه انما يكون بنفس الايجار لا بالعمل الخارجى.

و لا تسلم الاجرة خارجا، لانه يمكن للاجير تسلمها قبل العمل أو بعد العمل الخالى عن قصد القربة، أو اخباره كذبا بالعمل. بل المراد استحقاق مطالبة الاجرة.

يرد عليه- مضافا الى منع اقتضاء عقد الاجارة انقلاب الداعى دائما، إذ يمكن أن يلاحظ العامل فى إتيان العمل استحقاق ذلك و يأتى به خالصا لوجه الله تعالى و إن علم بترتب ذلك عليه فيكون ذلك عنده من المقارنات.-

ان العامل لما علم انه لا يستحق مطالبة الاجرة شرعا الا بإتيان العمل المستأجر عليه المتوقف على قصد القربة، لا محالة يقصد ذلك و يكون استحقاق المطالبة من قبيل

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٣٥

...

الداعى الى الداعى لا شريك الداعى.

فإن قلت: انه اذا فرضنا عدم كون الامتثال بذاته داعيا، بل من حيث كونه مقتضيا لاستحقاق الاجرة فلا محالة يكون الامتثال علة ناقصة و متممها حيثية استحقاق الاجرة فلا تكون العلة التامة هى قصد القربة.

أجبتنا عنه: بأن استحقاق الاجرة بما انه غاية للفعل المغيب بالامتثال لكون ذلك هو مورد الاجارة، لا للفعل وحده و لا لغايته كذلك، فهو إنما يكون علة لعله الفعل لا علة له و لا شريكا لعلته، و يكون الفعل منبعثا عن قصد الامتثال، و قصد الامتثال منبعثا عن استحقاق الاجرة، و الانبعاث الثانى لا يضر بالانبعاث الاول، و لا يوجب نقصا فيه.

فإن قيل: ان تحقق عنوان المستأجر عليه- اعنى العبادة- يتوقف على أمرين:

أحدهما: ذات العبادة و هو فعل الصلاة مثلا.

الثانى: عنوان الامتثال فالقاصد للعبادة يقصد تحقق العنوان المستأجر عليه بكل من جزئيه، فيكون الداعى بالاضافة الى نفس الفعل أمرين:

الاول: تحقق هذا الجزء من المستأجر عليه.

الثانى: قصد الامتثال، فيكون من قبيل التشريك فى الداعى لا- من قبيل الداعى للداعى، و انما يكون من هذا القبيل ما اذا كان المستأجر عليه نفس الامتثال، و من البديهي ان المستأجر عليه هو العمل العبادى لا التعبد بالعمل، و إلى هذا الوجه استند المحقق التقى قدس سره فى ان قصد استحقاق الأجرة فى عرض قصد الامتثال لا فى طوله.

توجه عليه: ان مورد الاجارة انما هو المقيد بما هو مقيد، أى العبادة المقيدة بهذا القيد لا ذات المقيد و القيد بما هما ملحوظان بنحو المعنى الاسمى، فيكون قصد تحقق العنوان المستأجر عليه كقصد استحقاق الاجرة فى طول قصد الامتثال لا فى عرضه، مع ان قصد تحقق العنوان المستأجر عليه غير معتبر فى سقوط الامر بالاجارة كما ستعرف.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٣٦

...

الوجه الثانى: ما استند اليه جماعة منهم المحقق النائينى قدس سره و هو: أنه يعتبر فى تحقق العبادة الاخلاص طولاً كما يعتبر عرضاً، و إلا- لما وقعت العبادة ممحضة على وجه الاخلاص، لان النتيجة تابعة لأخس المقدمات، فإذا لم تنته سلسله العلل و الدواعى بجميع حلقاتها الى الله تعالى فهى غير خالصة لوجه الله تعالى، فيعود المحذور المتقدم و هو ان عقد الاجارة يوجب رفع التمكن من العمل المستأجر عليه.

و أجيب عنه: تار: بالنقض بعبادة أكثر الناس، حيث انها تكون لاجل الخوف من عذابه أو الطمع فى ثوابه، و لا كلام لأحد فى صحة هذه العبادات، و دلت عليها النصوص مثل:

حسن هارون عن الامام الصادق عليه السلام: العباد ثلاثة: قوم عبدوا الله عز و جل خوفا فتلك عبادة العبيد و قوم عبدوا الله تبارك و تعالى طلباً للثواب فتلك عبادة الأجراء و قوم عبدوا الله عز و جل حبا له فتلك عبادة الاحرار، و هى أفضل العبادة (١).

و ما عن جماعة من بطلان العبادة إذا قصد بفعلها الثواب أو الخلاص من العقاب، بل عن بعضهم، دعوى الاجماع عليه. يكون المراد به ما كان هذا القصد هو الداعى الى العمل، لا من قبيل الداعى الى الداعى، نعم، الدرجة العالية من العبادة ما كانت الغاية القصى من العبادة هى الله فقط، و يكون الخلو طولاً أيضاً، و هى مختصة بالمعصومين عليهم السلام، فقد قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما عبدتك خوفاً من نارك، و لا طمعا فى جنتك، لكن وجدتك أهلاً للعبادة فعبدتك (٢).

و اخرى: بالنقض بالصلاة لسعة الرزق و لاداء الدين و لقضاء الحاجة.

و أورد عليه المصنف قدس سره و تبعه المحقق النائينى قدس سره و هو إيراد على الاول ايضا: بأنه

(١) الوسائل، باب ٩، من أبواب مقدمة العبادات، حديث ١.

(٢) مرآة العقول، باب النية، ج ١، ص ١٠١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٣٧

...

فرق بين الغرض الدنيوي المطلوب من الخالق الذي يتقرب اليه بالعمل، وبين الغرض الحاصل من غيره وهو استحقاق الاجرة، فإن طلب الحاجة من الله تعالى ولو كانت دنيوية محبوب عند الله، فلا يقدر في العبادة، بل ربما يؤكد بها. وفيه: أن كون النفع منه تعالى لا- يوجب اتصاف الفعل بعنوان حسن مضاف الى المولى، فإن كل نفع و ضرر منه تعالى، ولذا قطع الاصحاب ببطلان العبادة إذا اتى بها بداعي الثواب أو دفع العقاب كما صرح به الشهيد قدس سره و معه لا يعقل تأكد الاخلاص و العبادة بذلك.

و يمكن الجواب عن هذا الوجه- مضافا الى ما مر- بجواب حلي أفاده بعض المحققين و هو: ان الفعل المنبعث عن دعوة الامر عدل في العبودية، و إحسان الى المولى، و هو من العناوين الممدوح على فاعلها بالذات، و لا يعقل تخلف هذا العنوان الحسن بالذات عن الفعل الماتى بداعي الامر، كما لا يعقل تخلف كونه ممدوحا على فاعله عن هذا العنوان الحسن بالذات، و من الواضح أن ترتب فائدة دنيوية على هذا الفعل الممدوح على فاعله لا يخرج عن كونه ممدوحا على فاعله، فلا يعقل مانعيته عن وقوعه ممدوحا على فاعله مع فرض ترتبه عليه، فإن ما يتفرع على الشيء لا يعقل أن يكون مانعا عنه. مع انه قد عرفت أن تملك الأجرة انما يكون بالاجار، و تسلمها لا يتوقف على إتيان العبادة مع قصد القربة، فالداعي الى الإتيان بالعمل المستأجر عليه صحيحا و عن قصد القربة الذي لا يطلع عليه الا اعلام الغيوب ليس الا الاستحقاق شرعا. و بعبارة اخرى: أمر المولى بالإتيان بما اشتغلت ذمته به من العبادة و الخوف من الله تعالى فهذا ايضا غرض مطلوب من الخالق. فتدبر فانه دقيق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٣٨

...

الوجه الثالث: ان دليل صحة الاجارة انما هو عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١».

و هو لا يعقل ان يشمل المقام، إذ اللازم من شموله أخذ داعي الامر الذي هو قيد في متعلق الاجارة قيда في متعلق الامر بالوفاء، و هو باطل لما حقق في محله من عدم معقولية أخذ قصد الامر في متعلق الامر، فاذا ذهب الامر بالوفاء لم يبق ما يكون دليلا على صحة الاجارة و الاصل في المعاملات هو الفساد.

و فيه: أولا: انه قد حقق في محله إمكان أخذ قصد الامر في متعلق الامر الاول، و على فرض عدم امكانه يمكن أخذه في متعلق الامر الثاني.

و ثانيا: أن دليل صحة الاجارة لا ينحصر بالامر بالوفاء بالعقود، بل في آية التجارة عن تراض «٢». غنى و كفاية.

الوجه الرابع: ان دليل صحة الاجارة هو عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و هو لا يمكن شموله للمقام، إذ الوفاء عبارة عن إتيان العمل المستأجر عليه أداء لحق المستأجر، و هذا لا يجتمع مع الاتيان به أداء لحق الله سبحانه و امتثالا لأمره. و عليه فإن قصد الوفاء فقد ذهب الخلو و فسدت العبادة و هو مع ذلك لا يكون وفاء. و إن قصد الاخلاص فلم يقصد الوفاء بعقد الاجارة، فلا بد و أن ترفع اليد عن الامر بالوفاء لعدم التمكن من امتثاله على كل تقدير، فاذا ذهب الامر بالوفاء لم يبق ما يكون دليلا على صحة الاجارة.

و فيه: أولا: ما تقدم من عدم انحصار دليل صحة الاجارة بعموم آية الوفاء بالعقود.

و ثانيا: ان الوفاء بالعقد الذي أمر به ليس عبارة عن إتيان العمل المستأجر عليه بقصد انه مخصوص بالمستأجر و مملوك له، بل هو عبارة عن إتيان ما يكون وفاء بالحمل

(١) المائة: ٢.

(٢) النساء: ٣٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٣٩

...

الشائع، أى مصداق هذا العنوان غير المتوقف تحققه على قصد كونه للمستأجر، فلا- يعتبر فى امتثال الامر بالوفاء بالعقد قصد هذا العنوان كى يكون ذلك منافيا لقصد الخلوص.

الوجه الخامس: ان الامر العبادى المتعلق بالعبادة تعبدى، و الامر الاجارى المتعلق بالعمل المستأجر عليه توصلى، فيلزم من صحة الاجارة المتعلقة بها اجتماع أمرين متخالفين فى شىء واحد و هو محال.

وفيه: ان الفرق بين التوصلى و التعبدى انما هو من ناحية المتعلق، بناء على ما حققناه فى محله من أن قصد الامر مأخوذ فى متعلق الامر إذ ربما يعتبر فيه قصد القربة لعدم حصول الغرض الا به، فالواجب تعبدى، و ربما لا يعتبر فيه ذلك، فالواجب توصلى، و الامر فى الموردین واحد و لا تعدد فيه.

و عليه فالامر الاجارى المتعلق بالعبادة انما يكون مثل الامر المتعلق بها نفسها، بلا تفاوت بينهما، و المتعلق لكل منهما انما هو ذات العمل مع قصد القربة، فيندك أحدهما فى الآخر و يكون أمرا مؤكدا كما فى غير المقام.

فتحصل: ان شيئا مما استدل به على منافاة صفة العبادية للاجارة لا يتم، و مقتضى القاعدة جواز أخذ الاجرة على العبادات.

و كذلك الاخذ بعنوان الجعالة إذا تمت سائر الشروط المعبرة لعمومات صحة المعاملات.

و تؤيدها النصوص المتضمنة للترغيب على العبادات بذكر فوائدها من سعة الرزق و اداء الدين و غيرهما، و المثوبة على فعلها و الترهيب على تركها بذكر ما يستتبعها من الهلكة و العقوبة، إذ هذه النصوص تدل على انه لا تنافى بين العباداة و الاتيان بها لجلب المنافع و دفع المضرات.

و للقوم مسالك اخر فى تصحيح العباداة التى تعلقت الاجارة بها و عدم منافاة صفة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٤٠

و قد يرد ذلك بأن تضاعف الوجوب بسبب الاجارة يؤكد الاخلاص (١)

و فيه مضافا الى اقتضاء ذلك الفرق بين الاجارة و الجعالة (٢) حيث إن الجعالة لا يوجب العمل على العامل انه إن أريد ان تضاعف

الوجوب يؤكد اشتراط الاخلاص فلا ريب ان الوجوب الحاصل بالاجارة توصلى لا يشترط فى حصول

العبادية للاجارة.

أحدها: ان الوفاء بالعقد أمر محبوب عقلا و شرعا و هو من صفات المؤمنين، فغاية العمل العبادى ايضا محبوبة، فلا تنتهى سلسلة العلل الى غير الله تعالى.

وفيه: ان هذا فى نفسه و إن كان تاما، إلا ان محل الكلام هو أعمال الاجراء الخارجية التى يؤتى بها بداعى استحقاق الاجرة لا من حيث ان الوفاء بالعقد محبوب شرعى.

ثانيها: ما أفاده المحققان كاشف الغطاء و صاحب الجواهر و هو: ان المصحح للعبادية هو الامر المتعلق بالعبادة، و الامر الاجارى المتعلق بها لا ينافيها بل يؤكد الاخلاص.

(١) و إليه اشار المصنف قدس سره بقوله تضاعف الوجوب بسبب الإجارة يؤكد الإخلاص.

و لا يبعد أن يكون مرادهما ما ذكرناه آنفاً من انحفاظ الاخلاص طولا، إذ الداعي الاول هو امتثال الامر المتعلق بالعبادة، و الداعي الى هذا الداعي هو امتثال الامر الاجارى، أى استحقاق الاجرة شرعا الذى مر انه عبارة اخرى عن كون الداعي الامر الالهى، و الخوف منه سبحانه فسلسلة العلل منتهية اليه تعالى، و عليه فهو متين غايته.

و لا يرد عليه شىء مما أورده المصنف قدس سره من الايرادات الثلاثة:

الاول: ان مقتضى ذلك الفرق بين الاجارة و الجعالة، حيث ان الجعالة لا توجب العمل على العامل و إليه اشار بقوله:

(٢) اقتضاء ذلك الفرق بين الإجارة و الجعالة.

و فيه: ان صاحب الجواهر ادعى ان الاجارة من جهة تسببها الوجوب أيضا يؤكد الاخلاص و لم يدع انه المصحح للعبادية حتى يرد عليه ما ذكر، فلزام ما ذكره عدم تأكد

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٤١

ما وجب به قصد القربة مع ان غرض المستدل منافاة قصد أخذ المال لتحقيق الاخلاص فى العمل لا لاعتباره فى وجوبه و إن أريد انه يؤكد تحقق الاخلاص من العامل فهو مخالف للواقع قطعاً (١) لان ما لا يترتب عليه اجر دنيوى أخلص مما يترتب عليه ذلك بحكم الوجدان، هذا مع ان الوجوب الناشئ من الاجارة انما يتعلق بالوفاء بعقد الاجارة و مقتضى الاخلاص المعتبر فى ترتب الثواب على موافقة هذا الامر و لو لم يعتبر فى سقوطه هو إتيان الفعل من حيث استحقاق المستأجر له بإزاء ماله، فهذا المعنى ينافى وجوب اتيان العبادة لاجل استحقاقه تعالى اياه (٢) و لذا لو لم يكن هذا العقد واجب الوفاء كما فى الجعالة لم يمكن قصد الاخلاص مع قصد استحقاق العوض فلا إخلاص هنا حتى يؤكد وجوب الوفاء بعد الايجاب بالاجارة، فالمانع حقيقة هو عدم القدرة على ايجاد الفعل الصحيح بإزاء العوض سواء كانت المعاوضة لازمة أم جائزة.

الخلوص فى الجعالة لا عدم تحقق الاخلاص.

(١) الثانى: قوله فهو مخالف للواقع. و حاصله انه إن أريد ان تضاعف الوجوب يؤكد اشتراط الاخلاص، فلا ريب ان الوجوب الحاصل بالاجارة توصلى، و إن أريد انه يؤكد تحقق الاخلاص من العامل فهو مخالف للواقع قطعاً، لان ما لا يترتب عليه أجر دنيوى أخلص مما يترتب عليه ذلك وجدانا.

و فيه: ما عرفت من ان الداعي الى اتيان العبادة بقصد الامر ليس الا الاستحقاق شرعا للاجرة و الامر الاجارى بالاتيان بما اشتغلت به من العمل، لا تملك الاجرة و لا تسلمها.

(٢) الثالث ان تأكد الإخلاص انما يكون بالتعبد بالأمرين، و التعبد بالأمر الاجارى لا يتحقق الا أن يؤتى بمتعلقه بقصد حصول الوفاء و إتيان الفعل من حيث استحقاق المستأجر له، و هذا المعنى ينافى وجوب اتيان الفعل لاجل استحقاقه تعالى اياه.

و فيه: ما تقدم من أن المأمور به بالامر الاجارى ليس هو إتيان العمل المستأجر

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٤٢

...

عليه بقصد انه وفاء، بل المأمور به ذات ما هو وفاء، أى ما يصدق عليه الوفاء بالحمل الشائع، فلا يعتبر فى امتثاله الاتيان بالعمل من حيث استحقاق المستأجر له كى ينافى ذلك الاخلاص فراجع و تدبر.

ثالثها: ما أفاده السيد الفقيه فى حاشيته و غيره و هو: الغاء الامر بالصلاة عن الوساطة، و تصحيح العبادة بنفس امتثال الامر الاجارى.

و لهم فى ذلك تقريبان:

الاول: ان الامر الاجارى و ان كان توصليا إلا ان التوصلى ما لا يعتبر فى سقوطه قصد الأمر لا انه لا يمكن التقرب به و عليه فلو أتى بالعبادة المستأجر عليها بداعى امثال الامر الإجارى صحت و وقعت عبادة.

و فيه: ان مورد الاجارة اما ذات تلك العبادة من غير قصد القربة فلازم صحة الاجارة سقوط أمرها بإتيانها و إن لم يقصد القربة لكون هذا الامر توصليا و هو خلف، و إن كان هو العمل المقيد بقصد الامر المتعلق به نفسه فالمفروض فى هذا الوجه عدم كفايته فى الخلو، و إن كان هو العمل المقيد بداعى امثال الامر الاجارى، فهو يرجع الى التقريب الثانى، و ستعرف ما فيه.

الثانى: ان الامر الاجارى ليس مطلقا توصليا، بل هو تابع للغرض المترتب على متعلقه، فإن كان مترتبا على العمل مع عدم قصد القربة فالامر توصلى، و إن كان مترتبا عليه معه فهو تعبدى، فإن كان مورده مثل الصلاة و الصيام كان مرجع الامر الاجارى الى ايجاب الصلاة و الصوم و هما تعبديان، و إن كان مورده مثل الكتابة و الخياطة كان مرجعه الى الامر بالخياطة و الكتابة و هما توصليتان، و الدليل على كون الامر الاجارى فى المورد الاول تعبديا هو الدليل على كون الامر بالصلاة و الصيام تعبديا، إذ لا فرق فى الصوم الذى سنخه سنخ التعبدى بين أنحاء الامر به.

و فيه: ان المحذور لم يكن عدم قابلية الامر المتعلق بتلك العبادة المستأجر عليها لان يكون قصده موجبا للعبادية كى يدفع المحذور بذلك، بل المحذور كان هو ان الاتيان

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٤٣

و أما تأتى القربة فى العبادات المستأجرة (١) فلاين الاجارة انما تقع على الفعل المأتى به تقربا الى الله نيابة عن فلان، توضيحه ان الشخص يجعل نفسه نائبا عن فلان فى العمل متقربا الى الله، فالمنوب عنه يتقرب اليه تعالى بعمل نائبه و تقربه، و هذا الجعل فى نفسه مستحب لانه احسان الى المنوب عنه و ايصال نفع اليه و قد يستأجر الشخص عليه فيصير واجبا بالاجارة وجوبا توصليا لا يعتبر فيه

بداعى استحقاق الاجرة ينافى الخلو، و فى هذا المحذور لا فرق بين قصد الامر المتعلق بتلك العبادة و بين قصد الامر الاجارى. فالصحيح ما ذكرناه من ان قصد استحقاق الاجرة انما يكون فى طول قصد الامر، فلا يضر بالعبادة، مع انه لو سلم كونه فى عرضه أو اعتبرنا الاخلاص طولا ايضا فقصد استحقاق الاجرة لا ينافيها، بل هو قصد عبادى ايضا.

و لو تنزلنا عن جميع ما ذكرناه و سلمنا ان قصده غير قربى و يكون فى عرض قصد القربة يدخل المقام فى الكبرى الكلية المذكورة فى كتاب الصلاة فى مبحث النية من ان الضمائم غير المحرمة هل تضر بصحة العبادة أم لا؟ و قد ذكروا ان هناك صورا:

الاولى: أن يكون كل من الداعيين ضعيفا، بحيث لو كان وحده لما أثر فى صدور الفعل.

الثانية: ان يكون الداعى القربى مستقلا فى الداعوية و غيره تبعيا.

الثالثة: عكس ذلك.

الرابعة ان يكون كل منهما مستقلا فى الداعوية، إلا انه انما يستند الفعل اليهما من باب عدم معقولية اجتماع علتين تامتين على معلول واحد.

لا- كلام فى الصحة فى الصورة الثانية و الفساد فى الصورة الاولى و الثالثة، و قد وقع الخلاف فى الصورة الرابعة، و اختار جمع من الاساطين الصحة فيها، فعلى هذا لا وجه للحكم بالبطلان مطلقا فى المقام، و تمام الكلام فى هذه الكبرى الكلية موكول الى محله، و قد اشبعنا الكلام فيها فى الجزء الخامس من فقه الصادق.

(١) ما أفاده فى العبادات المستأجرة سيأتى البحث عنه فى المقام الثالث مفصلا فلا وجه لاطالة البحث فيه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٤٤

التقرب، فالاجرة نائبا عن الغير في إتيان العمل الفلاني تقربا الى الله. فالاجرة في مقابل النية في العمل المتقرب به الى الله التي مرجع نفعها الى المنوب عنه، وهذا بخلاف ما نحن فيه لان الاجرة هنا في مقابل العمل تقربا الى الله لان العمل بهذا الوجه لا يرجع نفعه الا الى العامل لان المفروض انه يمثل ما وجب على نفسه بل في مقابل نفس العمل فهو يستحق نفس العمل و المفروض ان الاخلاص اتيان العمل لخصوص أمر الله تعالى. والتقرب يقع للعامل دون الباذل و وقوعه للعامل يتوقف على ان لا يقصد بالعبادة سوى امتثال امر الله تعالى فإن قلت: يمكن للاجير ان يأتي بالفعل مخلصا لله تعالى بحيث لا يكون للاجارة دخل في اتيانه فيستحق الاجرة فالاجرة غير مانعة من قصد الاخلاص.

قلت: الكلام في ان مورد الاجارة لا بد ان يكون عملا قابلا لان يوفى به بعقد الاجارة و يؤتى به لاجل استحقاق المستأجر اياه، و من باب تسليم مال الغير اليه و ما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلك.

فإن قلت: يمكن أن يكون غاية الفعل التقرب، و المقصود من اتيان هذا الفعل المتقرب به استحقاق الاجرة كما يؤتى بالفعل تقربا الى الله و يقصد منه حصول المطالب الدنيوية كأداء الدين وسعة الرزق و غيرهما من الحاجات الدنيوية.

قلت: فرق بين الغرض الدنيوي المطلوب من الخالق الذي يتقرب اليه بالعمل و بين الغرض الحاصل من غيره و هو استحقاق الاجرة. فان طلب الحاجة من الله تعالى سبحانه و لو كانت دنيوية محبوب عند الله فلا يقدر في العبادة بل ربما يؤكدها و كيف كان فذلك الاستدلال حسن في بعض موارد المسألة و هو الواجب التعبدى في الجملة الا ان مقتضاه جواز أخذ الاجرة في التوصليات و عدم جوازه في المندوبات التعبدية فليس مطردا و لا منعكسا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٤٥

...

عدم منافاة الوجوب بما هو لأخذ الاجرة

المقام الثاني: في بيان أن الوجوب بما هو هل ينافى أخذ الاجرة أم لا؟ و تنقيح القول في هذا المقام بالبحث في موارد:

الاول: في الواجب العيني التعييني غير النظامي.

الثاني: في الواجب الكفائي.

الثالث: في الواجب التخيري.

الرابع: في الواجبات النظامية.

أما المورد الاول: فمقتضى العمومات هو صحة الاجارة و عدم مانعته عنها.

وقد ذكر في وجه المنافاة وجوه:

الاول: ان عمل الحرفي نفسه ليس بمال، و انما يقابل بالمال لما دل على انه محترم، فاذا وجب فقد سقط احترامه.

وفيه: ان المالية من الاعتبارات العقلانية، و انما يعتبرها العقلاء لكل ما يرغبون اليه لما فيه من الاغراض و الفوائد العقلانية، و من البديهي ان عمل الحر من تلك الامور فهو مال.

و لو تنزلنا عن ذلك فلا ريب انه يصير مالا بمجرد وقوع المعاملة عليه نظير الكلي في الذمة، و لذا لا كلام في انه لو فوت أحد عمل الحر بعد وقوع المعاملة عليه يكون ضامنا له، و هذا المقدار يكفي في صحة المعاملة كما سيأتي التعرض له في كتاب البيع.

مع انه لو فرض عدم ماليته لا وجه للحكم بأنه يقابل بالمال لاحترامه، إذ الدليل انما دل على ثبوت الحرمة لمال المسلم، فان كان للعمل حرمة فهي لكونه مالا و مع فرض عدمه لا حرمة له.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٤٦

نعم قد استدل على المطلب بعض الاساطين في شرحه على القواعد بوجوده أقواها، ان التنافي بين صفة الوجوب و التملك ذاتي لان المملوك و المستحق لا يملك و لا يستحق ثانيا توضيحه ان الذي يقابل المال لا بد أن يكون كنفس المال مما يملكه المؤجر حتى يملكه المستأجر في مقابل تملكه المال اياه، فاذا فرض العمل واجبا لله ليس للمكلف تركه فيصير نظير العمل المملوك للغير (١) ألا ترى انه اذا آجر نفسه لدفن الميت لشخص لم يجوز ان يؤجر نفسه ثانيا من شخص آخر لذلك العمل و ليس الا- لان الفعل صار مستحقا للاول و مملوكا له، فلا معنى لتمليكه ثانيا للآخر مع فرض بقائه على ملك الاول. و هذا المعنى موجود فيما اوجهه الله تعالى خصوصا فيما يرجع الى حقوق الغير حيث ان حاصل الايجاب هنا جعل الغير مستحقا لذلك العمل من هذا العامل كأحكام تجهيز الميت التي جعل الشارع الميت مستحقا لها على الحي فلا يستحقها غيره ثانيا، هذا و لكن الانصاف ان هذا

(١) هذا هو الوجه الثاني و حاصله ان عمل الحر و إن كان مالا في نفسه لكنه اذا وجب سقط احترامه، لان الوجوب عليه رافع لاختياره و تسلطه على الترك، فهو مقهور على ايجاده، و يستوفى العمل منه من دون دخل لرضاه و اذنه المقومين لاحترام المال في ذلك. و استشهد لذلك: بأنه لو فرض ان المولى أمر بعض عبيده بعمل، و كان يرجع نفعه الى غيره، فأخذ العبد العوض من ذلك الغير على ذلك العمل عد أكلا للمال مجانا و بلا عوض.

و فيه: انه إن كان المدعى ان الوجوب الشرعي يوجب سلب المالية عن العمل، فيرد عليه: ان الوجوب انما يوجب سلب الاحترام، بمعنى انه لا- يجوز التصرف فيه لأحد الامع اذنه و رضاه، و له السلطان عليه، و ليس لأحد مزاحمته، و لا يوجب سلب الاحترام من حيث ماليته المقتضية ان لا يذهب هدرا و بلا تدارك، و نظير المقام ترخيص الشارع المارة في الاكل من الثمرة و ترخيص الاكل من بيوت الاقارب، فإن هذا الترخيص

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٤٧

...

يوجب سلب الاحترام بالمعنى الاول و لا يوجب سلب المالية كي لا يصح أخذ العوض في هذين الموردين. و إن كان المدعى ان العمل الواجب على المكلف لا يعقل أن يصير واجبا ثانيا بالوجوب الاجارى. فيرد عليه: انه يلتزم بالتأكد، فيكون لازمه الامتثال من جهتين.

و إن كان المدعى انه يعتبر في صحة الاجارة أن يكون للمستأجر إجبار الاجير على ذلك العمل. فإذا كان الفعل واجبا عليه فهذا الحق ثابت له قبل الاجارة من باب الامر بالمعروف، فلا تترتب عليها ثمرة فلا تصح. فيرد عليه: أنه بالاجارة يثبت هذا الحق فيكون ثابتا من ناحيتين، و تظهر الثمرة في موردين:

الاول: ما إذا لم يمكن اجباره على الفعل من باب الامر بالمعروف، و أمكن اجباره من باب كونه مملوكا له و لو بالرجوع الى المحاكم العرفية الثانية: ما اذا كان من وجب عليه جاهلا بالوجوب.

و بالجملة: مجرد الوجوب الشرعي لا يوجب سلب المالية عن الشيء، و معه لا وجه لمنافاته مع صحة الاجارة.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره و هو: انه يعتبر في صحة المعاملة- مضافا الى كون كل من المتعاملين مالكا لما يبذله أو بحكمه، و ايجادها بسبب خاص و آله مخصوصة:- أن لا يكون محجورا عن التصرف فيه من جهة تعلق حق الغير به، أو غير ذلك من أسباب الحجر، لتكون له السلطنة الفعلية على التصرف فيه، و الايجاب يوجب سقوط ملك التصرف و سلب الاختيار و دفع السلطنة فلا محالة تفسد المعاملة.

وفيه: ان توقف نفوذ المعاملة على السلطنة الوضعية المستتبعة لكون مورد المعاملة ملكا طلقا و لم يتعلق به حق الغير، و المتعاملين بالغير عاقلين مختارين غير محجورين بأحد أسباب الحجر بديهي.

و أما كون الايجاب موجبا لسلب هذه السلطنة فهو أول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٤٨

...

الكلام، نعم الايجاب يوجب رفع السلطنة التكليفية المنتزعة من جواز الفعل و الترك و نفوذ المعاملة غير متوقف عليها.

فإن قلت: انه يعتبر في صحة المعاملة القدرة على التسليم، و مع الوجوب لا قدرة له على الفعل و الترك، إذ القدرة متقومة بالطرفين الفعل و الترك.

قلت: انه لم ترد آية و لا-رواية دالة على اعتبار القدرة على التسليم، و انما نقول به لانه مقتضى وجوب الوفاء بالعقد، أو لانعقاد الاجماع عليه.

أو للنبوي «١» نهى النبي عن بيع الغرر.

و وجوب العمل لا ينافي مع ما تقتضيه هذه الأدلة.

أما الاول: فلانه يتأكد وجوب العمل بوجوب التسليم.

و أما الثاني: فلان المتيقن منه إمكان وصول العمل الى المستأجر، و المفروض في المقام تحققه.

و أما الثالث: فلانه لا غرر مع إمكان الوصول كما لا يخفى.

الوجه الرابع: ما نسب الى الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس سره و هو: ان إيجاب العمل يوجب صيرورته مملوكا لله تعالى و مستحقا له، و فيما كان راجعا الى حقوق الغير يوجب صيرورة الغير مستحقا لذلك العمل من هذا العامل، و لا يجوز تملك المملوك ثانيا.

وفيه: أنه لو كان المدعى ان الايجاب يقتضى كون العمل مملوكا لله بالملكية الاعتبارية نظير ملكية العمل لأحد المخلوقين.

فيرد عليه: ان الايجاب ليس الا إبراز شوق المولى بالفعل و هذا غير الملكية.

و إن كان المدعى انه يوجب خروج العمل عن تحت سلطنة العبد و دخوله في سلطان المولى و ما هو داخل في سلطان الغير لا يجوز تملكه.

(١) الدعائم، ج ٢، ص ١٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٤٩

...

فيرد عليه: ان جميع افعال العباد تحت سلطان المولى تشريعا لا تكوينيا، من غير فرق بين ما اذا أوجبها و ما اذا لم يوجبها، فإن السلطنة التشريعية عبارة اخرى عن ان زمام هذا العمل بيد الشارع و له جعل أى حكم اراد له، و هذا المعنى ثابت قبل الايجاب، فالايجاب لا يوجب حدوث سلطنة مانعة عن التملك. نعم هو يوجب سلب سلطنة المكلف تشريعا عن هذا العمل، و هو لا ينافي التملك كما تقدم.

و بالجملة: المراد من الملكية لله: ان كان هي الملكية الاعتبارية فالايجاب لا يقتضى تلك و إن كان ثبوت سلطنة تكوينية و سلب سلطنة العبد تكوينيا فهو خلاف الواقع وجدانا، و إن كان بمعنى السلطنة التشريعية فهي ثابتة قبل الايجاب، و كونه موجبا لسلب سلطنة

العبد تشريعاً لا ينافي التملك.

هذا فيما اذا لم يكن الإيجاب للغير، و أما فى ما كان له، فهو لا يوجب مالكية ذلك الغير له، و لذا يجوز استئجار الأجير لخطأه ثوب الغير، فإن العمل مملوك للمستأجر لا لذلك الغير فتدبر حتى لا يشتبه عليك جعل العمل للغير بإيجابه له. هذا هو الحق فى الجواب. لا- ما ذكره الأستاذ الأعظم- وفاقا لغيره من الأساطين:- من أن ملكية المستأجر انما هى فى طول ملكيته تعالى، و اجتماع الملكيتين الطوليتين أمر ممكن لا- محذور فيه، و لاما ذكره بعض آخر من أن ملكيته تعالى ليست من سنخ ملك العباد، فانها بمعنى الاحاطة الوجودية بالأملاك و ملاكها.

إذ يرد على الأول: انه لم يظهر لنا الفرق بين الملكيتين العرضيتين و الطوليتين، بل الظاهر هو استحالة اجتماعهما مطلقاً.

و يرد على الثانى: ان المدعى يدعى ان الإيجاب يوجب ثبوت ملكية اعتبارية له تعالى غير تلك الملكية.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٥٠

...

الوجه الخامس: ما نسب الى الشيخ الكبير ايضا، و هو: ان الإجارة لو صحت كان لازماً مالكية المستأجر لذلك العمل و من لوازم الملكية التى لا تنفك عنها جواز البراء و الإقالة و التأجيل، و حيث ان هذه الآثار لا تثبت للواجب المستأجر عليه، فيكشف ذلك عن عدم الملك، و هو يكشف عن بطلان الإجارة.

وفيه: ان هذه الآثار انما تثبت للمستأجر عليه من حيث الأمر الإجارى، و عدم ثبوتها له من حيث وجوبه من قبل الله تعالى لا ينافى صحة الإجارة، فالإبراء يوجب عدم استحقاق المستأجر للعمل، و التأجيل يوجب عدم لزوم التعجيل من حيث استحقاقه، و الإقالة توجب انتفاء الوجوب الإجارى.

الوجه السادس: ما نسب الى المحقق النائينى قدس سره ايضا، و هو: انه يعتبر فى صحة الإجارة كون الأجير مالكا لعمله كى يملكه المستأجر بالإجارة، و الوجوب يوجب نفي ملكيته له، و بعبارة اخرى: يعتبر أن يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر، فلو لم يكن كذلك كما اذا تعلق تكليف به مباشرة لم تصح الإجارة.

وفيه: ان الوجوب الذى حقيقته ابراز شوق المولى لا يوجب سلب الملكية عن العمل كما تقدم، و اعتبار كونه ممكن الحصول انما هو يرجع الى اعتبار القدرة على التسليم الذى عرفت انه لا ينافى مع الوجوب.

الوجه السابع: ما نسب الى المحقق الخراسانى قدس سره احتماله، و هو: ان بذل العوض على ما يتعين على الأجير لغو.

وفيه: انه لا- لغوية فيه مع عدم العلم بصدوره منه، أو لان يكون له اجباره على الفعل، مع ان الموجب لفساد الإجارة مع لغوية بذل العوض ليس الا كون المعاملة سفهية، و هولا يوجب البطلان كما تقدمت الإشارة اليه.

الوجه الثامن: ان الايجاب انما يكون ناشئاً عن مصلحة موجودة فى الفعل عائده الى من يجب عليه، فأخذ العوض على ما تعود فائدته اليه أكل للمال بالباطل.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٥١

الوجه ايضا لا يخلو عن الخدشة لإمكان منع المنافاة بين الوجوب الذى هو طلب الشارع للفعل و بين استحقاق المستأجر له، و ليس استحقاق الشارع للفعل و تملكه المنتزع من طلبه من قبيل استحقاق الآدمى و تملكه الذى ينافى تملك الغير و استحقاقه. ثم ان هذا الدليل باعتراف المستدل يختص بالواجب العيني.

وفيه: ان الموجب لكون أخذ العوض أكلاً للمال بالباطل انما هو عدم كونه ذا فائدة عائده الى المستأجر، و عدم ترتب غرض عقلائي

عليه، و لو كون الله تعالى مطاعا لا كونه ذا فائدة عائدة الى الأجير.

الوجه التاسع: ما نسب الى المحققين النراقيين و المحقق القمي قدس سره و هو: انه لا يجوز توقيف الواجب على شرط، و صحة الإجارة تستلزم ذلك، لانها توجب توقيف الواجب على أخذ الأجرة.

و فيه: انه لا يعتبر في صحة الاجارة كون الشخص غير بان على الفعل، فلا مانع من استئجاره على عمل لو لم يستأجره ايضا كأن يأتي به، فتصح الإجارة و لا يلزم منه توقيف الواجب على شرط.

فتحصل: ان شيئا مما استدل به على عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب لا يدل عليه.

فالأظهر جوازه، فعلى هذا لا يبقى مورد للبحث في الموارد الثلاثة الاخر، فإن الجواز في تلك الموارد أولى من الجواز في هذا المورد. و لكن لا بأس بالبحث فيها بناء على عدم الجواز هنا.

أخذ الأجرة على الواجب الكفائي

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٢، ص: ٢٥٢

و أما الكفائي فاستدل على عدم جواز أخذ الأجرة عليه بأن الفعل متعين له فلا يدخل في ملك آخر (١) و بعدم نفع المستأجر فيما يملكه أو يستحقه غيره (٢)

لأنه بمنزلة قولك استأجرتك لتملكك منفعتك المملوكة لك أو لغيرك، و فيه منع وقوع الفعل له بعد إجاره نفسه للعمل للغير فان آثار الفعل حينئذ ترجع الى الغير فاذا وجب انقاذ غريق كفاية أو ازالة النجاسة عن المسجد فاستأجر واحد غيره فثواب

و قد استدل لعدم جواز أخذ الأجرة على الواجب الكفائي بما نقله المصنف قدس سره بقوله:

(١) ان الفعل متعين له فلا يدخل في ملك آخر و بعدم نفع المستأجر فيما يملكه.. الى آخره.

توضيح هذا الوجه: ان الواجب الكفائي انما يعود نفعه من المصلحة المقتضية لإيجابه و الثواب المترتب عليه الى الأجير نفسه، فهو متعين له و مختص به لاختصاص فوائده به، و ما يكون كذلك لا يمكن أن يدخل في ملك آخر.. إذ دخول العمل في ملك الغير انما هو فيما يعود نفعه اليه.

و بهذا ظهر أمران:

(٢) الأول ان قوله: و بعدم نفع المستأجر... الى آخره تفسير لقوله: بأن الفعل متعين له، لا دليل آخر، و يشهد لذلك - مضافا الى ما تقدم -: اقتصار المصنف قدس سره على جواب واحد.

الثاني: ان ما ذكره السيد الفقيه في تعليقه من أن هذا الوجه يرجع الى الوجه السابق و هو التنافي بين الوجوب و التملك.

غير تام، و الظاهر ان هذا الإيراد نشأ من الخلط بين قول متعين له و متعين عليه فتدبر حتى لا يشبه عليك الأمر.

و الجواب عن ذلك هو ما أشار اليه المصنف قدس سره في صدر المبحث.

و هو: ان في جميع الواجبات الكفائية فائدة تعود الى المستأجر، و هو سقوط التكليف عن المستأجر بمباشرة الأجير.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٢، ص: ٢٥٣

الإنفاذ و الإزالة يقع للمستأجر (١) دون الأجير المباشر لهما، نعم يسقط الفعل عنه لقيام المستأجر به و لو بالاستنابة، و من هذا القبيل الاستئجار للجهاد مع وجوبه كفاية على الأجير و المستأجر.

و بالجملة فلم أجد دليلا على هذا المطلب و افيا بجميع أفراد عدا الإجماع الذي لم يصرح به الا المحقق الثاني لكنه موهون بوجود القول بخلافه من أعيان الأصحاب من القدماء و المتأخرين على ما يشهد به الحكاية و الوجدان.

أما الحكاية فقد نقل المحقق والعلامة قدس سره وغيرهما القول بجواز أخذ الأجرة على القضاء عن بعض، فقد قال في الشرائع: أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف، وكذلك العلامة قدس سره في المختلف. وقد حكى العلامة الطباطبائي في مصابيح عن فخر الدين وجماعة التفصيل بين العبادات وغيرها، ويكفي في ذلك ملاحظة الأقوال التي ذكرها في المسالك في باب المتاجر. وأما ما وجدناه فهو أن ظاهر المقنعة بل النهاية ومحكى المرتضى جواز الأجر على القضاء مطلقا، وإن أول بعض كلامهم بإرادة الارتزاق وقد اختار جماعة جواز أخذ الأجر عليه إذا لم يكن متعينا أو تعين وكان القاضي محتاجا، وقد صرح فخر الدين في الإيضاح بالتفصيل بين الكفائية التوصلية وغيرها فجوز أخذ الأجرة في الأول.

(١) وأما ما ذكره في المقام بما حاصله: إن الثواب المترتب على الواجب الكفائي يرجع إلى المستأجر.

فيرد عليه: إن ثواب الفعل لو قصد الأجير به القربة لا يعود إلى المستأجر وإنما الذي يحصله المستأجر هو ثواب التسيب إلى فعل الخير الذي هو مترتب على فعل نفسه.

وهو قدس سره بعد نقل كلمات القوم واثبات عدم الإجماع على عدم الجواز كما يظهر لمن راجع كلماته وكلمات القوم يختار جواز أخذ الأجرة على الواجب الكفائي التوصلية.

واستدل له الأستاذ الأعظم: بأن من يجب عليه الفعل في الواجب الكفائي إنما هو عنوان أحد المكلفين، ومن الواضح أن إيقاع الإجارة على مباشرة شخص معين، وأخذ الأجرة على تلك الخصوصية، ليس من قبيل أخذ الأجرة على الواجب فإن ما أخذت عليه الأجرة ليس بواجب، وما هو واجب لم تؤخذ عليه الأجرة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٥٤

قال في شرح عبارة والده في القواعد في الاستتجار على تعليم الفقه ما لفظه:

الحق عندي إن كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف أخذ الأجرة عليه والذي وجب كفاية. فإن كان مما له أوقعه بغير نية لم يصح و لم يزل الوجوب فلا يجوز أخذ الأجرة عليه لأنه عبادة محضة. وقال الله تعالى: (وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ) حصر غرض الأمر في انحصار غاية الفعل في الإخلاص وما يفعل بالعوض لا يكون كذلك، وغير ذلك يجوز أخذ الأجرة عليه إلا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن. انتهى. نعم رده في محكي جامع المقاصد بمخالفة هذا التفصيل لنص الأصحاب.

أقول: لا يخفى إن الفخر أعرف بنص الأصحاب من المحقق الثاني، فهذا والده قدس سره صرح في المختلف بجواز أخذ الأجرة على القضاء إذا لم يتعين وقبله المحقق في الشرائع غير أنه قيد صورة عدم التعيين بالحاجة ولأجل ذلك اختار العلامة الطباطبائي في مصابيح ما اختاره فخر الدين من التفصيل، ومع هذا فمن أين الوثوق على إجماع لم يصرح به إلا المحقق الثاني مع ما طعن به الشهيد الثاني على اجتماعاته بالخصوص في رسالته في صلاة الجمعة.

و يرد عليه أولا: إن المكلف في الواجب الكفائي إنما هو جميع آحاد المكلفين، غاية الأمر يكون التكليف المتوجه إلى كل أحد تكليفا مشروطا بعدم إتيان الآخرين به، وعلى هذا إذا وقعت الإجارة على مباشرة شخص معين مع ترك الآخرين فقد وقعت على الواجب.

وثانيا: إنه لو سلم كون المكلف هو عنوان أحد المكلفين، ولكن لا كلام في أن الفعل الصادر من أحدهم إنما يكون مصداقا للواجب لصدق عنوان أحد المكلفين عليه وإذا كان العمل من أحد المكلفين مملوكا لله تعالى ومسلوب الاحترام والقدرة فعمل الأجير مصداق لما هو مملوك له ومسلوب الاحترام والقدرة. فلا يجوز أخذ الأجرة عليه.

فالأظهر أنه تجري عمدة الوجوه المتقدمة في الواجب الكفائي أيضا، لا سيما إذا تعين على الأجير لعدم اقدام أحد على العمل، أو امتناع

الكل عن العمل مجاناً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٥٥

فالذي ينساق اليه النظر ان مقتضى القاعدة في كل عمل له منفعة محللة مقصودة جواز أخذ الأجرة و جعل عليه و إن كان داخلاً في العنوان الذي اوجبه الله على المكلف، ثم ان صلح ذلك الفعل المقابل بالأجرة لامتنال الإيجاب المذكور أو اسقاطه به أو عنده (١) سقط الوجوب مع استحقاق الأجرة و إن لم يصلح استحقاق الأجرة (٢) و بقي الواجب في ذمته لو بقي وقته و الا عوقب على تركه. و أما مانعياً مجرد الوجوب من صحة المعاوضة على الفعل فلم يثبت على الإطلاق بل اللازم التفصيل فإن كان العمل واجبا عينياً تعيينياً «تعيينياً» لم يجز أخذ الأجرة لأن أخذ الأجرة عليه مع كونه واجبا مقهوراً من قبل الشارع على فعله أكل للمال بالباطل، لأن عمله هذا لا يكون محترماً لأن استيفائه منه

(١) قوله ثم ان صلح ذلك الفعل المقابل بالأجرة لامتنال الإيجاب المذكور او اسقاطه به او عنده سقط الوجوب.

وقع الخلاف بين المحشين في بيان المراد من هذه العبارة لما فيه من القلق و الاضطراب حتى أن السيد الفقيه قال و أما السقوط عنده فلم أفهم المراد منه.

و الذي يخطر بالبال في بيان مراده قدس سره ان الفعل المقابل بالأجرة.

تارة يصلح لامتنال الإيجاب و هو إنما يكون فيما اذا قصد امتثال الامر في إتيان العمل المستأجر عليه مع قصد استحقاق الأجرة بناء على المختار من عدم منافاته للخلوص او بدونه بناء على المنافاة.

و اخرى يصلح لاسقاط الواجب به- و هو ما اذا كان العمل المستأجر عليه توصلياً و اتى به الاجير لا بقصد امتثال الامر فانه يسقط الواجب به و يستحق الأجرة.

و ثالثه يصلح لسقوط الواجب عنده و هو فيما اذا كان الواجب المستأجر عليه توصلياً و قد اوجبه الشارع بعنوان المجانية فاتي به الاجير بقصد الأجرة كدفن الميت اذا اتى به الاجير لا مجاناً بل بقصد أخذ الأجرة و عليه فلا يقع مصداقاً للواجب و لكن مع ذلك يسقط الوجوب لارتفاع الموضوع، و في جميع هذه الصور يستحق الأجرة.

(٢) قوله و إن لم يصلح استحقاق الأجرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٥٦

لا- يتوقف على طيب نفسه لانه يقهر عليه مع عدم طيب النفس و الامتناع، و مما يشهد بما ذكرناه انه لو فرض ان المولى أمر بعض عبيده بفعل لغرض و كان مما يرجع نفعه أو بعض نفعه الى غيره فأخذ العبد العوض من ذلك الغير على ذلك العمل عد أكلاً للمال مجاناً بلا عوض، ثم انه لا ينافي ما ذكرنا حكم الشارع بجواز أخذ الأجرة على العمل، بعد ايقاعه كما اجاز للمولى أخذ أجرة المثل أو مقدار الكفاية لان هذا حكم شرعي لا- من باب المعاوضة، ثم لا فرق فيما ذكرناه بين التعبدى من الواجب و التوصلى مضافاً في التعبدى الى ما تقدم من منافاة أخذ الأجرة على العمل للاخلاص كما نبهنا عليه سابقاً، و تقدم عن الفخر قدس سره و قرره عليه بعض من تأخر عنه، و منه يظهر عدم جواز أخذ الأجرة على المندوب اذا كان عبادةً يعتبر فيها التقرب.

و أما الواجب التخيري فإن كان توصلياً فلا أجد مانعاً عن جواز أخذ الأجرة على أحد فرديه بالخصوص (١) بعد فرض كونه مشتملاً على نفع

هذا فيما اذا كان المستأجر عليه عبادةً و بنينا على منافاة قصد أخذ الأجرة للخلوص فإن الواجب حينئذ لا يسقط وجوبه و مع ذلك يستحق الأجرة لاحترام عمله، و عليه فإن بقي الوقت وجبت الاعادة و إلا عوقب على تركه، هذا ما يرجع الى شرح العبارة.

و لكن الاظهر عدم استحقاق الاجرة فى الصورتين الاخيرتين كما سيظهر وجهه فانظر.

أخذ الاجرة على الواجب التخييري

و أما المورد الثالث: و هو أخذ الاجرة على أحد فردى الواجب التخييري بالخصوص.

(١) ففى المتن فلا أجد مانعا عن جواز أخذ الأجرة.

فقد استدل الاستاذ الاعظم على جوازه: بأن الواجب انما هو عنوان أحد الفردين و متعلق بالإجارة انما هو الإتيان بفرد خاص، فما هو واجب غير ما يؤخذ الاجرة عليه.

وفيه: ان مورد الإجارة ان كان تخصيص الواجب بخصوصية خارجة عن حريم متعلق الوجوب قابلة للانفكاك عن الواجب أو غير قابلة له، كما اذا استأجره

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٥٧

محلل للمستأجر و المفروض انه محترم لا يقهر المكلف عليه (١) فجاز أخذ الاجرة بإزائه، فاذا تعين دفن الميت على شخص و تردد الامر بين حفر أحد موضعين فاختر الولى أحدهما بالخصوص لصلابته أو لغرض آخر فاستأجر ذلك لحفر ذلك الموضع بالخصوص لم يمنع من ذلك كون مطلق الحفر واجبا عليه مقدمة للدفن و إن كان تعديا.

فإن قلنا بكفاية الإخلاص بالقدر المشترك و إن كان إيجاد خصوص بعض الافراد لداع غير الإخلاص فهو كالتوصلى.

و إن قلنا بأن اتحاد وجود القدر المشترك مع الخصوصية مانع عن التفكيك بينهما فى القصد كان حكمه كالتعيينى.

و أما الكفائى فإن كان توصليا أمكن أخذ الاجرة على إتيانه لاجل باذل الاجرة فهو العامل فى الحقيقة، و إن كان تعديا لم يجز الامتثال به و أخذ الاجرة عليه، نعم يجوز النيابة إن كان مما يقبل النيابة لكنه يخرج عن محل الكلام لان محل الكلام أخذ الاجرة على ما هو واجب على الاجير لا على النيابة فيما هو واجب على المستأجر، فافهم.

لان يمثل الامر بالدفن الواجب عليه بتخصيصه بأرض صلبة، أو أن يستأجر الخياط الذى وجب عليه خياطة ثوب زيد، و كان مخيرا فى موضع الخياطة، بأن يخيظ ذلك الثوب فى منزله لتعلق غرض عقلاى به صح ما ذكر، فإن تخصيص الواجب بهذه الخصوصية ليس بواجب.

و أما إن كان مورد الاجارة هو الحصه الخاصه و الفرد الخاص.

و بعبارة اخرى: الواجب المتخصص بالخصوصية، فلا يتم، إذ العمل المستأجر عليه حين وقوعه يقع مصداقا لما هو مملوك لله تعالى، و مسلوب الاحترام و القدرة، و ما يجوز أن يقهر عليه، فعلى فرض كون هذه الامور مانعة عن صحة الاجارة لم تصح فى المقام.

و بما ذكرناه ظهر ما فى استدلال المصنف قدس سره للجواز.

(١) قال إنه محترم لا يقهر المكلف عليه فجاز أخذ الأجرة بإزائه.

نعم لو كان مراده الفرض الاول- كما لعله الظاهر من عبارة المكاسب- تم ما ذكره.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٥٨

ثم إنه قد يفهم من أدله وجوب الشئ كفاية كونه حقا لمخلوق يستحقه على المكلفين (١) فكل من أقدم عليه فقد ادى حق ذلك المخلوق فلا يجوز له أخذ الاجرة منه و لا من غيره ممن وجب عليه ايضا كفاية و لعل من هذا القليل تجهيز الميت و انقاذ الغريق بل و معالجة الطبيب لدفع الهلاك.

(١) قوله كونه حقا لمخلوق يستحقه على المكلفين.

حاصله: انه يفهم من أدلة وجوب بعض الاشياء كونه حقا لمخلوق يستحقه على المكلفين فكل من أقدم عليه فقد أدى حق ذلك المخلوق فلا يجوز أخذ الاجرة عليه.

وفيه: بناء على عدم مانعية الوجوب عن صحة الاجارة- كما هو المختار- أو عدم مانعية الوجوب الكفائي عن صحة الاجارة- كما اختاره المصنف- قدس سره كونه حقا لا يكفي في عدم جواز الاخذ ما لم يثبت كونه حقا مجانيا، ومع ثبوته لا فرق بين كونه حقا للمخلوق و ما لم يكن كذلك.

و بالجملة: المدار على المجانية لا على حقيقته للمخلوق.

أما عدم جواز أخذ الاجرة في الفرض الاول فواضح.

و أما جوازه فيما كان حقا للمخلوق فلما تقدم في المورد الاول في جواب الوجه الرابع من ان ايجاب العمل للغير غير جعل العمل له، و هو لا يوجب مالكية ذلك الغير، فلا يمنع عن أخذ الاجرة فراجع ما ذكرناه.

لا يقال: إن مرجع هذا الجواب الى منع ثبوت حق للمخلوق في العمل، و إن الثابت انما هو حكم ينتفع به ذلك الغير.

فإنه يجاب: إن ذلك تام، و لكن ندعى انه في الموارد التي ادعوا ثبوت حق للمخلوق كتجهيز الميت و تعليم الجاهل لا يستفاد من الأدلة أزيد من ما ذكرناه، و لا يمكن استفادة كون العمل مملوكا و مستحقا له، و لذا احوالوا استفادة ذلك فيها الى لطف قريحة، نعم لو ثبت في مورد ان الشارع الاقدس اعتبر الاستحقاق لا يبعد دعوى ظهوره في كونه بنحو المجانية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٥٩

ثم إن هنا اشكالا مشهورا و هو ان الصناعات التي تتوقف النظام عليها يجب كفاية لوجوب إقامة النظام، بل قد يتعين بعضها على بعض المكلفين عند انحصار المكلف القادر فيه مع ان جواز أخذ الاجرة عليها مما لا كلام لهم فيه (١) و كذا يلزم أن يحرم على الطبيب أخذ الاجرة على الطبابة بوجوبها عليه كفاية أو عينا كالفقاهة و قد تفصي منه بوجوه:

أحدها: الالتزام بخروج ذلك بالاجماع و السيرة القطعيين. (٢)

فما ذكره بعض المحققين من أنه اذا كان اعتبار الاستحقاق تارة بنحو المجانية و اخرى بنحو العوضيه، فمجرد دلالة الدليل على الاستحقاق للعمل لا يجدي في سقوط الاحترام ما لم يدل على ان استحقاق العمل بنحو المجانية، و حيث انه عمل محترم لا دليل على اسقاط احترامه فلعامل مطالبه أجره مثل عمله.

خلاف الظاهر.

و لكن منه يظهر وجه آخر لعدم مانعية ثبوت الحق عن أخذ العوض و هو حسن.

أخذ الاجرة على الواجبات النظامية

(١) هذا هو المورد الرابع: فالظاهر انه لا- خلافا بينهم في جواز أخذ الأجرة على الواجبات النظامية، أى ما وجب لحفظ النظام من الحرف و الصناعات المتوقف عليها النظام.

و حيث إن المنسوب الى أكثر الاصحاب عدم جواز أخذ الاجرة على الواجب جعل ذلك نقضا عليهم.

و هم أجابوا عنه بأجوبة:

و لكن بناء على ما عرفت من جواز أخذ الاجرة على الواجب مطلقا لا مورد لهذا الايراد اصلا.

و كيف كان: فقد أجابوا عنه بأمور:

(٢) الأول: خروج ذلك بالإجماع و السيرة القطعيين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٦٠

الثاني: الالتزام بجواز أخذ الاجرة على الواجبات اذا لم تكن تعبدية (١) و قد حكاها في المصاييح عن جماعة، و هو ظاهر كل من جوز أخذ الاجرة على القضاء بقول مطلق يشمل صورة تعينه عليه كما تقدم حكايته في الشرائع و المختلف عن بعض، و فيه ما تقدم سابقا من أن الاقوى عدم جواز أخذ الاجرة عليه. (٢)

الثالث: ما عن المحقق الثاني من اختصاص جواز الاخذ بصورة قيام من به الكفاية فلا يكون حينئذ واجبا. (٣) و فيه: ان ظاهر العمل و الفتوى جواز الاخذ و لو مع بقاء الوجوب الكفائي بل مع وجوبه عينا للانحصار.

و فيه: ان مستند المنع لم يكن عدم الدليل في مقام الاثبات على الجواز أو الدليل على عدمه، كي يخرج عنه بذلك، بل كان المانع مانعا ثبوتيا، و انه لا يعقل صحة الاجارة مع كون موردها واجبا، فلو قام الدليل على الجواز في مورد لا بد من الالتزام بأحد أمرين على سبيل منع الخلو: كشف ذلك الدليل عن بطلان تلك القاعدة، أو ذلك الدليل و عدم العمل به.

(١) و قد عرفت ان هذا هو الجواب الصحيح و انه يجوز أخذ الأجرة على الواجب و ان الوجوب لا يمنع عن ذلك.

فما أفاده المصنف قدس سره بقوله:

(٢) الأقوى عدم جواز أخذ الأجرة عليه، غير تام.

(٣) الثالث: ما عن المحقق الثاني من اختصاص جواز الأخذ بصورة قيام من به الكفاية، فلا يكون حينئذ واجبا.

و فيه: انه إن أريد بذلك وجود من يقوم به، فمرجع ذلك الى جواز أخذ الاجرة على الواجب الكفائي مطلقا، و قد أنكر ذلك المحقق.

و إن كان المراد قيام الغير به.

فيرد عليه: انه لا خلاف بينهم في جواز أخذ أول من يقوم بالفعل الاجرة على عمله

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٦١

الرابع: ما في مفتاح الكرامة من ان المنع مختص بالواجبات الكفائية المقصودة لذاتها كأحكام الموتى و تعليم الفقه دون ما يجب لغيره، كالصنائع. (١)

و فيه: ان هذا التخصيص إن كان لاختصاص معاهد اجماعاتهم أو عنوانات كلامهم فهو خلاف الموجود منها و إن كان الدليل يقتضى الفرق فلا بد من بيانه.

الخامس: ان المنع عن أخذ الاجرة على الصناعات الواجبة لاقامة النظام، يوجب اختلال النظام لوقوع أكثر الناس في المعصية بتركها أو ترك الشاق منها و الالتزام بالاسهل فانهم لا يرغبون في الصناعات الشاقة أو الدقيقة إلا طمعا في الاجرة و زيادتها على ما يبذل لغيرها من الصناعات، فتسويغ أهل الاجرة عليها لطف في التكليف بإقامة النظام. (٢)

(١) و بعبارة اخرى: ان المنع مختص بالواجبات النفيسة التي وجبت لذاتها، كدفن الميت، دون الواجبات الغيرية كالصناعات التي هي مقدمة لحفظ النظام الواجب.

و فيه اولاً: ان المانع المتوهم انما هو الوجوب من حيث هو وجوب و لا فرق في ذلك بين النفسى و الغيرى.

و ثانياً انه قد حقق في محله ان السبب التوليدى واجب بعين الوجوب المتعلقة بالمسبب لا بوجوب آخر، و فعل الصنائع و الحرف بالنسبة الى ما يترتب عليها من حفظ النظام من هذا القبيل، إذ لا واسطة بين هذه الافعال و حفظ النظام، و انما يحفظ النظام بها.

(٢) و بعبارة اخرى: ان حفظ النظام انما يتوقف على تلك الصناعات و الحرف و هي و ان لم تتوقف على أخذ الاجرة و تجويزه، و لكن بما ان أكثر الناس انما يتصدون للصناعات الشاقة طمعا في الاجرة أو زيادتها، فمع عدم جواز أخذ الاجرة يتركونها أو يختارون الاعمال السهلة دون الشاقة، فلا ينحفظ النظام لاجل العصيان، فقاعدة اللطف تقتضى تسويغ أخذ الاجرة تقريبا للعباد الى امتثال التكاليف النظامية.

و بهذا ظهر مقابلة هذا الوجه للوجه السابع فى المكاسب.

فما أفاده المحقق الايروانى قدس سره من: ان مآل هذا الوجه الى الوجه السابع، غير تام.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٦٢

و فيه: ان المشاهد بالوجدان ان اختيار الناس للصناعات الشاقة و تحملها ناش عن الدواعى الاخر غير زيادة الاجرة (١) مثل عدم قابليته لغير ما يختار أو عدم ميله اليه او عدم كونه شاقا عليه لكونه ممن نشاء فى تحمل المشقة أ لا- ترى ان اغلب الصناعات الشاقة من الكفائيات كالفلاحة و الحرث و الحصاد و شبه ذلك لا تزيد أجرتها على الاعمال السهلة.

السادس: ان الوجوب فى هذه الامور مشروط بالعرض (٢) قال بعض الاساطين بعد ذكر ما يدل على المنع عن أخذ الاجرة على الواجب. اما ما كان واجبا مشروطا، فليس بواجب قبل حصول الشرط فتعلق الاجارة به قبله لا مانع منه و لو كانت هى الشرط فى وجوبه فكل ما وجب كفاية من حرف و صناعات لم تجب الا- بشرط العرض باجارة أو جعله أو نحوهما، فلا- فرق بين وجوبها العيني للانحصار و وجوبها الكفائى لتأخر الوجوب عنه و عدمه قبلها كما ان بذل الطعام و الشراب للمضطر ان بقى على الكفاية أو تعيين يستحق فيه أخذ العوض على الاصح لان وجوبه مشروط بخلاف ما وجب مطلقا بالاصالة كالفنقات أو بالعارض كالمندور و نحوه، انتهى كلامه قدس سره.

و فيه: ان وجوب الصناعات ليس مشروطا ببذل العوض، لانه لاقامة النظام التى هى من الواجبات المطلقة فإن الطباية و الفصد و الحجامة و غيرها مما يتوقف عليه بقاء الحياة فى بعض الاوقات واجبة بذل له العوض أم لم يبذل.

(١) أورد عليه المصنف قدس سره بأن المشاهد بالوجدان أن اختيار الناس للصناعات الشاقة ليس ناشئا عن زيادة الاجرة بل عن دواعى اخرى، و ظاهره تسليم هذا الوجه على هذا التقدير.

و فيه: ان ما اقتضته قاعدة اللطف فى جميع التكاليف من جعل الثواب على الموافقة و العقاب على المخالفة كاف فى التقريب الى الامتثال هنا و لا حاجة الى شىء آخر.

(٢) حاصله: ان وجوب تلك الصناعات ليس مطلقا بل هو مشروط بالعوض، فلا يعقل أن يكون أخذ العوض منافيا له.

و فيه: انه إن أريد بذلك كون أخذ العوض شرطا للوجوب بمعنى انه لا وجوب لها قبل الايجار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٦٣

السابع: ان وجوب الصناعات المذكورة لم يثبت من حيث ذاتها، و انما ثبت من حيث الامر بإقامة النظام (١) و إقامة النظام غير متوقفة على العمل تبرعا بل تحصل به و بالعمل بالاجرة فالذى يجب على الطبيب لاجل إحياء النفس و إقامة النظام هو بذل نفسه للعمل لا بشرط التبرع به بل له أن يتبرع به و له ان يطلب الاجرة، و حينئذ فإن بذل المريض الاجرة وجب عليه العلاج و إن لم يبذل الاجرة و المفروض أدا ترك العلاج الى الهلاك اجبره الحاكم حسبة على بذل الاجرة فيستحق الاجرة فى ماله و إن لم يكن له مال. ففى ذمته فيؤدى فى حياته أو بعد مماته من الزكاة أو غيرها.

و بالجملة فما كان من الواجبات الكفائية ثبت من دليله وجوب نفس ذلك العنوان، فلا يجوز أخذ الاجرة عليه بناء على المشهور. و أما ما أمر به من باب اقامة النظام فاقامة النظام تحصل ببذل النفس للعمل به فى الجملة. و أما العمل تبرعا فلا، و حينئذ فيجوز طلب

الاجرة من المعمول له اذا كان أهلا للطلب منه، و قصدها اذا لم يكن ممن يطلب منه كالفائب الذى يعمل فيما له عمل لدفع الهلاك عنه، و كالمريض المغمى عليه و فيه انه اذا فرض وجوب احياء النفس وجب العلاج لكونه مقدمة له فأخذ الاجرة عليه غير جائز فالتحقيق على ما ذكرنا سابقا ان الواجب اذا كان عينيا تعيينيا لم يجز أخذ الاجرة عليه و لو كان من الصناعات فلا يجوز للطبيب أخذ الاجرة على بيان الدواء او تشخيص الداء.

فيرد عليه: ان لازمه عدم الوجوب قبل الايجار و قبل ان يبذل الباذل العوض و لازم ذلك عدم انحفاظ النظام و إن أريد به كونه شرط الواجب كما يظهر من تمثله ببذل الطعام و الشراب للمضطر.

فيرد عليه: اولاً: انه لا ريب فى عدم وجوب أخذ العوض، إذ لا كلام فى انه يجوز العمل مجاناً.

و ثانياً: ان العمل حينئذ يصير واجبا، غاية الامر بالوجوب الضمنى، و لم يفرق المشهور بين الواجب الضمنى و الاستقلالى فى عدم جواز أخذ الاجرة عليه.

(١) محصله: ان وجوب تلك الصناعات ليس لأجل ذاتها، بل لأجل اقامة النظام و هى لا تتوقف على العمل تبرعا بل تحصل به و بالعمل بالاجرة فالواجب

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٦٤

و أما أخذ الوصى الاجرة على تولى أموال الطفل الموصى عليه الشامل بإطلاقه لصورة تعيين العمل عليه (١) فهو من جهة الاجماع و النصوص المستفيضة على ان له ان يأخذ شيئا (٢) و انما وقع الخلاف فى تعيينه فذهب

هو العمل لا بشرط من المجانية و أخذ العوض.

و فيه: ان مقتضى هذا الوجه جواز أخذ الاجرة على جميع الواجبات سوى ما وجب مجاناً، و بعبارة اخرى: ان المانع المتوهم لم يكن ظهور الادلة فى المجانية، بل كان هو التنافى بين صفة الوجوب و أخذ العوض، فلا يعقل على هذا جعل الوجوب على شىء مشروطا بالعوض، و لا مطلقا بالنسبة اليه.

الثامن: ان هذه الصناعات انما تجب لحفظ النظام، و هو إنما يتوقف على التكسب بها فايجابها تبرعا نقض للغرض.

و فيه: ان من المشاهد بالوجدان استقامة النظام لو أتى بها تبرعا، فالصغرى ممنوعة.

التاسع: ما أفاده المحقق النائنى قدس سره و هو: ان الواجب على الاجير هو بذل عمله، أى تعلق التكليف أو الوضع بالمعنى المصدرى لا بنتيجة عمله التى هى المعنى لاسم المصدر، فإن الطبيب و ان وجب عليه الطبابة عينا إلا انه مالك لعمله، و الاجرة تقع بإزاء العمل الذى هو مناط مالية المال لا بإزاء قوله من حيث الاصدار و بالجملة: متعلق الوجوب فى الواجبات النظامية هو العمل بالمعنى المصدرى، و عليه فلا مانع من أخذ الاجرة على نتيجة العمل.

و فيه: ان الفعل من حيث المعنى المصدرى عين الفعل من حيث اسم المصدر، و الفرق بينهما اعتبارى كما حقق فى محله، و عليه فالواجب بعينه هو العمل المستأجر عليه.

(١) المصنف قدس سره بعد بنائه على عدم جواز أخذ الاجرة على الواجب العينى التعيينى أورد على نفسه بنقوض ثلاثة:

الاول: جواز أخذ الوصى الاجرة على عمله حتى مع وجوب العمل عليه عينا.

و أجاب عنه بوجهين:

احدهما: ما أفاده سابقا: و هو: ان هذا حكم شرعى لا من باب المعاوضة.

(٢) ثانيهما: ما أفاده فى المقام: و هو: انه من جهة الإجماع و النصوص

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٦٥

جماعة الى ان له أجره المثل حملا- للاخبار على ذلك، و لانه اذا فرض احترام عمله بالنص و الاجماع فلا بد من كون العوض أجره المثل.

و بالجملة فملاحظة النصوص و الفتاوى فى تلك المسألة يرشد الى خروجها عما نحن فيه و أما باذل المال للمضطر (١) فهو إنما يرجع بعوض المبدول لا بأجره البذل (٢) فلا يرد نقضا فى المسألة.

المستفيضة الدالة على ان للوصى ان يأخذ شيئا، المحمول على أجره المثل فتوى و نصا، بملاحظة احترام عمله. و فى كلا الوجهين نظر:

أما الاول: فمضافا الى مناقضته للوجه الثانى: إذ لو لم يكن عوضا بل كان حكما تعديدا لما كان العمل محترما فى نظر الشارع كى يحمل ذلك على أجره المثل.

انه ينافى مع صحيح هشام بن الحكم قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه؟ فقال عليه السلام: ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الاجر لهم فليأكل بقدر ذلك «١». فإن ظاهره كون ما يأخذه الوصى عوضا عن عمله.

و أما الثانى: فلانه إذا كان أخذ العوض على الواجب مناقضا لوجوبه عقلا و لا يجتمعان فلا بد من توجيه تلك النصوص و الفتاوى.

فالصحيح أن يقال: إنه بناء على عدم جواز أخذ الاجرة على الواجب- كما هو المفروض فى هذه النقوض- تحمل النصوص على ان الشارع الاقدس ولاية اعتبر كون الصغير مستحقا لعمل الوصى بعوض، فكأنه عامل الطرفان على ذلك، فلا يكون من قبيل أخذ العوض على الواجب، بل ايجاب العمل نشأ من استحقاق الصغير له، فهو من قبيل وجوب أداء ما يستحقه الغير.

(١) النقص الثانى: انه يجب بذل المال للمضطر، مع انه لا كلام فى لزوم العوض عليه، و اجاب عنه.

(٢) بأن العوض انما هو للمبدول، و الواجب هو البذل، فما هو الواجب غير ما جعل العوض له.

(١) الوسائل، باب ٧٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٦٦

و أما رجوع الامم المرضعة بعوض ارضاع اللباء مع وجوبه عليها (١) بناء على توقف حياة الولد عليه، فهو إما من قبيل بذل المال للمضطر (٢) و أما من قبيل رجوع الوصى بأجره المثل من جهة عموم آية: (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فافهم. (٣)

و أورد عليه السيد الفقيه: بأنه فى المقام ايضا يرجع بعوض المبدول الذى هو العمل، و الواجب انما هو بذل العمل، فما هو الواجب شىء، و ما يؤخذ عوضه شىء آخر.

يرد على السيد قدس سره: ان بذل العمل ليس الا ايجاده، و قد حقق فى محله ان الايجاد و الوجود متحدان ذاتا و متغايران بالاعتبار، فالعمل عين بذله و ايجاده لا شىء فى مقابله، و هذا بخلاف بذل الاعيان فإنه غير المبدول.

و يرد على المصنف قدس سره: ان ملاك عدم جواز أخذ الاجرة على الواجب عند المصنف قدس سره هو سقوط احترامه، و ان استيفائه منه لا- يتوقف على طيب نفسه، و هذا الملاك بعينه موجود فى المبدول ايضا، إذ الواجب و إن كان بذله الا ان لازمه عدم دخل طيب نفسه فى التصرف فى المبدول و اتلافه الذى هو الملاك فى سلب الاحترام عنده، و المفروض ان المال الذى لا احترام له لا يجوز أخذ العوض عليه، فلا مناص عن الالتزام بعدم جواز أخذ العوض إذا وجب البذل عينا على هذا المسلك. لكنك عرفت فساد المبنى.

(١) النقص الثالث: انه يجب على الأم المرضعة ارضاع اللبن بناء على توقف الحياة عليه، مع انه يجوز أخذ العوض عليه.

و أجاب عنه بجوابين:

(٢) أحدهما: ما ذكره في الجواب عن النقض الأول.

(٣) الثاني: ما أجاب به عن النقض الثاني، وقد عرفت ما في كليهما.

ولما كانت هذه الوجوه، غير تامة عند المصنف قدس سره فقد قيد عدم جواز أخذ الاجرة على الواجب النظامي بما اذا كان وجوبه عينيا تعينيا و حيث توجه الى ان الاصحاب ملتزمون بجواز أخذها حتى في هذه الصورة- كما اذا تعينت الطبابة على طبيب- فلذا تصدى للجواب عنه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٦٧

و إن كان كفاثيا جاز الاستيجار عليه فيسقط الواجب بفعل المستأجر عليه عنه، و عن غيره و إن لم يحصل الامتثال و من هذا الباب أخذ الطبيب الاجرة على حضوره عند المريض (١) اذا تعين عليه علاجه، فان العلاج و إن كان معينا عليه الا- ان الجمع بينه و بين المريض مقدمة للعلاج واجب كفاثي بينه و بين أولياء المريض فحضوره أداء للواجب الكفاثي كاحضار الاولياء الا انه لا بأس بأخذ الاجرة عليه، نعم يستثنى من الواجب الكفاثي ما علم من دليله صيرورة ذلك العمل حقا للغير (٢) يستحقه من المكلف كما قد يدعى ان الظاهر من أدلة وجوب تجهيز الميت ان للميت حقا على الاحياء في التجهيز فكل من فعل شيئا منه في الخارج فقد ادى حق الميت فلا يجوز أخذ الاجرة عليه، و كذا تعليم الجاهل أحكام عباداته الواجبة عليه و ما يحتاج اليه كصيغة النكاح و نحوها لكن تعيين هذا يحتاج الى لطف قريحه. هذا تمام الكلام في أخذ الاجرة على الواجب.

و أما الحرام فقد عرفت عدم جواز أخذ الاجرة عليه.

(١) بأن أخذ العوض انما يكون لمقدمه هذا الواجب التي هي واجبة بالوجوب الكفاثي، إذ الطبابة مثلا انما تتوقف على الجمع بين الطبيب و المريض، و هو كما يكون بحضور الطبيب عند المريض، كذلك يكون باحضار الاولياء المريض عند الطبيب.

و يرد عليه: قدس سره ان الطبابة بمعنى اعلام الدواء واجبة على الطبيب، و مقدمة هذا الواجب التي يعقل ان تصير واجبة بالوجوب المقدمي انما هي ما يكون فعل الطبيب نفسه، و لا يعقل أن يجب الاحضار بالوجوب المقدمي المترشح من وجوب الطبابة المتوجه الى الطبيب كما لا يخفى، فالحضور ايضا واجب عيني لا يجوز أخذ العوض عليه، مع ان لازم هذا الوجه هو عدم جواز أخذ العوض في صورة الاحضار، و بناء المشهور على الجواز في هذه الصورة ايضا.

(٢) تقدم الكلام في ذلك مفصلا و عرفت عدم تماميته فلا نعيد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٦٨

و أما المكروه و المباح فلا- اشكال في جواز أخذ الاجرة عليهما. و أما المستحب و المراد منه ما كان له نفع قابل لان يرجع الى المستأجر ليصح الاجارة من هذه الجهة فهو بوصف كونه مستحبا على المكلف لا يجوز أخذ الاجرة عليه لان الموجود من هذا الفعل في الخارج لا يتصف بالاستحباب الا مع الاخلاص الذي ينافيه اتيان الفعل لاستحقاق المستأجر اياه كما تقدم في الواجب، و حينئذ فإن كان حصول النفع المذكور منه متوقفا على نية القربة لم يجز أخذ الاجرة عليه (١) كما اذا استأجر من يعيد صلاته ندبا ليقتمدى به لان المفروض بعد الاجارة عدم تحقق الاخلاص و المفروض مع عدم تحقق الاخلاص عدم حصول نفع منه عائد الى المستأجر و ما يخرج بالاجارة عن قابلية انتفاع المستأجر به لم يجز الاستئجار عليه، و من هذا القبيل الاستئجار على العبادة لله تعالى أصالة لا نيابة و اهداء ثوابها الى المستأجر، فان ثبوت الثواب للعامل موقوف على قصد الاخلاص المنفي مع الاجارة و إن كان حصول النفع غير متوقف على الاخلاص جاز الاستئجار عليه (٢) كبناء المساجد و اعانة المحاويج، فان من بنى لغيره مسجدا عاد الى الغير نفع بناء

المسجد و هو ثوابه و إن لم يقصد البناء من عمله الا أخذ الاجرة و كذا من استأجر غيره لإعانة المحاويع و المشى فى حوائجهم، فان الماشى لا يقصد الا الاجرة الا ان نفع المشى عائد الى المستأجر.

أخذ الاجرة على المستحب

إشارة

هذا تمام الكلام فى أخذ الاجرة على الواجب، و به يظهر حال أخذ الاجرة على المستحب، و انه لا إشكال فيه بوجه. و لكن المصنف قدس سره فصل فى أخذ الاجرة عليه بين أن تكون فائدة ذلك العمل - التى هى ملاك صحة الاجارة - مترتبة عليه اذا اتى به مع قصد الاخلاص كالصلاة المعادة التى نفعها جواز الاقتداء به، المتوقف على تحقق الاخلاص. (١) فاختر عدم جواز أخذ الأجرة و بين ما لم تكن الفائدة كذلك، بل كانت مترتبة على العمل و إن لم يتحقق الاخلاص كبناء المساجد و نحوه.

(٢) فاختر الجواز، و حيث ان مبنى هذا التفصيل منافاة صفة العبادية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٦٩

و من هذا القبيل استتجار الشخص للنيابة عنه فى العبادات (١) التى تقبل النيابة كالحج و الزيارة و نحوهما، فان نيابة الشخص عن غيره فيما ذكر و إن كان مستحبا الا ان ترتب الثواب للمنوب عنه و حصول هذا النفع له لا يتوقف على قصد النائب الاخلاص فى نيابته بل متى جعل نفسه بمنزلة الغير و عمل العمل بقصد التقرب الذى هو تقرب المنوب عنه بعد فرض النيابة انتفع المنوب عنه سواء فعل النائب هذه النيابة بقصد الاخلاص فى امثال أوامر النيابة عن المؤمن أم لم يلتفت إليها اصلا، و لم يعلم بوجودها فضلا عن أن يقصد امتثالها، ألا ترى أن أكثر العوام

للاجارة، و قد اشبعنا الكلام فى ذلك و عرفت ان الاتيان بقصد استحقاق الاجرة لا ينافى الاخلاص فلا مورد لهذا التفصيل. فالظاهر هو جواز أخذ الاجرة على المستحب مطلقا كما هو المشهور بين الاصحاب. و أما ما أفاده فى وجه بطلان الاجارة من انه يعتبر فى الاجارة أن يكون للعمل المستأجر عليه نفع عائد الى المستأجر. فقد تقدم الكلام فيه فى اول هذا المبحث.

حقيقة النيابة فى العبادات

(١) قوله و من هذا القبيل استتجار الشخص للنيابة عنه فى العبادات.

المقام الثالث: فيما يتعلق بالنيابة فى العبادات، و ما أورد عليها من الايرادات التى ذكرت مانعة عن أخذ الاجرة على العمل العبادى النيابة. و تلك الايرادات ثلاثة:

الاول: ما تقدم من الاشكال فى أخذ الاجرة على التعبديات غير النيابية من منافاة أخذ الاجرة للاخلاص المعتبر فى العبادة.

الثانى: ان النائب لا أمر له الا بالنيابة، و هو مضافا الى كونه توصليا لو قصد به التقرب كان ذلك تقربا له بالنسبة الى أمر نفسه لا بالأمر المتوجه الى المنوب عنه المتعلق بالعبادة.

الثالث: ما نسب الى المحقق الخراسانى قدس سره و هو: أن تقرب النائب يوجب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٠

الذين يعملون الخيرات لأمواتهم لا يعلمون ثبوت الثواب لأنفسهم في هذه النيابة، بل يتخيل (يتخيلون) النيابة مجرد احسان الى الميت لا يعود نفع منه الى نفسه، و التقرب الذى يقصده النائب بعد جعل نفسه نائبا هو تقرب المنوب عنه لا تقرب النائب، فيجوز أن ينوب لاجل مجرد استحقاق الاجرة عن فلان بأن ينزل نفسه منزله في اتيان الفعل قربة الى الله، ثم اذا عرض هذه النيابة الوجوب بسبب الاجارة فالاجير غير متقرب في نيابته لان الفرض عدم علمه احيانا بكون النيابة راجحة شرعا يحصل بها التقرب، لكنه متقرب بعد جعل نفسه نائبا عن غيره فهو متقرب بوصف كونه بدلا و نائبا عن الغير فالتقرب يحصل للغير.

فإن قلت الموجود في الخارج من الاجير ليس الا الصلاة عن الميت مثلا و هذا متعلق الاجارة و النيابة، فإن لم يمكن الاخلاص في متعلق الاجارة لم يترتب على تلك الصلاة نفع للميت، و إن أمكن الاخلاص لم يناف لأخذ الاجرة كما ادعت و ليست النيابة عن الميت في الصلاة المتقرب بها الى الله تعالى شيئا، و نفس الصلاة شيئا آخر حتى يكون الاول متعلقا للاجارة، و الثانى: موردا للاخلاص قلت: القرية المانع اعتبارها من تعلق الاجارة هي المعتبرة في نفس متعلق الاجارة، و إن اتحد خارجا مع ما يعتبر فيه القرية مما لا يكون متعلقا للاجارة فالصلاة الموجودة في الخارج على جهة النيابة فعل للنائب من حيث انها نيابة عن الغير، و بهذا الاعتبار ينقسم في حقه الى المباح و الراجح و المرجوح و فعل للمنوب عنه، بعد نيابة النائب يعنى تنزيل نفسه منزلة المنوب عنه في هذه الافعال .» (١)

حصول القرب لنفسه لا للمنوب عنه، اذ القرب المعنوى كالقرب الحسى، فالتقرب المعتبر في العمل العبادى النيابى غير قابل للنيابة. أما الايراد الاول فقد أجابوا عنه بأجوبة كلها مبتنية على تسليم منافاة أخذ الاجرة للاخلاص و حيث عرفت عدم منافاته له فلا مورد لهذا الايراد اصلا.

(١) أحدها: ما فهمه الأستاذ الأعظم و غيره من كلام المصنف قدس سره في

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧١

و بهذا الاعتبار يترتب عليه الآثار الدنيوية و الاخروية لفعل المنوب عنه الذى لم يشترط فيه المباشرة و الاجارة تتعلق به بالاعتبار الاول: و التقرب بالاعتبار الثانى (١) فالموجود في ضمن الصلاة الخارجية فعلا نيابة صادرة عن الاجير النائب، فيقال: نائب عن فلان، و فعل كأنه صادر عن المنوب عنه فيمكن أن يقال على سبيل المجاز صلى فلان، و لا يمكن أن يقال ناب فلان فكما جاز اختلاف هذين الفعلين في الآثار فلا- ينافى اعتبار القرية في الثانى جواز الاستئجار على الاول الذى لا يعتبر فيه القرية، و قد ظهر مما قررناه وجه ما اشتهر بين المتأخرين فتوى و عملا من جواز الاستئجار على العبادات للميت و ان الاستشكال

المقام، و هو: ان للنائب فعلين:

أحدهما: فعل جانحي قلبى، و هو جعل نفسه بدلا عن المنوب عنه في الاتيان بتكاليفه و تنزيل نفسه منزله، و هذه هي حقيقة النيابة و الامر المتعلق بها أمر غير عبادى و الاجرة انما تجعل في مقابل هذا الفعل.

ثانيهما: ما هو فعل جارحي، و هو ذات العمل كالصلاة و الحج، و الامر المتعلق به أمر تعبدى، و لم تجعل الاجرة بإزائه، و لكل من الفعلين غاية مرتبة عليه، فلا تنافى بين كون النيابة بقصد أخذ الاجرة و ذات العبادة بداعى الاخلاص، و هذا الوجه هو الذى ذكره المصنف قدس سره في كتاب القضاء.

و فيه: انه اذا كانت الاجرة بإزاء النيابة نفسها لزم استحقاقها بمجرد ذلك التنزيل القلبى و إن لم يأت بالمنوب فيه، و هو بديهى البطلان، و إن كانت بإزاء نفس العمل عاد المحذور.

(١) ثانيها: ما هو المستفاد من عبارة المكاسب في المقام و عبارة الفرائد في مبحث أصالة الصحة، و حاصله: ان العبادة النيابية كالصلاة اذا تحققت في الخارج كان لها اعتباران، و باعتبار هي فعل النائب، و لذا يجب عليه مراعاة الاجزاء و الشرائط، و باعتبار هي فعل المنوب عنه، و لذا يراعى فيها القصر و الاتمام، و هي بالاعتبار الاول لا يجب التقرب فيها كي يمنع عن أخذ الاجرة و بالاعتبار الثاني منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٢

في ذلك بمنافاة ذلك لاعتبار التقرب فيها ممكن الدفع خصوصا بملاحظة ما ورد من الاستئجار للحج و دعوى خروجه بالنص فاسدة لان مرجعها الى عدم اعتبار القربة في الحج و اضعف منها دعوى ان الاستئجار على المقدمات كما لا يخفى مع ان ظاهر ما ورد في استئجار مولانا الصادق عليه السلام للحج عن ولده اسماعيل كون الاجارة على نفس الافعال.

عبادة لا يؤخذ عليها الاجرة، فلا مانع من وقوعها قربة محضة عن المنوب عنه. و بالجملة: العبادة النيابية فعل لشخصين اعتبارا، و هي بأحد الاعتبارين قربة و بالاعتبار الآخر غير قربة، و الاجرة انما تكون بازائها بالاعتبار الثاني.

وفيه: انه بما ان الفعل الخارجى واحد حقيقة، و هو منسوب الى النائب بالذات، و الى المنوب عنه بالعرض، و المحرك و الداعى نحو هذا الفعل أمران على الفرض: امتثال الامر المتعلق به، و استحقاق الاجرة، فعلى فرض كون ذلك مانعا عن الخلوص لم يتمحض الفعل في الاخلاص. و بعبارة اخرى: ما هو منسوب الى النائب بالذات بعينه منسوب الى المنوب عنه بالعرض، فلا يعقل أن يكون الداعى لكل منهما غير الداعى الى الآخر.

و بالجملة: الموجود الخارجى واحد، و الداعى انما يدعو الى ذلك، فاذا كان الداعى متعددا لزم عدم تمحضه في الاخلاص. ثالثها: ما حكاه المصنف قدس سره في كتاب القضاء عن غيره، و حاصله: ان النية مشتملة على قيدتين: أحدهما: كون الفعل خالصا لله، ثانيهما: كونه عن الغير بأجرة او غيرها و ما يؤخذ عليه الاجر انما هو القيد الثانى اعنى النيابة عن المنوب عنه بمعنى أنه مستأجر على النيابة، و قيد القربة على حاله لا تعلق للاجارة به الا من حيث كونه قيدا للعمل المستأجر عليه. و بالجملة: ما يؤخذ عليه الاجر انما هو القيد الثانى دون المقيد بقصد القربة أو نفس امتثال الامر. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٣

...

وفيه: ان هذا الوجه مع دقته يوجب رفع الاشكال من حيث التشريك في الداعى خاصة، و أما محذور عدم تمحض الخلوص طولاً فهو يبقى على حاله، إذ الصلاة عن قصد القربة انما يؤتى بها لاجل الاجرة فلا اخلاص طولاً، و المفروض في هذا المقام لزومه. رابعها: ان عنوان النيابة يلحق الفعل المنوب فيه، و به يصير متعلقاً للاجارة و هو كون العمل عن فلان، فالعمل من حيث ذاته عبادة، و من حيث وصفه - أى تقيده بكونه عن الغير - معاملته محضة يؤخذ عليه الأجرة. و فيه: انه من حيث كون الفعل واحدا حقيقة و خارجا فالداعيان المفروضان إما أن يكونا محركين نحوه في عرض واحد فيلزم عدم الخلوص عرضاً، أو يكون أخذ الاجرة في طول الداعى القربى فيلزم عدم تمحض الخلوص طولاً. فتحصل: انه على فرض منافاة أخذ الاجرة للعبادية لا يمكن تصحيح العبادات النيابية بوجه.

و أما الايراد الثانى فقد أجاب عنه المحقق اليزدى في درره بما حاصله: ان مباشرة الفاعل تارة: تكون دخيلة في حصول الغرض المترتب على الفعل، فلا يسقط الامر بفعل الغير و إن لم يكن العمل عبادياً، و اخرى: لا تكون دخيلة فيه، فلا مانع من صيرورة الأمر

المتعلق به محركا للغير لإيجاد ذلك الفعل مراعاة لصديقه و استخلافه من المحذورات المترتبة على ذلك الامر من العقاب و البعد عن ساحة المولى.

و الظاهر ان الى هذا نظر المحقق النائيني قدس سره حيث قال: إن الامر الاجارى تعلق بإتيان العبادة بداعى الامر المتوجه الى المنوب عنه.

و فيه: انه اذا كان الغرض مترتبا على فعل كل واحد منهما بما هو لزم كون الامر متوجها اليهما، غاية الامر بما ان الغرض واحد و يحصل بفعل كل منهما، يكون الوجوب كفائيا، فيخرج عما هو محل الكلام، و إن كان مترتبا على فعل المنوب عنه خاصة، غاية الامر أعم من المباشري و التسبيبي، و ما بالذات و ما بالعرض.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٤

...

فمثله لا يصلح الا لتوجه الامر الى المنوب عنه المحرك نحو الفعل أعم من المباشرة و التسبيب، و لكن هذا الامر لا يعقل أن يكون محركا للنائب نحو الفعل، إذ التكليف غير المتوجه اليه كيف يحركه، نعم اذا كان الغرض يحصل بفعله و كان الواجب توصليا لزم سقوط التكليف بفعله لحصول الغرض لا للامتنال.

و بالجملة: الامر المتعلق به لا يعقل محركيته نحو عمل غيره الصادر باختياره و ارادته.

و ربما يجاب عنه كما عن بعض المحققين: بأن النيابة من الاعتبارات العقلانية لها آثار عند العقلاء، فاذا امضاها الشارع الاقدس لزم ترتب تلك الآثار عليها، فاذا كان المنوب فيه من العبادات كان مقتضى امضاء النيابة توجه التكليف المتوجه الى المنوب عنه الى النائب ايضا.

و فيه: انه إن أريد بذلك توجه ذلك التكليف اليه فهو غير معقول، إذ الفرد المشخص كيف يمكن توسعته؟ و إن أريد انتسابه اليه بالعرض، فيرد عليه: ان البعث العرضي لا يجدى فى الانبعاث الحقيقى،.

و إن أريد توجه تكليف آخر الى النائب فهو يحتاج الى دليل.

و الصحيح فى الجواب عن هذا الايراد أن يقال: إنه دلت النصوص المستفيضة على توجه أمر استجابي الى جميع الناس فى النيابة عن الميت و الحى فى بعض الموارد، و هو أمر عبادى نظير الامر المتوجه الى المنوب عنه، و هو متعلق بالفعل المعنون بعنوان النيابة عن الغير، و عليه فالنائب انما يأتى بالعبادة بداعى الامر المتوجه الى نفسه لا بالأمر العبادى المتوجه الى المنوب عنه.

و أما الايراد الثالث و حاصله: ان التقرب المعنوى كالتقرب الحسى لا يقبل النيابة، إذ لا يعقل تقرب النائب و حصول القرب للمنوب عنه، و ما لم ينتسب الى المنوب عنه عمل قربي لم تفرغ ذمته عن العمل القربى المكلف به، و لهذا الايراد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٥

ثم اعلم أنه كما لا يستحق الغير بالاجارة ما وجب على المكلف على وجه العبادة كذلك، لا يؤتى على وجه العبادة لنفسه ما استحقه الغير منه بالاجارة. (١)

الترم بعض بأن باب النيابة باب إهداء الثواب.

و الترم المحقق الخراسانى قدس سره على ما نسب اليه بعدم لزوم قصد التقرب على النائب و إن رضا المنوب عنه بما نسب اليه كاف فى مقربية العمل له.

و لكن بما ان باب النيابة ممتاز عن باب اهداء الثواب، و حديث كفاية رضا المنوب عنه فى مقربية العمل له لا يجدى بالنسبة الى

الميت، فلا بد من جواب آخر.

و الحق في هذا المقام أن يقال: إن سقوط التكليف عن المنوب عنه إنما هو لحصول الغرض من اتيان النائب بذلك العمل نيابة عنه الذي عرفت أنه مأمور به بالأمر الاستجابي وقصد النائب التقرب إنما يكون لاجل الأمر المتوجه إلى النائب نفسه، وحصول القرب المعنوي بالمعنى الملازم لفراغ الذمة عن التكليف إنما يكون لاجل فراغ ذمة المنوب عنها، وبالمعنى الآخر لا تتعقله، وإعطاء الثواب إنما هو باختيار الله تعالى فقد وعد على إعطائه بالمنوب عنه لو أتى النائب بالعمل نيابة عنه.

(١) قوله: ثم أعلم أنه كما لا يستحق الغير بالإجارة ما وجب على المكلف.

الظاهر تمامية ما أفاده قدس سره بناء على منافاة أخذ الاجرة للعبادية، إذ كما أن لازم تلك عدم صحة الاجارة على العبادة كما تقدم، كذلك. لازمها عدم وقوع ما يؤتى به لاستحقاق الغير بالاجارة على وجه العبادة لنفسه لفرض عدم اجتماع الخلوص مع الاتيان بداعي استحقاق الغير بالاجارة.

فلا يرد عليه ما أورده السيد الفقيه قدس سره من: أن عمدة المنع في المسألة السابقة إنما هي عدم إمكان الخلوص في التبعديات و لزوم كون الأكل بالباطل و اللغوئية و السفهية في غيرها و في المقام لا يجري شيء من الوجهين.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٦

فلو استؤجر لإطافة صبي أو مغمى عليه فلا يجوز الاحتساب في طواف نفسه (١) كما صرح به في المختلف.

و اضعف من ذلك استدلال المحقق التقي لما أفاده المصنف قدس سره بأن أكل المال بإزاء هذا الفرد الواجب أكل له بالباطل، إذ المدعى ليس عدم استحقاق الاجرة، بل عدم وقوعه عبادة عن نفسه.

الطواف المستأجر عليه لا يحتسب عن نفسه

(١) قوله: فلو استؤجر لإطافة صبي أو مغمى عليه فلا يجوز الاحتساب في طواف نفسه.

محصل القول في هذا الفرع: أنه إن قلنا: بأن في إطافة الصبي غير المميز و المغمى عليه يكون الطواف هو فعل المحمول و الحامل ليس الا كالدابة، فحكم هذا الفرع حكم الفرع الآتي، و ستعرف تنقيح القول فيه.

و إن قلنا: بأن الطواف من فعل الحامل و هو الطائف حقيقة فقد يقال: بأن المثال داخل في الكبرى الكلية المتقدمة، لأن هذا الطواف الشخصي وقع مصب الاجارة فلا يصح أن يؤتى به على وجه العبادية لنفسه.

و لعله إلى هذا نظر العلامة قدس سره حيث عنون الفرع الآتي و استدلل له بوجه آخر.

و لكن يرد عليه: أن طواف كل شخص هي الحركة القائمة به حول البيت، و إنما يقال بأن الحامل طائف من جهة أن تلك الحركة توجد بفعله و يعتبر في صحته ما يعتبر في طواف نفسه، و عليه فحيث أنه في الاطافة تكون حركتان قائمتان بالحامل و المحمول، فلا محالة يكون لهما ايجادان لاتحاد الايجاد و الوجود ذاتا، فلا مانع من كون أحدهما مورد الاجارة و الآخر مأمورا به بالأمر العبادي الايجابي، و لا يلزم اتحاد مورد الاجارة مع مورد ذلك الأمر كي يلزم المحذور المتقدم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٧

بل كذلك لو استؤجر لحمل غيره في الطواف (١) كما صرح به جماعة تبعاً للاسكافي لأن المستأجر يستحق الحركة المخصوصة عليه، لكن ظاهر جماعة جواز الاحتساب في هذه الصورة لأن استحقاق الحمل غير استحقاق الاطافة به كما لو استؤجر لحمل متاع و في المسألة أقوال، قال في الشرائع و لو حمله حامل في الطواف أمكن أن يحتسب كل منهما طوافه عن نفسه (٢) انتهى.

و قال في المسالك هذا إذا كان الحامل متبرعا أو حاملا بجعالة أو كان مستأجرا للحمل في طوافه، أما لو استؤجر للحمل مطلقا لم

يحتسب للحامل لان الحركة المخصوصة قد صارت مستحقة عليه لغيره فلا يجوز صرفها الى نفسه، و في المسألة أقوال هذا أجودها انتهى. و اشار بالاقوال الى القول بجواز الاحتساب مطلقا كما هو ظاهر الشرائع و ظاهر القواعد على اشكال، و القول الآخر ما في الدروس من انه يحتسب لكل من الحامل و المحمول ما لم يستأجره للحمل لا في طوافه، انتهى.

و الثالث: ما ذكره في المسالك من التفصيل.

و الرابع: ما ذكره بعض محشى الشرائع من استثناء صورة الاستئجار على الحمل.

و الخامس: الفرق بين الاستئجار للطواف به و بين الاستئجار لحمله في الطواف و هو ما اختاره في المختلف، و بنى فخر الدين في الايضاح جواز الاحتساب في صورة الاستئجار للحمل التي استشكل والده قدس سره فيها على ان ضم نية التبريد الى الوضوء قاذح أم لا و المسألة مورد نظر و إن كان ما تقدم من المسالك لا يخلو عن وجه.

الاجير لحمل غيره في الطواف

(١) قوله: بل كذلك لو استؤجر لحمل غيره في الطواف.

و ملخص القول أنه في المسألة أقوال:

(٢) أحدها: جواز الاحتساب مطلقا و قد استظهره المصنف قدس سره من الشرائع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٨

...

الثاني: ما عن المسالك من انه يحتسب لكل من الحامل و المحمول في صورة كون الحامل متبرعا أو حاملا بجعالة أو كان مستأجرا للحمل في طوافه لنفسه، أما لو استؤجر للحمل مطلقا لم يحتسب للحامل.

الثالث: ما عن جماعة منهم الاسكافي و هو: انه لا يجوز الاحتساب عن نفسه فيما اذا استؤجر للاطافة بغيره أو لحمله في الطواف و لو كان الحمل في طواف نفسه، و به يفترق عما في المسالك.

الرابع: ما عن المختلف من انه يجوز الاحتساب عن نفسه لو استؤجر للحمل في الطواف، و لا يجوز ذلك لو استؤجر للطواف.

و أما ما عن الدروس من: انه يحتسب لهما الا ان يستأجره على حمله لا في طوافه.

فإن أريد به استثناء الاستئجار لا- في طوافه اي المقيد بعدم حمله في طواف نفسه، فهو يرجع الى القول بالجواز مطلقا، لان القائل بالجواز كذلك لا يقول به في هذه الصورة.

و إن أريد به استثناء الاستئجار على الحمل، مطلقا الا على الحمل في طواف نفسه من جواز الاحتساب، فهو يرجع الى ما عن المسالك فهو ليس قولاً خامسا على كل تقدير.

و التحقيق هو القول الاول، إذ ما يستحقه المستأجر انما هو الحمل فقط، فلا ينافي مع طواف نفسه.

و دعوى انه اذا آجره على الحمل في الطواف تكون حركته حول البيت مملوكة للمستأجر، فكيف يسوغ له ان يحسبها من طواف نفسه كما عن المحقق الايرواني قدس سره.

مندفعة بما تقدم من ان المملوك هي حركة المحمول لا- الحامل و إن كانتا متلازمتين، مع انه قد مر في مبحث أخذ الاجرة على الواجب عدم التنافي بين المملوكية و الوجوب، نعم لو كان نائبا عن الغير في الطواف لم يصح أن يحتسب به عن نفسه، إذ الفعل الواحد لا يعقل وقوعه عن شخصين و امثالاً للامرین المتوجهين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٧٩

ثم إنه قد ظهر مما ذكرناه من عدم جواز الاستئجار على المستحب إذا كان من العبادات انه لا يجوز أخذ الاجرة على اذان المكلف لصلاة نفسه (١) إذا كان مما يرجع نفع منه الى الغير يصح لاجله الاستئجار كالاعلام بدخول الوقت

الى النائب المقتضى كل منهما للاتيان بفرد غير ما يقتضيه الآخر، فهو نظير ما لو كان عليه قضاء صلاة ظهر و كان في وقت ظهر اليوم، فكما انه لا يجوز أن يأتي بصلاة واحدة امتثالا للامرين القضائي والادائي فكذلك في المقام بلا تفاوت اصلا. و مما يدل على ما اخترناه من الجواز في صورة الحمل والاطافة.

حسن حفص بن البختری عن الإمام الصادق عليه السلام: في المرأة تطوف بالصبي و تسعى به هل يجزى ذلك عنها و عن الصبي؟ فقال عليه السلام: نعم (١).

و حسن الهيثم التميمي عنه عليه السلام: عن رجل كانت معه صاحبة لا تستطيع القيام على رجلها فحملها زوجها في محمل فطاف بها طواف الفريضة بالبيت و بالصفاء و المروءة أ يجزيه ذلك الطواف عن نفسه طوافه بها؟ فقال عليه السلام: ايها الله اذا (٢). فانهما يدلان على ان حمل الغير في الطواف و اطافة الصبي لا ينافيان مع قصد الحامل و المطوف الطواف عن نفسه لكون كل منهما مما لا- مساس له بالآخر، فكذلك اذا وقع الحمل أو الإطافة مصب الإجارة مع ان مقتضى اطلاقهما الجواز في فرض الإجارة و قد عرفت ان هذا هو مقتضى القاعدة ايضا، و الله العالم.

أخذ الأجرة على الأذان

(١) المشهور بين الأصحاب عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان بل عليه الإجماع كما عن غير واحد حكايته. و استدل له المصنف قدس سره بالقاعدة التي اشار اليها و هي عدم جواز أخذ الاجرة على العبادات، و لكن قد عرفت عدم تماميتها، و مع ذلك الاظهر عدم جواز أخذ الاجرة عليه، للنصوص الخاصة. لاحظ.

(١) الوسائل، باب ٥٠، من أبواب الطواف، حديث ٣، كتاب الحج.

(٢) الوسائل، باب ٥٠، من أبواب الطواف، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٨٠

أو الاجتزاء به في الصلاة و كذا اذان المكلف للإعلام عند الأكثر كما عن الذكرى و على الأشبه كما في الروضة و هو المشهور كما في المختلف و مذهب الأصحاب الا من شذ كما عنه و عن جامع المقاصد، و بالإجماع كما عن محكي المختلف بناء على انها عبادة يعتبر فيها وقوعها لله، فلا يجوز ان يستحقها الغير.

و في رواية زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام انه أتاه رجل، فقال له: و الله انى أحبك لله، فقال له: لكنى أبغضك لله، قال: و لم؟ قال: لانك تبغى في الاذان أجرا و تأخذ على تعليم القرآن أجرا. (١)

و في رواية حمران الواردة في فساد الدنيا و اضمحلال الدين. و فيها قوله عليه السلام

و رأيت الاذان بالأجرة و الصلاة بالأجر، و يمكن أن يقال: ان مقتضى كونها عبادة عدم حصول الثواب اذا لم يتقرب بها لا فساد الإجارة مع فرض كون العمل مما ينتفع به و إن لم يتقرب به، نعم لو قلنا: بأن الاعلام بدخول الوقت المستحب كفاية لا يتأتى بالاذان الذي لا يتقرب به صح ما ذكر لكن ليس كذلك، و أما الروايات فضعيفة، و من هنا استوجه الحكم بالكراهة في الذكرى و المدارك و مجمع البرهان و البحار بعد أن حكى عن علم الهدى قدس سره.

صحيح محمد بن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام لا تصل خلف من يبغي على الاذان و الصلاة بالناس أجرا و لا تقبل شهادته «١». فإنه يدل على ان الاخذ فاسق لا يجوز الصلاة خلفه و لا تقبل شهادته.
و حسن حمران عن الامام الصادق عليه السلام الوارد في فساد الدنيا و اضمحلال الدين و رأيت الاذان بالاجر و الصلاة بالاجر «٢». (١) و يؤيده خبر زيد بن علي المذكور في المتن «٣». و هو ضعيف السند لحسين بن علوان و غيره.

(١) الوسائل، باب ٣٢، من أبواب الشهادات، حديث ٦.

(٢) الوسائل، باب ٤١، من أبواب الامر و النهي من كتاب الامر بالمعروف، حديث ٦.

(٣) الوسائل، باب ٣٠ من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٨١

و لو اتضحت دلالة الروايات (١) أمكن جبر سند الاولى بالشهرة مع ان روايه حمران حسنة على الظاهر بابن هاشم.

و خبر السكوني: قال النبي صلى الله عليه و آله لعلي عليه السلام: و لا تتخذن مؤذنا يأخذ على أذانه أجرا «١». و مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين الاذان للصلاة، و الاذان الاعلامي إن ثبت مشروعيته، أي كونه غير أذان الصلاة و من غير فرق بين اعتبار قصد القرية في الأذان الاعلامي و عدمه، و من غير فرق بين كون الاذان مما ينتفع به و إن لم يتقرب به و عدمه. و بذلك يظهر ما في ترديد المصنف قدس سره في الحكم بعدم الجواز في الاذان الاعلامي، و اضعف منه افتاء جمع بالكراهة. (١) و ظاهر المصنف قدس سره في المتن حيث قال: و لو اتضحت دلالة الروايات، عدم وضوح دلالتها. أما عدم ظهور الاولى: فلعدم الملازمة بين المبغضية و كونه فاعلا- للمحرم، لامكان كون بعض مراتب المبغضية على ارتكاب المكروه، و يؤيده اقترانه بأخذ الاجرة على تعليم القرآن الذي دلت النصوص على جوازه. و أما عدم ظهور الثانية: فلانه لا ريب في ان المراد باضمحلال الدين تعطيل أحكامه، و عليه فيمكن أن يكون المراد به في الخبر شيوع ارتكاب المكروه و هو أخذ الاجر للاذان لا ارتكاب المحرم. و لكن الانصاف ان هذا خلاف ظاهر الحسن، مضافا الى ما تقدم من ان الصحيح كالنص في عدم الجواز فاذا لا ترديد في الحكم.

اخذ الاجرة على الامامة

(١) الوسائل، باب ٣٨، من أبواب الاذان و الاقامة، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٨٢

و من هنا يظهر وجه ما ذكره في هذا المقام من حرمة أخذ الاجرة على الامامة (١) مضافا الى موافقتها للقاعدة المتقدمة من ان ما كان انتفاع الغير به موقوفا على تحققه على وجه الاخلاص فلا يجوز الاستئجار عليه لان شرط العمل المستأجر عليه قابلية ايقاعه لاجل استحقاق المستأجر له حتى يكون وفاء بالعقد، و ما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلك، ثم ان من الواجبات التي يحرم أخذ الاجرة عليها عند المشهور تحمل الشهادة بناء على وجوبه (٢) كما هو أحد الاقوال في المسألة لقوله تعالى (و لا يأب الشهداء إذا ما دعوا) المفسر في الصحيح بالدعاء للتحمل، و كذلك أداء الشهادة لوجوبه عينا أو كفاية و هو مع الوجوب العيني واضح.

(١) قوله و من هنا يظهر وجه ما ذكروه في هذا المقام من حرمة أخذ الأجرة على الامامة.

وفيه: مضافا الى ما عرفت من ان مقتضى القاعدة جواز أخذ الأجرة على الواجب، و العبادة: انه بناء على عدم جواز أخذها عليهما يجوز أخذ الأجرة على الامامة على القاعدة، إذ الامامة لا يعتبر في تحققها قصد الامام لها، فضلا عن اعتبار قصد القرية، و لذا لو صلى و اقتدى به جماعة من غير ان يلتفت هو بذلك صحت الجماعة و عليه فلو أخذ الأجرة على الامامة لا مانع منه حتى على هذا المسلك.

نعم، يدل على عدم جوازه صحيح محمد بن مسلم المتقدم، بل و كذلك حسن حمران بناء على دلالة على عدم الجواز و ارادة الصلاة بالناس من قوله: و الصلاة بالاجر.

أما المبنى الاول: فقد مر ما فيه، و أما الثانى: فالانصاف عدم ظهوره فى ذلك، و على ذلك فالعمدة هو الصحيح.

أخذ الأجرة على الشهادة

(٢) و جوب أداء الشهادة مع استدعاء صاحب الحق للتحمل مورد اتفاق الاصحاب و الكتاب و السنة المستفيضة شاهدان به.

و بدون استدعاء صاحب الحق و جوبه هو المشهور بين الاصحاب كما فى المسالك.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٨٣

و أما مع الوجوب الكفائى فلان المستفاد من أدلة الشهادة كون التحمل و الاداء حقا للمشهود له على الشاهد، فالموجود فى الخارج من الشاهد حق للمشهود له لا يقابل بعوض للزوم مقابلة حق الشخص بشىء من ماله فيرجع الى أكل المال بالباطل (١) و منه يظهر انه كما لا يجوز أخذ الأجرة من المشهود له، كذلك لا يجوز من بعض من وجبت عليه كفاية اذا استأجره لفائدة اسقاطها عن نفسه، ثم انه لا فرق فى حرمة الأجرة بين توقف التحمل او الاداء على قطع مسافة طويلة و عدمه.

و أما تحمل الشهادة مع دعوة صاحب الحق ففى الجواهر و جوبه المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة و انما الخلاف فى انه واجب عينى أو كفايى و قد اشبعنا الكلام فى المسألتين فى الجزء الخامس و العشرين من كتابنا فقه الصادق.

و الكلام فى المقام انما هو فى أخذ الأجرة عليهما.

فقد استدلل لعدم جوازه بوجهين:

الاول: انه لا يجوز أخذ الأجرة على الواجب.

(١) الثانى: ما فى المتن و هو ان المستفاد من الأدلة ان تحمل الشهادة و أدائها حقان ثابتان للمشهود له على الشاهد فالموجود فى الخارج من الشاهد حق للمشهود له لا يقابل بالمال للزوم مقابلة حق الشخص بشىء من ماله فيرجع الى أكل المال بالباطل. و فيهما نظر:

أما الاول: فلما تقدم مستوفى من جواز أخذ الأجرة على الواجب.

و أما الثانى: فلان المستفاد من الأدلة، انما هو حكم شرعى على نهج ساير الاحكام الشرعية، غاية الامر كونه ايجابا للغير، و الفرق بينه و بين جعل العمل للغير فى غاية الوضوح.

مع انه لو ثبت كونهما حقين انه اذا كان اعتبار الاستحقاق بنحو المجانية لم يجز أخذ الأجرة عليهما، و أما اذا لم يكن كذلك فالظاهر جوازه كما تقدم فى أخذ الأجرة على الواجب الكفائى، و عليه فحيث لم يثبت ذلك فى المقام فالظاهر جواز أخذ الأجرة.

نعم لو امتنع المشهود له عن أداء الأجرة، فان كان ذلك بعد عقد الأجرة و جب على الشاهد التحمل و الاداء بالعوض المسمى، و إن كان قبله وجبا مجانا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٨٤

نعم لو احتاج الى بذل مال فالظاهر عدم وجوبه (١) و لو أمكن احضار الواقعة عند من يراد تحمله للشهادة فله ان يمتنع من الحضور و يطلب الاحضار بقى الكلام فى شىء (٢) و هوان كثيرا من الاصحاب صرحوا فى كثير من الواجبات و المستحبات التى يحرم أخذ الاجرة عليها بجواز ارتزاق مؤديها من بيت المال المعد لمصالح المسلمين و ليس المراد أخذ الاجرة او جعل من بيت المال لان ما دل على تحريم العوض لا فرق فيه بين كونه من بيت المال أو من غيره، بل حيث استفدنا من دليل الوجوب كونه حقا للغير يجب ادائه اليه عينا او كفاية فيكون أكل المال بازائه أكلا له بالباطل كان اعطائه العوض من بيت المال اولى بالحرمة لانه تضييع له و اعطاء مال المسلمين بازاء ما يستحقه المسلمون على العامل. بل المراد انه اذا قام المكلف بما يجب عليه كفاية أو عينا مما يرجع الى مصالح المؤمنين (المسلمين) و حقوقهم كالقضاء و الافتاء و الاذان و الاقامة و نحوها و رأى ولى المسلمين المصلحة فى تعيين شىء من بيت المال له فى اليوم او الشهر او السنة من جهة قيامه بذلك الامر لكونه فقيرا يمنع القيام بالواجب المذكور عن تحصيل ضرورياته فيعين له ما يرفع حاجته و إن كان أزيد من أجره المثل أو أقل منها و لا فرق بين أن يكون تعيين الرزق له بعد القيام او قبله حتى انه لو قيل له اقض فى البلد و انا اكفيك مئوتك من بيت المال جاز و لم يكن جعله، و كيف كان فمقتضى القاعدة عدم جواز الارتزاق الا مع الحاجة على وجه يمنع القيام بتلك المصلحة عن اكتساب المئونة. فالارتزاق مع الاستغناء و لو بكسب لا يمنع القيام بتلك المصلحة غير جائز و يظهر من اطلاق جماعة فى باب القضاء خلاف ذلك بل صرح غير واحد بالجواز مع وجدان الكفاية.

(١) قوله نعم لو احتاج الى بذل مال فالظاهر عدم وجوبه.

ان قلنا بان الاستفادة من الادلة حرمة الالباء و الكتمان للشهادة- فعدم وجوب بذل المال واضح، إذ لا يتوقف امتثال هذا التكليف على الحضور اينما استحضروه بل هو يمثل بعدم الالباء و الامتناع لو احضرت الواقعة عنده.

و إن قلنا بأن التحمل و الاداء واجبان، فهما و إن كانا واجبين مطلقين، و مقدمة الواجب المطلق واجبة الا انه بمقتضى حديث نفي الضرر، يحكم بعدم وجوبه.

(٢) قوله بقى الكلام فى شىء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٨٥

خاتمة تشمل على مسائل

الاولى: [حرمة بيع المصحف]

اشارة

صرح جماعة كما عن النهاية و السرائر و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد بحرمة بيع المصحف (١) و المراد به كما صرح به فى الدروس خطه و ظاهر المحكى عن نهاية الاحكام اشتهاها بين الصحابة حيث تمسك على الحرمة بمنع الصحابة و عليه تدل ظواهر الاخبار المستفيضة.

قد تقدم الكلام فى هذا الفرع فى مبحث الرشوة مفصلا، و عرفت ان الارتزاق من بيت المال المعد لمصالح المسلمين جائز لمن قام بالوظائف التى يعود نفعها الى المسلمين و إن لم يجز أخذ الاجرة عليها لان الارتزاق غير أخذ الاجرة.

و عرفت ان الاظهر ما هو المشهور بين الاصحاب من جواز الارتزاق حتى مع عدم الحاجة.

فتقييد المصنف قدس سره له في المقام بالحاجة غير تام.

مع انه قد مر من المصنف قدس سره جواز اعطاء الامام من خراج الاراضى للقاضى و إن لم يكن محتاجا ان رأى مصلحة في ذلك.

نعم ما كان من الحقوق مختصا بالفقراء كالكفارات و الاوقاف المختصة بهم لا يجوز اعطائه بغير المحتاج.

حرمة بيع المصحف

خاتمة: فى بيان مسائل:

(١) الأولى: صرح جماعة بحرمة بيع المصحف.

و قبل التعرض لحكم المسألة لا بد من تقديم أمرين:

الاول: ان المصحف عبارة عن الاوراق المتضمنة للخطوط على حد سائر الكتب دون خصوص الخط كما عن الدروس و ارتضاه

المصنف قدس سره و الشاهد على ذلك هو الفهم العرفى ألا ترى ان أحدا لا يحتمل أن يكون المراد بالجواهر عند اطلاقها خصوص

الخطوط المنقوشة فى ذلك الكتاب.

و بالجملة لا أظن التردد فى ذلك بحسب المتفاهم العرفى.

الثانى: ان الخطوط المنقوشة سواء كانت من قبيل الجواهر كالخطوط المنقوشة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٨٦

ففى موثقة سماعه لا تتبعوا المصاحف فان بيعها حرام، قلت: فما تقول فى شرائها، قال: اشتر منه الدفتين و الحديد و الغلاف و اياك ان

تشتري منه الورق.

و فيه القرآن مكتوب فىكون عليك حراما و على من باعه حراما (١) و مضمرة عثمان ابن عيسى قال: سألت عن بيع المصاحف و

شرائها، قال «فقال» لا تشتري كلام الله و لكن اشتر الجلد و الحديد و الدفة (الدفتين) و قل اشترى منك هذا بكذا و كذا.

و رواه فى الكافى عن عثمان بن عيسى عن سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام و رواية جراح المدائنى فى بيع المصاحف، قال: لا تبع

الكتاب و لا تشتريه و بع الورق و الاديم و الحديد.

بالحبر، أو كانت من قبيل الاعراض او هيئات الأموال،. انما تقابل بالمال لانها يرغب اليها

و يبذل بازائها العوض، بل ربما تكون عمدة النظر اليها و لا نظر الى الاوراق اصلا، كما انه ربما يكون كل منهما منظورا اليها و يجعل

العوض بازائهما معا.

و بالجملة: لا يعتبر فى صدق مفهوم البيع كون المبيع من الجواهر.

مضافا الى ما تقدم من انها ربما تكون من قبيل الجواهر.

و عليه: فما أورده الاستاذ الاعظم على المصنف قدس سره بأن الخط بما هو خط غير قابل للبيع، غير وارد.

إذا عرفت هذين الأمرين. فاعلم أن النصوص الواردة فى المقام على طائفتين:

الاولى: ما دل على المنع و هى قسمان:

الاول: ما يكون ظاهرا فى المنع عن بيع الاوراق المشتملة على الخطوط المقيدة بها التى عليها يحمل المصحف عند اطلاقه.

(١) كخبر «١» سماعه عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور فى المتن.

و الظاهر من قوله و اياك ان تشتري منه الورق و فيه القرآن مكتوب بيع الورق المقيد بالخطوط المنقوشة، فينطبق على ما فى صدره

من النهى عن بيع المصاحف.

و لكن الخبر ضعيف السند، لان في طريقه الحسن بن علي بن أبي حمزة الذي هو ضعيف، و الغريب تعبير المصنف قدس سره عن هذا الخبر بالموثق.

(١) الوسائل، باب ٣١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٨٧

(١) و روايته عبد الله بن سيابة قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ان المصاحف لن تشتري فاذا اشتريت فقل: انما اشترى منك الورق و ما فيه من الاديم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا. و ظاهر قوله عليه السلام ان المصاحف لن تشتري انها لا تدخل في ملك أحد على وجه العوضيه عما بذله من الثمن، و انها اجل من ذلك و يشير اليه تعبير الامام في بعض الاخبار بكتاب الله و كلام الله الدال على التعظيم و كيف كان، فالحكم في المسألة واضح بعد الاخبار و عمل من عرفت حتى مثل الحلبي الذي لا يعمل بأخبار الآحاد.

(١) و خبر «١» عبد الرحمن بن سليمان، في الوسائل عبد الرحمن بن سيابة، و تبعه المصنف، و في المصدر عبد الرحمن بن سليمان عن الامام الصادق عليه السلام لاحظ المتن. و هذا الخبر مجهول لعبد الرحمن.

و خبر جراح المدائني عن الامام الصادق عليه السلام في بيع المصاحف قال: لاتبع الكتاب و لا تشتريه و بع الاديم و الورق و الحديد «٢» و هذا الخبر ايضا ضعيف لقاسم بن سليمان و جراح.

القسم الثاني: ما يكون ظاهرا في المنع عن بيع الخطوط المنقوشة.

كموثق «٣» سماعه عنه عليه السلام رواه في المتن مع اختلاف عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: لا تشتري كتاب الله عز و جل و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل: اشترى منك هذا بكذا و كذا.

و ظاهره حرمة جعل الخطوط مبيعا سواء جعلت كذلك مستقلة أوفى ضمن بيع المجموع.

و رواه الشيخ في محكي التهذيب و فيه: لا تشتري كلام الله.. الى آخره.

ثم انه قد يتوهم التنافي بين الاخبار الثلاثة الاخيرة و الخبر الاول، بدعوى انها تدل على جواز بيع الورق، و الخبر الاول يدل على عدم جوازه.

و قد دفع التنافي صاحب الجواهر قدس سره بحمل الاخبار المجوزة على ارادة شراء الورق قبل أن يكتب بها على أن يكتبها، فيكون العقد في الحقيقة متضمنا لمورد البيع و مورد الاجارة بقرينة قوله عليه السلام و ما عملته يدك بكذا ضرورة عدم صلاحية العمل لكونه موردا للبيع، فلا بد من تنزيله على الاجارة.

(١) الوسائل، باب ٣١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٣١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٧.

(٣) نفس المصدر، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٨٨

(١) و ربما يتوهم هنا ما يصرف هذه الأخبار عن ظواهرها مثل رواية أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها، قال: انما كان يوضع الورق عند القامة و المنبر، قال: و كان بين الحائط و المنبر قدر ممر شاه أو رجل و هو منحرف، فكان الرجل يأتي فيكتب السورة (البقرة) و يجيء آخر فيكتب السورة، و كذلك كانوا ثم انهم اشتروا بعد ذلك، قلت: فما ترى في ذلك؟

قال:

اشترىه أحب الى من أن أبيعته و مثله رواية روح بن عبد الرحيم. و زاد فيه قلت:

فما ترى ان اعطى على كتابته اجرا قال: لا بأس و لكن هكذا كانوا يصنعون فانها تدل على جواز الشراء من جهة حكايته عن المسلمين بقوله، ثم انهم اشتروا بعد ذلك و قوله اشترىه أحب الى من أن أبيعته و نفى البأس عن الاستئجار لكتابته كما فى أخبار اخر غيرها، فيجوز تملك الكتابة بالاجرة فيجوز وقوع جزء من الثمن بإزائها عند بيع المجموع المركب منها و من القرطاس و غيرهما لكن الانصاف أن لا دلالة فيها على جواز اشتراء خط المصحف، و انما تدل على ان تحصيل المصحف فى الصدر الاول كان بمباشرة كتابته ثم قصرت الهمم فلم يباشروها بأنفسهم و حصلوا المصاحف بأموالهم شراء و استئجارا و لا دلالة فيه على كيفية الشراء و ان الشراء و المعاوضة لا بد أن لا يقع الا على ما عدا الخط من القرطاس و غيره.

و فيه: ان قوله: و ما عملته... الى آخره الظاهر ان المراد به هو مثل التصحيف و خياطة الكرايس لا الكتابة، و ايضا الظاهر ان المراد به هو الأثر الحاصل من هذه الاعمال لا نفس الفعل، و الا فلا وجه لجعل العمل بعد وقوعه موردا للاجارة. فالمتمعين فى دفع المنافاة ان يقال: ان المراد من الخبر الاول الورق المشتمل على الخطوط كما تقدم و من الاخبار المجوزة الورق المجرد.

(١) الطائفة الثانية: ما دل على الجواز: كصحيح أبى بصير عن الإمام الصادق عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها فقال عليه السلام: انما كان يوضع عند القامة و المنبر - الى ان قال - اشترىه أحب إلى من أن أبيعته «١» و نحوه خبر روح بن عبد الرحيم «٢».

(١) الوسائل، باب ٣١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٨.

(٢) الوسائل، باب ٣١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٩.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٨٩

و فى بعض الروايات دلالة على أن الاولى مع عدم مباشرة الكتابة بنفسه أن يستكتب بلا شرط ثم يعطيه ما يرضيه مثل رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: إن أم عبد الله بنت الحسن ارادت أن تكتب مصحفا فاشترت ورقا من عندها و دعت رجلا- فكتب لها على غير شرط فاعطته فرغ خمسين دينارا و انه لم تبع المصاحف الا حديثا، و مما يدل على الجواز رواية عنبسة الوراق قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام انى رجل أبيع المصاحف، فإن نهيتنى لم ابعها، قال: الست تشتري ورقا و تكتب فيه، قلت: نعم و أعالجهما قال: لا- بأس بها و هى و إن كانت ظاهرة فى الجواز إلا أن ظهورها من حيث السكوت عن كيفية البيع فى مقام الحاجة الى البيان فلا تعارض ما تقدم من الاخبار المتضمنة للبيان. (١) و كيف كان فالأظهر فى الاخبار ما تقدم من الاساطين المتقدم اليهم الاشارة.

و خبر عنبسة الوراق - المهمل المجهول - عن الامام الصادق عليه السلام المذكور فى المتن «١».

(١) و قد جمع المصنف قدس سره بين الطائفتين بحمل الأخبار المانعة على المنع عن بيع الخط، و الاخبار المجوزة على جواز بيع ما عدا الخط لعدم التعرض فيها للكيفية، بدعوى أن نصوص الجواز واردة فى مقام بيان أن الناس قصرت همهم عن تحصيل المصاحف الا بالمال، و أما أن كيفية شرائها و انه هل كانت المعاملة على ما عدا الكتابة أو معها فهى غير متعرضة لذلك، ففى ذلك يرجع الى النصوص المانعة.

و فيه: ان مورد نصوص الجواز بيع المصاحف، و المصحف إن كان عبارة عن خصوص الخط - كما عليه بنائه قدس سره تبعا

للدروس - فهي صريحة في جواز بيع ما تضمنت نصوص المنع المنع عن بيعه، وإن كان عبارة عن الاوراق المشتملة على الخطوط فحيث ان الكتابة مقومة لمصحفية المصحف لعدم صدق المصحف على ما عدا الكتابة بالبداهة فهي كالصريحة في جواز ايقاع المعاملة على ما يشمل الكتابة، فعلى كل تقدير هذا حمل تبرعى لا شاهد له.

(١) الوسائل، باب ٣١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٩٠

...

واضعف منه ما ذكره بعض مشايخنا المحققين وهو حمل المانعة على المنع عن ايقاع المعاملة على القرآن و كلام الله، أى جعل هذا عنوانا للبيع، و حمل نصوص الجواز على ارادة بيع ما ينطبق عليه القرآن من دون أن يقصد في البيع هذا العنوان المنطبق عليه، فيكون محصل الكلام عبر بالجلد والحديد و أثر عمل الله و لا تعبر بالقرآن و المصحف.

فالصحيح في مقام الجمع حمل نصوص المنع على الكراهة لصراحة قوله عليه السلام في صحيح أبي بصير اشتره أحب الى من أن يبيعه في الجواز.

و على فرض ابقاء ظهور الاخبار المانعة على حاله لا يستفاد منها الا الحرمة التكليفية و هي لا تلازم الفساد كما تقدم في أول الكتاب مفصلا.

و ليعلم أن متعلق الحكم كراهة أو حرمة تكليفية أم وضعية هو البيع، و استفادة ثبوت هذا الحكم لجميع أنحاء النقل و الانتقال متوقفة على فهم المناط، أو ثبوت أن الخطوط لا تكون كسائر الاموال و لا تكون مملوكة لأحد، و هما كما ترى، لا سيما الاخير كيف و قد دلت الروايات على ان المصحف من الحبو، و يكون مختصا بالولد الاكبر، و مع عدمه ينتقل الى سائر الورثة.

فما أفاده المحقق الايرواني قدس سره من أنه يمكن جعل الاخبار المانعة اشارة الى عدم قبول المصحف للنقل و لو بالاسباب غير الاختيارية كالارث ضعيف.

و الظاهر ان النصوص المانعة لا تشمل مبادلة المصحف بالمصحف، إذ الظاهر منها ان النهي عن بيعه انما هو لاجل تعظيم القرآن و انه أجل من أن يجعل يازائه ثمن بخس، و هذا المحذور لا يترتب على المبادلة المزبورة.

و مقتضى القاعدة جواز أخذ الاجرة على كتابة القرآن لكونها عملا محترما، و لم يثبت التلازم في الحكم بين أخذ الاجرة على الكتابة و البيع، مع انه تدل على جوازه جملة من النصوص.

كصحيح على بن جعفر قال: و سألته عن الرجل هل يصلح له أن يكتب المصحف بالاجر؟ قال: لا بأس به «١» و نحوه غيره.

(١) الوسائل، باب ٣١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٩١

بقى الكلام في المراد من حرمة البيع و الشراء (١) بعد فرض ان الكاتب للمصحف في الاوراق المملوكة مالك للاوراق، و ما فيها من النقوش فان النقوش إن لم تعد من الاعيان المملوكة عرفا بل من صفات المنقوش الذي تتفاوت قيمته بوجودها و عدمها فلا حاجة الى النهي عن بيع الخط فانه لا يقع يازائه جزء من الثمن حتى يقع في حيز البيع و إن عدت من الاعيان المملوكة عرفا، فإن فرض بقائها على ملك البائع بعد بيع الورق و الجلد فيلزم شركته مع المشتري و هو خلاف الاتفاق و إن انتقلت الى المشتري فان كان بجزء من العوض فهو البيع المنهى عنه. لان بيع المصحف المركب من الخط و غيره ليس الا- جعل جزء من الثمن يازاء الخط و إن انتقلت اليه

قهرًا تبعًا لغيره لا- لجزء من العوض نظير بعض ما يدخل في المبيع فهو خلاف مقصود المتبايعين مع ان هذا كالتزام كون المبيع هو الورق المقيد بوجود هذه النقوش فيه لا الورق و النقوش، فان النقوش غير مملوكة بحكم الشارع مجرد تكليف صوري إذ لا أظن أن يعطل أحكام الملك فلا تجرى على الخط المذكور إذا بنينا على انه ملك عرفا قد نهى عن المعاوضة عليه، بل الظاهر انه إذا لم يقصد بالشراء الا الجلد و الورق كان الخط باقيا على ملك البائع فيكون شريكا بالنسبة. فالظاهر انه لا مناص عن التزام التكليف الصوري أو يقال إن الخط لا يدخل في الملك شرعا، و إن دخل فيه عرفا فتأمل.

و لأجل ما ذكرنا التجأ بعض الى الحكم بالكراهة و أولوية الاقتصار في المعاملة على ذكر الجلد و الورق بترك إدخال الخط فيه احترامًا، و قد تعارف الى الآن تسمية ثمن القرآن هدية.

المراد من حرمة بيع المصحف

(١) قوله بقى الكلام فى المراد من حرمة البيع و الشراء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٩٢

...

محصل ما ذكره انه لا ريب فى ان الكاتب للمصحف فى الاوراق المملوكة له، مالك للاوراق مع ما فيها من الخطوط و النقوش. و على ذلك فإما أن تكون النقوش من الاعيان المملوكة او لا.

و على الثانى: فلا حاجة الى النهى عن بيع الخط فإنه لا يقع بإزائه جزء من الثمن حتى يقع فى حيز البيع.

و على الاول: فإما أن يبقى الخط فى ملك البائع أو ينتقل الى المشتري، فإن بقى فى ملك البائع لزم كون المصحف مشتركًا بين البائع و المشتري، و هو بديهي البطلان و مخالف للاتفاق، و إن انتقل الى المشتري فى مقابل جزء من الثمن فهو البيع المنهى عنه، و إن انتقل اليه تبعًا لغيره فهو خلاف مقصود المتبايعين لفرض بنائهما على ايقاع المعاوضة على غير الخط، و يعتبر فى ما يدخل فى الملك تبعًا لغيره عدم بناء المتعاملين على عدم الدخول كما لا يخفى، مع ان هذا مجرد تكليف صوري.

و بهذا البيان يظهر ان الالتزام بكون المبيع هو الورق المقيد بوجود هذه النقوش فيه على نحو دخول التقيد و خروج القيد لا يفيد.

هذا محصل كلامه، و به يندفع بعض ما أورد عليه الناشئ عن عدم التأمل فى ما أفاده قدس سره.

و التحقيق أن يقال: إن فى المقام احتمالًا آخر، و يدور الامر بين الالتزام به و بين الالتزام بالاحتمال الثالث، ففى الحقيقة يدور الامر لمن اراد الفرار من ايقاع المعاملة المرجوحة بين احتمالين:

الاول: أن يكون المبيع هو الجلد و الورق و الغلاف و الحديد، مشروطًا بأن يملك البائع الخطوط و النقوش مجانًا، و لا يعتبر التصريح بذلك لقيام القرينة القطعية على ان عليه بناء المتعاملين فى العقد، إذ من المعلوم أن غرض المشتري هو تملك المصحف.

الثانى: أن يكون المبيع بالاصالة هو ما عدا الخط، و انما تنتقل الخطوط الى المشتري تبعًا و قهرًا بحكم من الشارع الاقدس.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٩٣

ثم إن المشهور بين العلامة قدس سره و من تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر (١) على الوجه الذى يجوز بيعه من المسلم، و لعله لفحوى ما دل على عدم تملك الكافر للمسلم (٢) و ان الاسلام يعلو و لا يعلى عليه (٣) فان الشيخ قدس سره قد استدلل به على عدم تملك الكافر للمسلم.

فإن قلت: لازم كل من الاحتمالين عدم ثبوت الخيار لو ظهر عيب في الخطوط، و الظاهر انه خلاف الاتفاق. قلت: إنه يمكن أن يكون وجه ثبوت الخيار حينئذ هو تخلف الشرط المبني عليه العقد و هي صحة الخطوط، فيكون الثابت حينئذ خيار تخلف الشرط.

بيع المصحف من الكافر

(١) قوله ثم ان المشهور بين العلامة قدس سره و من تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر. وقد استدلل لعدم جواز بيعه من الكافر - على تقدير القول بجواز بيعه من المسلم - بوجه غير مختصة بالبيع، بل هي على فرض الدلالة جملة منها تدل على عدم تملك الكافر للمصحف، و بعضها يدل على عدم جواز تملكه اياه. فهاهنا قسمان من الوجوه:

الاول: ما استدلل به على عدم تملك الكافر للمصحف و هو أمران:

(٢) أحدهما فحوى ما دل، على عدم تملك الكافر للمسلم «١» إذ العبد إن لم يملكه الكافر بمجرد اتصافه بالايمان فالقرآن الذي هو حقيقة الاحكام الشرعية و المعارف الالهية أولى بعدم التملك.
(٣) ثانيهما: النبوى المعروف الإسلام يعلو و لا يعلى عليه «٢» بدعوى ان ملك الكافر للمصحف المتضمن لجميع المعارف الإسلامية علو للكافر على الإسلام.

(١) الوسائل، باب ٢٨، من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) الوسائل، باب ١١ من أبواب موانع الارث، حديث ١١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٩٤

و من المعلوم أن ملك الكافر للمسلم إن كان علوا على الاسلام فملكه للمصحف أشد علوا عليه و لذا لم يوجد هنا قول بتملكه و اجباره على البيع كما قيل به في العبد المسلم، و حينئذ فلو كفر المسلم انتقل مصحفه الى وارثه و لو كان الوارث هو الامام هذا، و لكن ذكر في المبسوط في باب الغنائم ان ما يوجد في دار الحرب من المصاحف و الكتب التي ليست بكتب الزندقه و الكفر داخل في الغنيمه و يجوز بيعها. و ظاهر ذلك تملك الكفار للمصاحف و الا لم يكن وجه لدخولها في الغنيمه بل كانت من مجهول المالك المسلم و ارادة غير القرآن من المصاحف بعيدة.

و فيهما نظر.

إذ يرد على النبوى اولاً انه ضعيف السند غير منجبر بشيء.

و ثانياً: ان المصحف لا يكون متضمناً للمعارف الاسلامية بل هو متضمن لنقوش و خطوط كاشفة عن تلك المعارف، و الاستعلاء على الخطوط ليس استعلاء على الاسلام و معارفه.

و ثالثاً: ما ذكره السيد الفقيه بقوله: ان هذا الخبر يحتمل معان خمسة:

أحدها: بيان كون الاسلام أشرف المذاهب، و هو خلاف الظاهر جداً. الثاني: بيان انه يعلو من حيث الحجته و البرهان. الثالث: انه يعلو بمعنى يغلب على سائر الاديان. الرابع:

انه لا ينسخ. الخامس: ما اراده الفقهاء من ارادة بيان الحكم الشرعى الجعلى بعدم علو غيره عليه.

و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

و لكن الظاهر منه غير الاخير، إذ ارادة الانشاء من مثل هذه الجملة الخبرية خلاف الظاهر.

و يرد على الفحوى:

اولا: انه لا دليل على عدم تملكه اياه، بل مقتضى ما دل على انه يجبر على البيع و انه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٩٥

...

يجب عليه ذلك هو تملكه له.

و ثانيا: ان فى تملك الكافر للمسلم و تسلطه عليه ذلا عليه و اهانه، بخلاف تملك المصحف فإنه ليس فى ذلك ذل.

و ثالثا: ان الاولوية ممنوعة لما تقدم آنفا من ان المصحف انما هو خطوط و نقوش كاشفة عن تلك الاحكام و المعارف، و أفضليتها

من المؤمن ممنوعة، ألا ترى انه لو دار الامر بين اتلافه و قتل النفس المحترمة لا ريب فى تقديمه عليه.

و أما القسم الثانى: فهو أمران:

الاول: ان تملك المصحف للكافر هتك له و هو حرام.

و فيه: ان مجرد تملكه اياه لا- يكون هتكا مطلقا، نعم ربما يوجب التسليط له هتكا كما انه ربما يلازم تسليط المسلم عليه هتكا. و

بعبارة اخرى: النسبة بين تسليط الكافر على المصحف و بين هتكه عموم من وجه.

مع ان ذلك من صغريات الاعانة على الاثم، إذ اعطاء المصحف له لا يكون هتكا، بل هو اعانة عليه كما لا يخفى، و قد تقدم فى

مسألة بيع العنب ممن يجعله خمرا انه لا دليل على حرمة الاعانة على الاثم.

مع ان هذا الوجه لو تم لدل على الحرمة، و هى لا تستلزم الفساد.

الثانى: ان تملكه للكافر يستلزم تنجيسه للعلم العادى بأن الكافر يمسح مع الرطوبة.

و فيه: اولاً: انه لا علم بالملازمة، بل الظاهر ان النسبة بين العنوانين عموم من وجه.

و ثانيا: انه لو سلمت الملازمة فانما هى بين الاعطاء الخارجى و التنجيس لابين التملك و التنجيس.

و ثالثا: ان هذا ايضا من صغريات الاعانة على الاثم.

و رابعا: ان الحرمة لا تستلزم الفساد.

فتحصل: ان الاقوى تملك الكافر للمصحف و جواز بيعه له، على القول بجواز بيعه من المسلم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٩٦

و الظاهر ان ابعاض المصحف فى حكم الكل (١) إذا كانت مستقلة. و أما المتفرقة فى تضاعيف غير التفاسير من الكتب للاستشهاد

بلفظه أو معناه فلا يبعد عدم اللحق لعدم تحقق الاهانة (٢) و فى إلحاق الادعية المشتملة على اسماء الله تعالى كالجوشن الكبير

مطلقا، أو مع كون الكافر ملحدا بها دون المقر بالله المحترم (٣) لأسماؤه لعدم الاهانة و العلو وجوه.

(١) قوله و الظاهر ان ابعاض المصحف فى حكم الكل يقع الكلام فى موردين:

الاول: فى بيع الابعاض للمسلم على القول بعدم جواز بيعه له.

الثانى فى تملكها للكافر.

أما المورد الاول فإن كانت الابعاض مستقلة لا يجوز بيعها، لان القرآن و كلام الله و كتاب الله، تصدق على الكل و على البعض.

مع انه من الضرورى عدم دخل ضم بعض القرآن الى بعض فى هذا الحكم.

مضافا الى ان قوله عليه السلام فى خبر سماعه المتقدم، و اياك ان تشتري الورق و فيه القرآن شامل لاي ورق كتب فيه القرآن بلا ريب، و إن كانت متفرقة فى تضاعيف الكتب للاستشهاد و الاستدلال ككتب الفقه و غيرها، فلا شبهة فى جواز البيع لقيام السيرة القطعية على ذلك.

و أما المورد الثانى، فالظاهر انه لا فرق بين القرآن و ابعاضه، و فى ابعاضه بين المستقلة و المتفرقة فى الكتب.

(٢) و استدلال المصنف قدس سره للجواز فى الأبعاض المتفرقة، بعدم تحقق الإهانة.

و فيه: اولاً ان الدليل للمنع لم يكن منحصرًا بخرمة الإهانة، بل المصنف قدس سره لم يستدل بذلك.

و ثانياً: انه اذا تحققت الإهانة لم يكن فرق، بين المستقلة و غير المستقلة.

(٣) قوله دون المقر بالله المحترم.

و فيه: اولاً ان المدرك للمنع لو كان هو عدم جواز العلو لم يكن فرق بين فرق الكفار.

و ثانياً: ان الاقرار بالله لا يلازم احترامه لجميع اسمائه تعالى كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٢٩٧

و فى إلحاق الاحاديث النبوية بالقرآن و جهان: حكى الجزم به عن الكركى و فخر الدين (قدس سرهما) و التردد بينها عن التذكرة و على اللحق فيلحق اسم النبي صلى الله عليه و آله بطريق أولى لانه أعظم من كلامه (١) و حينئذ فيشكل ان يملك الكفار الدراهم و الدنانير المضروبة فى زماننا المكتوب عليها اسم النبي صلى الله عليه و آله إلا أن يقال إن المكتوب فيها غير مملوك عرفاً و لا يجعل بإزاء الاسم الشريف المبارك من حيث انه اسمه صلى الله عليه و آله جزء من الثمن فهو كاسمه المبارك المكتوب على سيف أو على باب دار أو جدار إلا أن يقال إن مناط الحرمة التسليط لا المعاوضة، بل و لا التمليك و يشكل ايضا من جهة تناولتها الكافر مع العلم العادى بمسه اياه خصوصاً مع الرطوبة.

الثانية: جوائز السلطان و عماله (٢)

إشارة

بل مطلق المال المأخوذ منهم مجاناً أو عوضاً لا يخلو عن أحوال لانه إما ان لا يعلم فى جملة أموال هذا الظالم مال محرم يصلح لكون المأخوذ هو من ذلك المال. و إما أن يعلم و على الثانى فإما أن لا يعلم أن ذلك المحرم أو شيئاً منه هو داخل فى المأخوذ. و إما أن يعلم ذلك و على الثانى فإما أن يعلم تفصيلاً. و إما أن يعلم اجمالاً فالصور أربع:

(١) قوله قدس سره لانه أعظم من كلامه.

لم يقيموا دليلاً على الاعظمية سوى انه لا يجوز للمحدث مس اسمه و يجوز له مس كلامه.

و لكنه غير تام، إذ لو تم ذلك لما كان يثبت به الاعظمية ألا ترى انه يجوز مس المحدث لبدنه مع انه أعظم من اسمه بلا كلام. جوائز السلطان الصورة الاولى

(٢) قوله جوائز السلطان و عماله بل مطلق المال المأخوذ.

محل البحث انما هو كل ما أخذ، من أى شخص، لا يتورع، و لا يجتنب عن الحرام، و

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٩٨

[الصورة الأولى أن لا يعلم في جملة أموال هذا الظالم مال محرم]

أما الاولى: فلا اشكال فيها في جواز الاخذ و حلية التصرف. (١)

التخصيص بجوائز السلطان و عماله انما هو لاجل الغلبة.

ثم المال المأخوذ من الجائر مجاناً أو بعنوان المعاملة لا يخلو عن أحوال، إذ الاخذ ربما لا يعلم بوجود مال حرام في أموال الجائر، أو يعلم بوجوده و لكن يعلم بعدم كون المأخوذ من تلك الاموال، و ربما يعلم بوجوده فيها و على الثانى، فاما ان لا يعلم بوجود مال حرام في المأخوذ أو يعلم بذلك، و على الاخير، تارة يعلم بوجود الحرام فيه تفصيلاً و اخرى يعلم به اجمالاً فالصور أربع.

(١) قوله اما الاولى فلا اشكال فيها في جواز الأخذ.

الصورة الاولى أن يأخذ المال من الجائر مع عدم علمه بوجود حرام في أمواله يصلح أن يكون المأخوذ من ذلك، و كما أفاده لا إشكال في جواز الاخذ في هذه الصورة و ذلك لوجوه:

الاول: عموم قاعدة اليد التي هي من القواعد التي عليها بناء العقلاء و عمل المتدينين، و تدل عليها جملة من النصوص، و هي امانة لملكية ما تحت يد كل شخص له، كما اشبعنا الكلام في ذلك في رسالة القواعد الثلاث.

الثانى: أصالة الصحة الجارية في اعطاء الجائر مجاناً او مع العوض.

و أورد عليها بيراندين:

أحدهما: ما أفاده الاستاذ الاعظم و هو: ان مدرك هذا الاصل انما هو السيرة و هي من الادلة اللبية، فلا بد من الاخذ بالمتيقن، و هو نفس العقود و الايقاعات مع احراز أهلية المتصرف للتصرف، فلا يكون المقام مجرى لها، إذ الشك في المقام في أهلية الجائر للاعطاء.

وفيه: ما حققناه في الرسالة المشار اليها، من أن أصالة الصحة تجرى في موارد الشك من ناحية شرائط العوضين و المتعاقدين ايضاً كما تجرى في موارد الشك في صحة العقد من جهة الشك في شرائط العقد لقيام السيرة على ذلك.

ثانيهما: ما أفاده بعض مشايخنا المحققين قدس سره و هو: ان أصالة الصحة لا تنفع في جواز

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٢٩٩

للاصل و الاجماع (١) و الاخبار الآتية. (٢)

القبض فيما كان القبض جزء الناقل كالهبة، فإن جوازه فيها ليس مترتباً على صحة العقد، مع ان صحة العقد تتوقف على جوازه.

وفيه: ان الشك في جواز القبض لا يعنى به لجريان أصالة الصحة في نفس الاعطاء الخارجى، و لا يدفع هذا الاحتمال بإجراء أصالة الصحة في العقد كى يرد المحذور المذكور.

(١) وقد استدلل المصنف قدس سره لجواز الأخذ في هذه الصورة بوجهين آخرين:

أحدهما: الاجماع.

وفيه: ان مدرک المجمعين معلوم، فليس هو اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم.

ثانيهما: الاصل.

إن أريد به قاعدة اليد، أو أصالة الصحة، فالاستدلال به متين.

و إن أريد به أصالة الاباحة، فيرد عليه: ان هذا الاصل محكوم لأصالة عدم انتقال ذلك المال الخاص الى الجائر من مالكة السابق، و عدم صيرورة الجائر مالكا له.

(٢) الثالث: الروايات الخاصة الواردة في المقام.

كصحيح أبي ولاد قال: قلت: لابي عبد الله عليه السلام: ما ترى في رجل يلى اعمال السلطان ليس له مكسب الا من اعمالهم و انا أمر به فانزل عليه فيضيفنى و يحسن الى و ربما أمر لى بالدراهم و الكسوة و قد ضاق صدرى من ذلك، فقال لى: كل و خذ منه فلئك المهنا و عليه الوزر «١».

و صحيح أبي المعز قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و انا عنده فقال: اصلحك الله أمر بالعامل فيجيزنى بالدراهم آخذها؟ قال عليه السلام: نعم «٢» و نحوهما غير هما.

(١) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠٠

لكن ربما يوهم بعض الاخبار انه يشترط في حل مال الجائر ثبوت مال حلال له (١) مثل ما عن الاحتجاج عن الحميرى انه كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف يسأله عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلا (مستحل) لما فى يده و لا يتورع (يرع) عن أخذ ماله ربما نزلت فى قريه و هو فيها أو أدخل منزله، و قد حضر طعامه فيدعوني اليه فإن لم أكل من طعامه عادانى عليه فهل يجوز لى أن أكل من طعامه و اتصدق بصدقه و كم مقدار الصدقه و ان اهدى هذا الوكيل هديه الى رجل آخر فيدعوني الى ان انال منها و انا اعلم أن الوكيل لا يتورع عن أخذ ما فى يده فهل على فيه شىء ان انا نلت منه، الجواب ان كان لهذا الرجل مال او معاش غير ما فى يده فاقبل بره و الا- فلا بناء على ان الشرط فى الحليه هو وجود مال آخر فاذا لم يعلم به لم يثبت الحل لكن هذه الصورة قليل التحقق.

و هذه النصوص اما مختصة بهذه الصورة او تدل على حكمها بالاطلاق او بالاولوية كما سيأتى.

(١) قوله انه يشترط فى حل مال الجائر ثبوت مال حلال له.

و حاصله ان خبر الاحتجاج «١» المروى فى المتن يدل على ان شرط الحليه وجود مال حلال للجائر و الا فلا يجوز.

و أورد عليه السيد الفقيه و تبعه الاستاذ الاعظم: بأن مورد كلامنا هى الصورة الاولى و هى ما اذا لم يعلم باشتغال أموال الجائر على مال محرّم، و مفروض الرواية عكس ذلك، و ثبوت مال محرّم فيها، لان مال الوقف الذى فى يده مال محرّم، و يحتمل ان يكون ما أخذه السائل منه.

و لكن: يمكن أن يقال: إن نظر المصنف قدس سره الى ان الرواية شاملة للمورد من جهة أنه يمكن فى مورد الرواية أن يكون مال الوقف معينا علم السائل بصرفه فى غير محله، و لا- يحتمل أن يكون ما اعطى له منه، و لكن احتمل أن يكون من حرام آخر لعدم

تورعه عن الحرام، فمن عدم الاستفصال يستكشف ثبوت الحكم في هذه الصورة ايضا.

(١) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠١

اما الثانية: [يعلم بوجود مال محرم للجائر لكن لا يعلم بأن الجائزة منه]

إشارة

فإن كانت الشبهة فيها غير محصورة (١) فحكمها كالصورة الاولى (٢) و كذا إذا كانت محصورة بين ما لا يتلى المكلف به و بين ما من شأنه الابتلاء به كما اذا علم أن الواحد المردد بين هذه الجائزة و بين أم ولده المعدودة من خواص نسائه مغصوب و ذلك لما تقرر في الشبهة المحصورة من اشتراط تنجز تعلق التكليف فيها بالحرام الواقعي بكون كل من المشتبهين بحيث يكون التكليف بالاجتناب عنه منجزا، لو فرض كونه هو المحرم الواقعي لا- مشروطا بوقت الابتلاء المفروض انتفائه في أحد هما في المثال، فان التكليف غير منجز بالحرام الواقعي على أى تقدير لاحتمال كون المحرم في المثال هي ام الولد و توضيح المطلب في محله.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلامه، الا أن في النفس من ذلك شيئا، فالصحيح ان يورد عليه بضعف سند الرواية لارسالها.

الصورة الثانية

(١) قوله و أما الثانية فإن كانت الشبهة غير محصورة.

الصورة الثانية: هي ما لو علم باشمال اموال الجائر على الحرام و يحتمل كون المأخوذ من ذلك الحرام.

و قد أفاد المصنف قدس سره ان لهذه الصورة موردين:

الاول: كون الشبهة فيها غير محصورة او كون أحد الأطراف خارجا عن محل الابتلاء.

الثاني: كون الشبهة محصورة و كون جميع الاطراف داخله في محل الابتلاء.

(٢) و قال: انه في المورد الأول يكون حكم هذه الصورة حكم الصورة الأولى، إذ العلم الاجمالي انما يوجب التنجز اذا كان التكليف المعلوم فعليا على كل تقدير، و الا فوجود هذا العلم كعدمه، فلو كان بعض الاطراف خارجا عن محل الابتلاء، حيث ان التكليف لو كان في ذلك الطرف لا يكون فعليا منجزا بل يكون الحكم معلقا على التمكن، فلا يكون هذا العلم الاجمالي منجزا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠٢

...

و فيه: انه قد حققنا في زبدة الاصول ان الدخول في محل الابتلاء لا يكون من شرائط صحة التكليف.

و بعبارة اخرى: اذا فرضنا الشيء مقدورا عقلا- يصح التكليف به و لو كان خارجا عن محل الابتلاء و عليه فالعلم الاجمالي بوجود التكليف في أحد الاطراف التي يكون بعضها خارجا عن محل الابتلاء يكون منجزا.

كما انه حققنا ان كون الشبهة غير محصورة لا- يوجب عدم تنجز العلم الاجمالي، نعم اذا كان بعض الاطراف غير مقدور بالقدرة العقلية لا يكون العلم الاجمالي منجزا، و تمام الكلام في ذلك موكول الى محله.

و لكن لا بأس بالتنبيه على أمر و هو: ان المصنف قدس سره في فرائده بعد ما اختار عدم تنجز العلم الاجمالي اذا كان بعض الاطراف

خارجا عن محل الابتلاء عنوان مسألة اخرى و هي: انه اذا شك في كون أحد الاطراف داخلا في محل الابتلاء او خارجا عنه، هل يكون العلم الاجمالي منجزا أم لا؟ و اختار فيها التنجيز.

و استدل له: بأن مقتضى الاطلاقات هو ثبوت التكليف لو كان في ذلك الطرف، و لا يعتنى باحتمال خروجه عن محل الابتلاء و عليه فالعلم الاجمالي المزبور يكون منجزا.

و أورد عليه السيد الفقيه في حاشيته في المقام: بأن الابتلاء لو كان شرطا فانما يكون بالنسبة الى التنجيز لا إلى أصل التكليف، فهو شرط عقلي في مرتبة متأخرة عن مرتبة المطلق، فلا يكون الاطلاق وافيا بدفع الشك الراجع الى حكم العقل، فهو نظير الشك في شرائط طريق الامتثال.

و فيه: ان ما أفاده المصنف قدس سره و إن لم يكن تاما لكونه تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية، و هو لا يجوز، الا ان هذا الايراد لا يرد عليه، إذ لا يعقل كونه شرطا لتنجز التكليف، و ذلك لان المراد من عدم تنجز التكليف ان كان انه في صورة الترك و عدم الفعل منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠٣

ثم انه صرح جماعة بكراهة الاخذ. (١)

و عن المنتهى الاستدلال له باحتمال الحرمة و بمثل قولهم عليهم السلام دع ما يريبك و قولهم عليهم السلام من ترك الشبهات نجى من المحرمات (٢) الخ.

في الشبهات التحريمية لا يعاقب عليه، فهو في جميع المحرمات الداخلة في محل الابتلاء كذلك، و إن كان المراد ان التكليف يكون بنحو لو خولف لا يعاقب عليه فهذا مما لا يمكن الالتزام به، إذ فرض ذلك فرض الابتلاء فتدبر فانه دقيق، فعلى فرض كونه شرطا فانما هو شرط لفعليته التكليف و عليه فيصح التمسك بالاطلاق مع قطع النظر عما ذكرناه. و كيف كان: فتحصل ان حكم هذا المورد حكم المورد الثاني، و سيجيء تنقيح القول في ذلك فانتظر.

لا يكره أخذ المال من الجائر لو جاز

و تمام الكلام في هذا المورد ببيان أمور: منها ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

(١) صرح جماعة بكراهة الأخذ.

و استدل له بوجوه:

الاول: ما عن المنتهى، و هو احتمال أن يكون المأخوذ حراما واقعيا و إن جاز الاخذ و التصرف ظاهرا.

و فيه: ان هذا الاحتمال موجود حتى فيما يؤخذ من عدول المؤمنين، و لا اختصاص له بما يؤخذ من الجائر، مع ان هذا لا يصلح مدركا للكراهة الشرعية، غاية الامر كونه منشأ لرجحان التجنب تحفظا عن الوقوع في الحرام الواقعي، و لا يترتب على هذا الرجحان سوى الفرار من الوقوع في المحرم الواقعي.

(٢) الثاني: النصوص الدالة على حسن الاحتياط. كقوله عليه السلام: دع ما يريبك الى ما لا يريبك «١» و قوله عليه السلام: الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام في الهلكة «٢» و نحوهما غيرهما.

(١) الوسائل، باب ١٢، من أبواب صفات القاضي.

(٢) نفس المصدر.

و ربما يزداد على ذلك بأن أخذ المال منهم يوجب محبتهم فإن القلوب مجبولة على حب من أحسن اليها و يترتب عليه من المفاسد ما لا يخفى. (١)

و فى الصحيح ان أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئا الا اصابوا من دينه مثله (٢) و ما عن الامام الكاظم من قوله عليه السلام: لو لا انى ارى من ازوجه بها من عزاب آل «بنى» أبى طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلتها ابداء. (٣)

و فيه: انه تارة نقول ان هذه الاخبار مختصة بما اذا اشتبه الحكم الظاهرى ايضا بمعنى ان الواقعة غير معلومة الحكم حتى ظاهرا، فهى اجنبية عن المقام لكون الحكم الظاهرى و هو الجواز معلوما لقاعدة اليد.

و اخرى: نقول بشمولها لما اذا اشتبه حكمها الواقعى و إن كان الحكم الظاهرى معلوما فيرد على الاستدلال بها: انه على هذا لا يختص هذا الحكم بما يؤخذ من يد الجائر، لوجود احتمال الحرمة الواقعية فى نوع الاموال حتى المأخوذة من عدول المؤمنين.

مع ان مفاد هذه الاخبار ليس هو الكراهة الشرعية، فانها تدل على الرجحان العقلى الذى لا يترتب عليه سوى عدم الوقوع فى المحتمل. (١) الثالث: ان أخذ المال يوجب محبتهم، فإن القلوب مجبولته على حب من أحسن اليها، و يترتب عليه من المفاسد ما لا يخفى.

و فيه: ان المنهى عنه هو محبتهم، فالموضوع ليس هو المال المشتبه بل من هذه الجهة لا فرق بين المشتبه و معلوم الحلية.

(٢) الرابع: ما فى الصحيح: ان أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئا إلا اصابوا من دينه مثله «١».

و فيه: انه ليس فى مقام انشاء الحكم بل الظاهر منه كونه ارشادا الى ان ذلك يستلزم محبة بقائهم، و هى مرجوحة و لا أقل من احتمال ذلك مع ان هذا لا يختص بالمال المشتبه.

(٣) الخامس قول الإمام الكاظم عليه السلام فى خبر الفضل «٢». المذكور فى المتن.

(١) الوسائل، باب ٤٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٢) الوسائل، باب ٥٠، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٠٥

ثم انهم ذكروا ارتفاع الكراهة بأمور:

منها أخبار المجيز بحليته بأن (١) يقول هذه الجائزة من تجارتي أو زراعتي أو نحو ذلك مما يحل للأخذ التصرف فيه، و ظاهر المحكى عن الرياض تبعا لظاهر الحدائق انه مما لا- خلاف فيه و اعترف ولده فى المناهل بأنه لم يجد له مستندا مع انه لم يحك التصريح به الا عن الاردبيلي، ثم عن العلامة الطباطبائي و يمكن أن يكون المستند ما دل على قبول قول ذى اليد فيعمل بقوله كما لو قامت البينة على تملكه (٢)

و شبهة الحرمة و إن لم ترتفع بذلك الا ان الموجب للكراهة ليس مجرد

فإنه يدل على ان قبول الهدية فى نفسه مرجوح، و انما قبلها الامام لمصلحة أهم و هى بقاء نسل أبى طالب.

و فيه: ان الظاهر و لا أقل من المحتمل كون منشأ مرجوحية قبولها له عليه السلام انما هو كراهة قبول المنه منهم لا كراهة قبول الهدية شرعا، و يشهد لذلك ان ما أخذه عليه السلام من الرشيد إن كان من أمواله الشخصية أو من بيت المال أو من مجهول المالك جاز له أخذه من غير كراهة، أما على الاول فواضح، و أما على الاخيرين فلان بيت المال و مجهول المالك للامام عليه السلام، و إن كان من معروف لم يجز أخذه حتى لاستيفاء هذه المصلحة المهمة.

فتحصل: انه لا دليل على الكراهة شرعا.

رافع الكراهة عن جوائز السلطان

(١) قوله منها اخبار المجيز بحليته.

الثاني: نسب الى المشهور: ارتفاع الكراهة على تقدير ثبوتها بأخبار المجيز بحليته و انه من أمواله الشخصية، بل عن بعضهم: نفى الخلاف فيه، و لكن لم يذكروا لذلك مستندا سوى ما في المكاسب.

(٢) بأنه يمكن أن يكون المستند ما دل على قول ذي اليد فيعمل بقوله كما لو قامت البيئته على تملكه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠٦

الاحتمال و إلا لعمت الكراهة أخذ المال من كل أحد، بل الموجب له كون الظالم مظنة الظلم و الغصب (١) و غير متورع عن المحارم نظير كراهة سؤر من لا يتوقى النجاسة، و هذا المعنى يرتفع بأخباره الا اذا كان خبره كيدته مظنة للكذب لكونه ظالما غاصبا فيكون خبره حينئذ كيدته و تصرفه غير مفيد الا للاباحة الظاهرية الغير المنافية للكراهة فيخص (فيختص) الحكم برفع الكراهة بما اذا كان مأمونا في خبره، و قد صرح الاردبيلي قدس سره بهذا القيد في أخبار و كيله و بذلك يندفع ما يقال من انه لا فرق بين يد الظالم و تصرفه و بين خبره في كون كل منهما مفيدا للملكية الظاهرية غير مناف للحرمة الواقعية المقتضية للاحتياط، فلا وجه لوجود الكراهة الناشئة عن حسن الاحتياط مع اليد و ارتفاعها مع الاخبار فتأمل.

و منها إخراج الخمس (٢) منه حكى عن المنتهى و المحقق الاردبيلي قدس سره، و ظاهر الرياض هنا ايضا عدم الخلاف، و لعله لما ذكر في المنتهى في وجه استحباب إخراج الخمس من هذا المال من ان الخمس مطهر للمال المختلط يقينا بالحرام فمحتمل الحرمة أولى بالتطهير (٣) به، فإن مقتضى الطهارة بالخمس صيرورة

و هو فاسد، فإن أخباره بحليته يكون أمارة الملكية، كما أن يده أمارة لها، فإن كانت الكراهة ثابتة مع اليد من جهة احتمال الحرمة كانت ثابتة مع أخباره بها، إذ به لا يقطع بالحلية، و عليه فما استدل به على ثبوت الكراهة يدل على ثبوتها حتى مع الاخبار لو تمت دلالاته عليه.

(١) و ما ذكره المصنف قدس سره من ان الموجب له كون الظالم مظنة الظلم و الغصب لا مجرد احتمال ذلك فإذا أخبر المجيز بحلية الجائزة و كان مأمونا في خبره لا محالة لا يكون مظنة ذلك بل يكون احتمالا مجردا و هو لا يوجب الكراهة.

فيه: ان مقتضى الادلة المتقدمة كون الموجب مجرد الاحتمال الموجود مع الاخبار ايضا.

(٢) قوله و منها إخراج الخمس.

و قد استدل لكونه رافعا للكراهة بوجهين:

(٣) أحدهما: ما عن العلامة قدس سره و هو: ان الخمس يطهر المال المختلط بالحرام يقينا، فمحتمل الحرمة أولى بالتطهير منه، فإن المستفاد من النصوص الواردة في المقيس عليه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠٧

المال حلالا واقعا فلا يبقى حكم الشبهة كما لا يبقى في المال المختلط يقينا بعد إخراج الخمس. نعم (لكن) يمكن الخدشة في أصل الاستدلال بأن الخمس انما يطهر المختلط بالحرام حيث ان بعضه حرام و بعضه حلال فكأن الشارع جعل الخمس بدل ما فيه من الحرام (١) فمعنى تطهيره تخليصه بإخراج الخمس مما فيه من الحرام، فكان المقدار الحلال طاهرا في نفسه الا انه قد تلوث بسبب الاختلاط مع الحرام بحكم الحرام و هو وجوب الاجتناب، فإخراج الخمس مطهر له عن هذه القذارة العرضية. و أما المال المحتمل لكونه بنفسه حراما، و قدرا ذاتيا فلا معنى لتطهيره بإخراج خمسه بل المناسب لحكم الاصل حيث جعل الاختلاط قذارة عرضية كون

الحرام قدر العين، ولازمه ان المال المحتمل الحرمة غير قابل للتطهير فلا بد من الاجتناب عنه.

صيرورة المال حلالا- واقعا بعد إخراج الخمس، و مقتضى جريانه بالاولوية في المقام الحلية الواقعية، فلا يبقى اشتباه حتى تبقى الكراهة.

(١) و أورد عليه المصنف قدس سره بأن الحلال المختلط بالحرام المعلوم وجوده المجهول قدره انما يكون طاهرا ذاتا، و انما صار قدرا عرضا بواسطة الاختلاط بالحرام، فيمكن تطهيره بإخراج الخمس، فكأن الشارع جعل ذلك مصالحةً و الخمس بدلا عما فيه من الحرام، و هذا لا يجرى في مورد يحتمل كون المال بتمامه حراما و قدرا ذاتا، فانه لا معنى لتطهيره باخراج خمسه.

و لكن: يمكن الجواب عن هذا الايراد بأن في المقيس عليه انما يحكم بطهارة المال و إن كان في الواقع مقدار الحرام أزيد من الخمس، فاذا فرضنا صيرورة الحرام الواقعي طاهرا و حلالا- واقعا بإخراج الخمس لكون ذلك مصالحةً في نظر الشارع فليكن في المحتمل كذلك، و مجرد احتمال القذارة الذاتية في مجموع المال لا يمنع من ذلك، فيكون المقام نظير ما لو كان مال مرددا بين شخصين و تصالحا على النصف مثلا.

مع انه يمكن تصوير صورة يكون المقام مثل المقيس عليه، و هي ما لو علم بحلية بعض الجائزة و احتمل حرمة الباقي مع الجهل بقدره، فاذا ثبت استحباب الخمس في هذه الصورة و ارتفعت الكراهة بذلك ثبت الاستحباب و ارتفعت الكراهة في غير هذه الصورة ايضا بعدم القول بالفصل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠٨

نعم يمكن أن يستأنس أو يستدل على استحباب الخمس بعد فتوى النهاية التي هي كالرواية ففيها كفاية (١) في الحكم بالاستحباب و كذلك فتوى السرائر مع عدم العمل فيها إلا بالقطعيات.

فالاولى في مقام الايراد على أصل الاستدلال أن يقال: إن الاولوية ظنية لا اعتبار بها، إذ لعل التخميس حكم العلم بالحرام لا واقع الحرام.

مع ان مقتضى هذا الوجه هو الحكم بوجوب التخميس لا استحبابه لان ذلك لازم اتحاد الملاك في الموردين.
ثانيهما: ان النصوص الدالة على حلية المال المختلط بإخراج خمسه مطلقه شاملة لما اذا احتمل كون جميع المال حراما، لو لم يكن ذلك هو الغالب من موردها، و مع ذلك فاذا أثر التخميس في حلية البقية كان معناه ان التخميس يرفع كل منقصة في المال.
و بعبارة اخرى: كان معناه رفع أثر العلم الاجمالي و الشك البدوي، فاذا كان رافعا لأثر الاحتمال هناك كان رافعا لأثر الاحتمال في المقام لعدم القول بالفصل و للعلم بعدم دخل اقتران العلم في رفع أثر الاحتمال.
و فيه: انه لا دليل على رفع أثر الاحتمال و الشك البدوي، فإن غاية ما يستفاد من تلك النصوص ارتفاع أثر العلم الاجمالي، فاذا فرضنا احتمال الحرمة في جميع المال و كون أثر ذلك كراهة الاخذ فلا تدل النصوص على رفع هذه الكراهة.

تذييل

(١) قوله بعد فتوى النهاية التي هي كالرواية ففيها كفاية في الحكم بالاستحباب.

الثالث: قد استدلل لاستحباب إخراج الخمس في المقام- و إن لم يكن رافعا لأثر الكراهة- بوجوه:

أحدها: فتوى النهاية التي هي كالرواية باستحباب الخمس في جوائز السلطان، فإن ذلك بضميمة أخبار من بلغ يوجب ثبوت الاستحباب.

وفيه: ان اخبار من بلغ لا تشمل فتوى الفقيه، و فتوى النهاية كالرواية و ليست برواية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٠٩

بالموثقة المسئول فيها عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل، قال عليه السلام: لا إلا ان لا يقدر على شيء يأكل و يشرب و لا يقدر على حيلة فان فعل فصار في يده شيء، فليبعث بخمسه الى أهل البيت (١) فان موردها و إن كان ما يقع في يده بإزاء العمل الا ان الظاهر عدم الفرق بينه و بين ما يقع في اليد على وجه الجائزة.

و يمكن أن يستدل له ايضا بما دل على وجوب الخمس في الجائزة مطلقا (٢)

و هي عدة أخبار مذكورة في محلها، و حيث ان المشهور غير قائلين بوجوب الخمس في الجائزة حملوا تلك الاخبار على الاستحباب، ثم ان ان المستفاد مما تقدم من اعتذار الكاظم عليه السلام من قبول الجائزة بتزويج عزاب الطالبين لثلا ينقطع نسلهم، و من غيره ان الكراهة ترتفع بكل مصلحة هي أهم في نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهة . (٣)

(١) ثانيها موثق عمار «١» عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن.

وفيه: ان ظهور الامر في الوجوب بضميمة ما ارتكز في الأذهان من وجوب الخمس في ارباح المكاسب، يوجب ظهور الخبر في ارادة ثبوت الخمس بعنوان ربح المكسب لا بعنوان المال المشتبه، و لا أقل من إجماله و احتمال ارادة ذلك.

(٢) ثالثها ما في المتن قال و يمكن أن يستدل له ايضا بما دل على وجوب الخمس في الجائزة «٢».

و حيث ان المشهور غير قائلين بوجوب الخمس في الجائزة، فتحمل تلك الاخبار على الاستحباب.

وفيه: ان تلك النصوص ان حملت على الاستحباب، أو أبقيت على ظاهرها من الوجوب، تكون دالة على ثبوت الخمس في الجائزة بعنوان ربح المكسب لا بعنوان آخر، فتعتبر زيادتها عن مئونة السنة و مضى الحول، و هذا غير ما هو محل الكلام.

فتحصل: انه كما لا دليل على ارتفاع الكراهة باخراج الخمس، لا دليل على استحبابه فيها بعنوان المال المشتبه.

(٣) هذا هو الوجه الثالث: مما ذكر كونه رافعا للكراهة و هو وجود مصلحة في الجائزة هي أهم في نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهة.

(١) الوسائل، باب ٤٨، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يجب فيه الخمس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١٠

و يمكن أن يكون اعتذاره عليه السلام اشارة (١) إلى أنه لو لا صرفها فيما يصرف فيه المظالم المردودة لما قبلها فيجب أو ينبغي أن يأخذها ثم يصرفها في مصارفها و هذه الفروع كلها بعد الفراغ عن إباحة أخذ الجائزة و المتفق عليه من صورها صورة عدم العلم بالحرام في ماله أصلا أو العلم بوجود الحرام مع كون الشبهة غير محصورة أو محصورة ملحقه بغير المحصورة على ما عرفت، و إن كانت الشبهة محصورة (٢) بحيث تقتضى قاعدة الاحتياط لزوم الاجتناب عن الجميع لقابلية تنجز التكليف بالحرام المعلوم إجمالا فظاهر جماعة المصرح به في المسالك و غيره الحل و عدم لحوق حكم الشبهة المحصورة هنا.

و استدلل لذلك المصنف قدس سره باعتذار الامام الكاظم عليه السلام عن قبول الجائزة بتزويج عزاب الطالبين لثلا ينقطع نسلهم.

وفيه: ما عرفت من أن الوجه في امتناعه عن قبولها انما هو لزوم المنه و المهانة لا الكراهة مع ان هذه الكبرى الكلية لو تمت لم تفد شيئا، إذ الشأن انما هو في تشخيص الصغرى و هو مشكل.

(١) قوله و يمكن أن يكون اعتذاره عليه السلام اشارة.

محصل مراده انه يمكن أن يكون أخذه عليه السلام للمال من الجائر بعنوان انه مجهول المالك و صرفه في مصارفه و عليه فهو اجنبى عن المقام.

و يحتمل أن يكون، مراده أن اعتذاره يدل على رفع الكراهة بصرف المال في مصارف المظالم، فيكون هذا بخصوصه رافعا للكراهة و لا دلالة فيه على كون مطلق المصلحة رافعا لها.

و فيه ايا منهما كان مراده يرد عليه- انه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من التعليل بعدم انقطاع النسل- و تزويج عزاب آل أبى طالب، ان المصلحة الموجبة للقبول هي ذلك لا كون آل أبى طالب مصارف له.

حكم الجائزة مع العلم بوجود الحرام

(٢) قوله و إن كانت الشبهة محصورة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١١

قال في الشرائع: جوائز السلطان الجائر إن علمت حراما بعينها فهي حرام، و نحوه عن نهاية الاحكام و الدروس و غيرهما، قال في المسالك التقييد بالعين اشارة الى جواز أخذها و إن علم أن في ماله مظالم كما هو مقتضى حال الظالم و لا يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام في وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك، انتهى.

المورد الثانى: كون الشبهة محصورة، و كون جميع الاطراف داخله فى محل الابتلاء.

و قد مر أن حكم المورد الاول حكم هذا المورد، و كيف كان:

فيقع الكلام فى مقامين:

الاول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

أما المقام الاول: فتارة يجوز الجائر بعض أمواله المعين لأحد مجانا أو مع العوض، أو يجيز التصرف فيه.

و اخرى يجيز جميع أمواله، أو يجيز التصرف فى الجميع.

و ثالثة: يجيز التصرف فى شىء غير معين منها على سبيل العموم البدلى.

فالكلام فى موارد:

أما المورد الاول: فالحق هو انحلال العلم الاجمالي بوجود الحرام فى أمواله الى العلم التفصيلي بحرمه التصرف فى بقية أمواله، اما لكونها مغضوبة، أو لعدم إذن الجائر فى التصرف فيها، و الشك البدوى فى جواز التصرف فى خصوص الجائزة، و عليه فمقتضى قاعدة اليد هو جواز التصرف، و لا تعارضها قاعدة اليد فى بقية الاموال لما تقدم من حرمة التصرف فيها على كل تقدير.

نعم، إذا فرضنا ان المكلف مخاطب بخطاب بالنسبة اليها كما اذا جعل الجائر بقية أمواله فى معرض البيع و تمكن المكلف من شرائها، تسقط قاعدة اليد بالمعارضه، لكن ذلك

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١٢

أقول: ليس فى أخبار الباب ما يكون حاكما على قاعدة الاحتياط فى الشبهة المحصورة بل هي مطلقه أقصاها كونها من قبيل قولهم عليهم السلام كل شىء لك حلال أو كل شىء فيه حلال و حرام فهو لك حلال، و قد تقرر حكومه قاعدة الاحتياط على ذلك فلا بد حينئذ من حمل الاخبار على مورد لا يقتضى القاعدة لزوم الاجتناب عنه كالشبهة الغير المحصورة أو المحصورة التى لم يكن كل

من احتمالاتها موردا لابتلاء المكلف أو على ان ما يتصرف فيه الجائر بالاعطاء يجوز أخذه حملا لتصرفه على الصحيح (١) أو لان تردد الحرام بين ما ملكه الجائر و بين غيره من قبيل التردد بين ما ابتلى به المكلف، و ما لم يبتل به و هو ما لم يعرضه الجائر لتمليكه فلا يحرم قبول ما ملكه لدوران الحرام بينه و بين ما لم يعرضه لتمليكه. (٢)

فرض نادر الوقوع فى أموال الاشخاص الذين يكون الشخص عالما بوجود الحرام فى أموالهم من الجائر و عماله و الآكلين للربا و الغاصبين لأموال الناس و السارقين و غيرهم.
و تدل على جواز التصرف فى الجائزة فى هذا المورد بعد انحلال العلم الاجمالى أصالة الصحة بالتقريب المتقدم فى الصورة الاولى.
و عليه فالإيراد على المصنف قدس سره حيث علل الجواز بقوله.
(١) حملا لتصرفه على الصحيح.

بأنه إن أريد بأصالة الصحة حمل فعل المسلم على الصحيح فيما اذا كان ذا وجهين فهى لا توجب ترتب آثار الصحيح عليه، و إن أريد بها أصالة الصحة فى العقود و الايقاعات فلا ريب انها لا تثبت كون العوضين ملكا للمتبايعين كما عن الاستاذ الاعظم.
غير صحيح، إذ الظاهر ان مراده هو الثانى، و قد عرفت دفع هذا الإيراد فراجع.
و لعله الى ما ذكرناه نظر المصنف قدس سره من ما ذكره من ان القاعدة لا تقتضى لزوم الاجتناب فى هذا المورد معللا بقوله.
(٢) لان تردد الحرام بين ما ملكه الجائر و بين غيره من قبيل التردد بين ما ابتلى
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣١٣

...

به المكلف و ما لم يبتل به فلا يحرم قبول ما ملكه لدوران الحرام بينه و بين ما لم يعرضه لتمليكه.
و ان كان ذلك غير ظاهر منه و لكن لا مناص من حمله عليه كما لا يخفى.
و قد استدلل للجواز فى هذا المورد بوجوه اخرى:

منها: ان الشبهة من قبيل غير المحصورة من جهة أن مجموع الاشخاص الذين يكون العلم حاصلًا بوجود الحرام فى أموالهم من السلطان و عماله و الآكلين للربا و السارقين و غيرهم بمنزلة شخص واحد بالنسبة الى هذا المكلف، و من المعلوم أن أموالهم من حيث المجموع من غير المحصورة.

و فيه: مضافا الى ما تقدمت الاشارة اليه من عدم الفرق فى تنجيز العلم الاجمالى بين كون الشبهة محصورة أو غير محصورة ان الشبهة على هذا التقدير من باب الكثير فى الكثير.

و منها: لزوم العسر و الحرج من التجنب عن أموالهم لسد باب المعاش.

و فيه: ان هذا لو تم لاقتضى عدم التجنب فى كل مورد لزم منه ذلك، فلو فرضنا عدم لزومه فى مورد او بالنسبة الى شخص خاص لما اقتضى هذا الوجه جواز تصرفه لما حقق فى محله من أن المنفى فى أدلة نفي العسر و الحرج هو الشخصى منهما لا النوعى.

و منها: ان الجائر باعطاء الجائزة يدعى ملكيتها ضمنا، و حيث انه لا معارض له فى هذه الدعوى فلا بد من سماعها.

و فيه: انه و إن دل خبر منصور بن حازم «١» على ان من ادعى كون شىء ملكا له و لا- معارض له يحكم بأنه له، الا انه غير مربوط بالمقام الذى يعلم بوجود الحرام فى الاموال التى تحت يد الجائر الذى يكون تسلطه عليها متضمنا لدعوى ملكية الجميع كما لا يخفى.
و منها: أصالة الحل.

(١) الوسائل، باب ١٧، من أبواب كيفية الحكم، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١٤

...

وفيه: ان الاستدلال بها يتم فيما كان المأخوذ من المباحات الاصلية و شك في حرمة من جهة احتمال أن يكون غير المجيز قد حازه و قد أخذ الجائر منه ظلما، و أما في الاموال التي تكون مسبوقه بيد اخرى يقينا فهذا الاصل محكوم لأصالة عدم الانتقال.

و أما المورد الثاني: كما اذا كان للجائر مائة تومان و أجاز لأحد أن يتصرف فيها أو ملكها اياه و علم ذلك الشخص بكون مقدار منها مال الغير و قد أخذه ظلما، فلا ريب في عدم جواز التصرف للعلم الاجمالي غير المنحل في هذا المورد الموجب لعدم جريان شيء من القواعد و الاصول الدالة على جواز التصرف في المال المشتبه المأخوذ من الغير.

و أما المورد الثالث: فالقول بجواز التصرف فيه و عدمه مبنيان على انحلال العلم الاجمالي و عدمه، إذ على الاول يجوز لما ذكرناه في المورد الاول، و على الثاني لا يجوز لما تقدم في المورد الثاني.

و قد اختار المصنف قدس سره عدم الانحلال و تبعه الاستاذ الاعظم.

و ذهب المحقق النائيني و تبعه المحقق الايرواني قدس سره الى الانحلال.

و الحق هو الثاني، و ذلك بناء على ما حققناه في الاصول من شمول أدلة الاصول لأطراف العلم الاجمالي بنحو التخيير و عدم لزوم محذور من ذلك، غاية الامر التزمنا بلزوم الاجتناب عن جميع الاطراف للنصوص الخاصة الواردة في الموارد المخصوصة، حيث إن الاستفادة منها كبرى كلية واضح، فان مورد تلك النصوص ما اذا تمكن المكلف من ارتكاب جميع الاطراف، ففيما لا يمكن ذلك يكون المرجع هي أدلة الاصول.

و أما على القول بعدم شمولها لها و لو بنحو التخيير، فلان عدم جريان الاصول في طرفي العلم الاجمالي انما يكون لاجل التعارض، و هو انما يكون من جهة أن من جريانهما معا يلزم الترخيص في المعصية، فاذا فرضنا انه لا يلزم من جريانهما معا الترخيص في المعصية لعدم القدرة على الجمع بين الاطراف تكويننا أو تشريعا لا مانع من جريانهما معا. و تمام الكلام في ذلك موكول الى محله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١٥

فالتكليف بالاجتناب عن الحرام الواقعي غير منجز عليه كما أشرنا اليه سابقا فلو فرضنا موردا خارجا عن هذه الوجوه المذكورة كما اذا اراد أخذ شيء من ماله مقاصه أو أذن له الجائر في أخذ شيء من أمواله على سبيل التخيير، أو علم أن المجيز قد أجازته من المال المختلط في اعتقاده بالحرام بناء على ان اليد لا تؤثر في حل ما كلف ظاهرا بالاجتناب عنه كما لو علمنا ان الشخص أعارنا أحد الثوبين المشتبهين في نظره فانه لا يحكم بطهارته. فالحكم في هذه الصور بجواز أخذ بعض ذلك مع العلم بالحرام فيه «عنه» و طرح قاعدة الاحتياط في الشبهة المحصورة في غاية الاشكال بل الضعف فلنذكر النصوص الواردة في هذا المقام و

و لكن الانصاف عدم جواز التصرف في هذا المورد حتى مع انحلال الاجمالي، إذ قد عرفت ان المجوز للتصرف في مورد الشك انما هو قاعدة اليد و أصالة الصحة، و جريان كل منهما في مورد يتوقف على احتمال صحة التصرف حتى في ظاهر الشرع و لو أحرز انه لا يجوز له ذلك و لو في ظاهر الشرع لما كان المورد مورد الشيء منهما كما لا يخفى، و عليه فاذا اجاز الظالم مع علمه بحرمة بعض ما تحت يده في التصرف في الجميع بنحو العموم البدلي فهو قد أجاز التصرف في المحرم المعلوم تفصيلا أو اجمالا.

و على كل تقدير ليس له ذلك، فاذا لم تجر قاعدة اليد و أصالة الصحة- و حيث يحتمل حرمة التصرف فيما يختاره و مقتضى الاصول الموضوعية المشار اليها سابقا عدم جواز التصرف- فلا يجوز له ذلك.

و بما ذكرناه ظهر انه في المورد الاول إذا لم يحتمل صحة تصرفه في ظاهر الشرع- كما اذا احرز انه اجازته من المال المختلط في اعتقاده بالحرام- لا يجوز التصرف فيه.

فتحصل: ان مقتضى القواعد عدم جواز التصرف في الجائزة في الموردين الاخيرين و في المورد الاول اذا علم ان المجيز أقدم على التصرف في الشبهة المحصورة الواقعة تحت يده.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١٦

نتكلم في مقدار شمول كل واحد منها بعد ذكره حتى يعلم عدم نهوضها للحكومة على القاعدة.

فمن الاخبار التي استدلت بها في هذا المقام قوله عليه السلام كل شيء فيه حلال و حرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه و قوله عليه السلام كل شيء لك حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه (١) و لا يخفى ان المستند في المسألة لو كان مثل هذا لكان الواجب. أما التزام ان القاعدة في الشبهة المحصورة عدم وجوب الاحتياط مطلقا كما عليه شذمة من متأخري المتأخرين أو أن مورد الشبهة المحصورة من جوائز الظلمة خارج عن عنوان الاصحاب.

فإن قيل: إن أدلة البراءة تدل على الجواز، اجبنا عنه بما ذكره المصنف قدس سره.

بقوله: و قد تقرر حكومة قاعدة الاحتياط على ذلك.

و إيراد الاستاذ الاعظم عليه بأن العجب منه حيث انه في الاصول شيد اساس تقديم أدلة البراءة على ادلة الاحتياط، فكيف التزم في المقام بحكومة قاعدة الاحتياط على البراءة.

مندفع بأن ما أفاده في الاصول انما هو في الاحتياط الشرعي، و كلامه في المقام في الاحتياط العقلي الذي هو مقتضى العلم الاجمالي و قد شيد في الاصول اساس تقديمه على ما كان من قبيل قولهم عليهم السلام كل شيء لك حلال «١» أو كل ما كان فيه حلال و حرام فهو لك حلال «٢» راجع الفرائد.

أما المقام الثاني: فقد استدلت لجواز التصرف في المأخوذ من الجائر في هذه الصورة بطوائف من النصوص:

الاولى: النصوص الدالة على حل الاشياء ما لم تثبت حرمتها.

و إليها اشار المصنف قدس سره.

(١) قال فمن الأخبار التي استدلت بها في المقام قوله عليه السلام كل شيء لك حلال «٣».

(١) الوسائل، باب ٦١، من أبواب الاطعمة المباحة، حديث ٢.

(٢) نفس المصدر، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٦١، من أبواب الاطعمة المباحة، حديث ٧ و باب ٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١٧

و على أي تقدير، فهو على طرف النقيض مما تقدم عن المسالك. (١)

و فيه: ان هذه النصوص لا تختص بما يؤخذ من يد الجائر، و قد تقرر في الاصول عدم شمولها لأطراف العلم الاجمالي أما لامتناعه أو لأجل النصوص الواردة في خصوص العلم الاجمالي كما هو الحق.

(١) قوله فهو على طرف النقيض مما تقدم.

أما على القول بأن القاعدة في الشبهة المحصورة عدم وجوب الاحتياط فلانه التزم في المسالك بكون القاعدة هو الوجوب.

و أما على القول بأن مورد الشبهة المحصورة من جوائز الظلمة خارج عن عنوان الاصحاب: فلانه التزم بخروجه عنه تخصيصا لا تخصيصا.

الطائفة الثانية: النصوص الواردة في باب الربا الدالة على ان ما أخذ زائدا عن رأس المال اذا لم يعلم صاحبه فهو حلال. كصحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام: في المال الذي ورثه ممن كان يربى: ان كنت تعلم بأن فيه مالا معروفا ربا و تعرف أهله فخذ رأس مالك ورد ما سوى ذلك، وإن كان مختلطا فكله هنيئا فإن المال مالك «١». و نحوه غيره. و قد ذكرها السيد في الحاشية و استدل بها لهذا القول. و فيه: انها واردة في الربا و دالة على ان المال المأخوذ بهذا العنوان يصير حلالا بالتوبة إذا اختلط، و يكون هذا المورد كجملة من الموارد التي اذن الشارع الاقدس في التصرف في مال الغير من غير رضاه و كونه حلالا واقعا كأكل المارة و أكل اللقطة و التصرف في الاراضي المتسعة و غيرها، فلا يكون هناك حرام، بل جميع المال للمتصرف، و عليه فهي أجنبية عن المقام. و هو قد استدل في ضمن الاستدلال بهذه الطائفة بخبرين آخرين: أحدهما: موثق سماعة عن الامام الصادق عليه السلام: إن كان خلط الحرام حلالا فاختلطا جميعا فلم يعرف الحلال من الحرام فلا بأس «٢»..

(١) الوسائل، باب ٥، من أبواب الربا حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٤، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١٨

و منها صحيحة أبي ولاد قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما ترى في رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب الا من أعمالهم، و أنا أمر به و أنزل عليه فيضيفني و يحسن الي و ربما أمر لي بالدرهم و الكسوة، و قد ضاق صدرى من ذلك، فقال لي: كل و خذ منها فلئك المهنة «الحظ» و عليه الوزر، و الاستدلال به على المدعى لا يخلو عن نظر (١) لان الاستشهاد إن كان من حيث حكمه عليه السلام بحل مال العامل المجيز للسائل فلا يخفى ان الظاهر من هذه الرواية و من غيرها من الروايات حرمة ما يأخذه عمال السلطان بإزاء عملهم له، و ان العمل للسلطان من المكاسب المحرمة بالحكم بالحل ليس الا من حيث احتمال كون ما يعطى من غير أعيان ما يأخذه من السلطان بل مما اقترضه أو اشتراه في الذمة.

و فيه: انه وارد في مقام بيان حكم ما تحت يده من مال مخلوط، و يدل على حليته مطلقا.

و لكن لا بد في مقام الجمع بينه و بين نصوص التخميس التي هي أخص منه من حمله على ارادة الحلية بعد التخميس، ثم للجمع بينه و بين سائر النصوص يحمل على صورة الجهل بقدر الحرام و صاحبه كما اشبعنا الكلام في ذلك في الجزء السابع من فقه الصادق في كتاب الخمس.

ثانيهما: خبر محمد بن أبي حمزة عن رجل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري الطعام فيجئني من يتظلم و يقول ظلمني فقال عليه السلام: اشتريه «١».

و فيه: مضافا الى ضعف سنده للارسال: انه غير ظاهر في صورة العلم الاجمالي بوجود الحرام في مال ذلك العامل، و مجرد دعوى الظلم لا يفيد لاثباته.

الطائفة الثالثة: النصوص الدالة على جواز أخذ الجائزة من الجائر سواء كان الاخذ مع العوض أو بدونه: كصحيح أبي ولاد «٢».. المذكور في المتن.

و أورد عليه المصنف قدس سره بقوله:

(١) لأن الاستشهاد إن كان من حيث حكمه عليه السلام بحل مال العامل المجيز.

(١) الوسائل، باب ٥٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣١٩

و أما من حيث ان ما يقع من العامل بيد السائل لكونه من مال السلطان حلال لمن وجده فيتم الاستشهاد لكن فيه مع ان الاحتمال الاول مسقط للاستدلال على حل المشتبه المحصور الذي تقضى القاعدة لزوم الاحتياط فيه لان الاعتماد حينئذ على اليد كما فرض مثله في غير الظلمة ان الحكم بالحل على هذا الاحتمال غير وجيه الا على تقدير كون المال المذكور من الخراج و المقاسمة المباحين للشيعة إذ لو كان من صلب مال السلطان أو غيره لم يتجه حله لغير المالك بغير رضاه لان المفروض حرمة على العامل لعدم احترام عمله (١) و كيف كان. فالرواية اما من أدلة حل مال السلطان المحمول بحكم الغلبة الى الخراج و المقاسمة. و أما من أدلة حل المال المأخوذ من المسلم لاحتمال كون المعطى مالكا له و لا اختصاص له بالسلطان أو عماله أو مطلق الظالم أو غيره. و أين هذا من هذا المطلب الذي هو حل ما في يد الجائر مع العلم إجمالا بحرمة بعضه المقتضى مع حصر الشبهة للاجتناح عن جميعه.

محصل ما أورده عليه المصنف قدس سره. ان الاستشهاد به.

إن كان من حيث حكمه عليه السلام بحل مال العامل المجيز للسائل.

فيرد عليه: ان الحكم بالحل حينئذ انما يكون من حيث احتمال كون ما يعطى من غير أعيان ما يأخذه من السلطان، بل مما اقتضه أو اشتراه في الذمة، لظهوره بقريته قوله عليه السلام و عليه الوزر الظاهر في ارادة وزر ما يأخذه من الاجرة في حرمة ما يأخذه عمال السلطان بإزاء عملهم له، و إن العمل للسلطان من المكاسب المحرمة، و عليه فمفاده اجنبى عن المقام لاختصاصه بما إذا علم بحرمة بقية أمواله تفصيلا و شك في حرمة خصوص الجائزة، و لا إشكال في الجواز في هذا الفرض بحسب القواعد أيضا لجريان قاعدة اليد فيها بلا معارض، و أين ذلك مما هو مفروض الكلام- أى العلم الاجمالي بوجود الحرام في أمواله- مع كون الشبهة محصورة و كون جميع أطرافه محل الابتلاء المقتضى للزوم الاحتياط.

(١) و إن كان من حيث حكمه عليه السلام بأن ما يقع من مال العامل بيد السائل لكونه من مال السلطان حلال لمن وجده.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢٠

و مما ذكرنا يظهر الكلام في مصححة أبى المعز أمر بالعامل فيجيزنى بالدراهم اخذها، قال: نعم و قلت: و احج بها قال: و حج بها.

و رواية محمد بن هشام أمر بالعامل فيصلنى بالصلة أقبلها قال: نعم، قلت: و احج بها. قال: نعم، و حج بها.

و رواية محمد بن مسلم و زرارة عن أبى جعفر عليه السلام جوائز السلطان ليس بها بأس الى غير ذلك من الاطلاقات (١) التى لا تشمل من صورة العلم الاجمالي

فيرد عليه: ان الحكم بالحل على هذا التقدير غير وجيه الا على تقدير كون المال المذكور من الخراج و المقاسمة المباحين للشيعة، إذ لو كان من صلب مال السلطان أو غيره لم يتجه حله لغير مالكة بغير رضاه، إذ المفروض حرمة على العامل لعدم احترام عمله. و فيه: ان الظاهر دلالة الخبر على جواز التصرف فيما يؤخذ من عمال السلطان حتى فى مورد اقتضاء القواعد عدم الجواز على كل من التقديرين.

اما على التقدير الاول: فلعدم اختصاصه بالصورة المفروضة، بل مقتضى اطلاقه هو الجواز حتى فيما لم يعلم تفصيلا بحرمة بقية أمواله، بل علم اجمالا بوجود المال الحرام في أمواله المحتمل أن يكون المأخوذ منه، وقوله ليس له مكسب غيره لا يقتضى الاختصاص بها، بل غايته معرضية ما عنده لان يكون من الاموال المأخوذة من السلطان.

و أما على التقدير الثاني: فلان مقتضى اطلاق الرواية جواز الاخذ مع احتمال كون المأخوذ من الخراج و المقاسمة، و حملها على صورة العلم بكونه من أحدهما، مضافا الى منافاته للاطلاق حمل على الفرد النادر، فتدل على حلية المأخوذ بمجرد احتمال كونه من الاموال المباحة للسائل حتى مع العلم الاجمالي بوجود الحرام في أمواله، لو لم ندع اختصاصها بهذا المورد.

(١) و بما ذكرنا ظهرت دلالة سائر النصوص على الجواز و الحلية كصحيح أبي المعز المتقدم و حسن «١» زرارة و محمد بن مسلم - او صحيحهما - و خبر «٢» محمد بن هشام. المذكورة في المتن.

و غير ذلك من الروايات المطلقة.

(١) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٢) نفس المصدر، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢١

بوجود الحرام الا الشبهة الغير المحصورة (١) و على تقدير شمولها لصورة العلم الاجمالي مع انحصار الشبهة فلا تجدى لان الحل فيها مستند الى تصرف الجائر بالاباحة و التمليك و هو محمول على الصحيح مع انه لو أغمض النظر عن هذا اورد بشمول الاخبار لما اذا أجاز الجائر من المشتبهات في نظره بالشبهة المحصورة و لا يجرى هنا أصالة الصحة في تصرفه يمكن استناد الحل فيها الى ما ذكرنا سابقا من ان تردد الحرام بين ما اباحه الجائر أو ملكه و بين ما بقى تحت يده من الاموال التي لا دخل فيها للشخص المجاز تردد بين ما ابتلى به المكلف من المشتبهين، و بين ما لم يتبل به و لا يجب الاجتناب حينئذ عن شىء منهما من غير فرق بين هذه المسألة و غيرها من موارد الاشتباه مع كون أحد المشتبهين مختصا بابتلاء المكلف به.

ثم لو فرض نص مطلق في حل هذه الشبهة مع قطع النظر عن التصرف و عدم الابتلاء بكلا المشتبهين لم ينهض للحكومة على قاعدة الاحتياط في الشبهة المحصورة (٢) كما لا ينهض ما تقدم من قولهم عليهم السلام كل شىء حلال، الخ.

(١) قوله لا تشمل ... الا الشبهة الغير المحصورة.

و قد حمل المصنف قدس سره هذه الطائفة من النصوص على الشبهة غير المحصورة أو المحصورة التي يكون بعض أطرافها خارجا عن محل الابتلاء، ثم قال:

(٢) انه لو فرض نص مطلق في حل هذه الشبهة مع قطع النظر عن التصرف و عدم الابتلاء بكلا المشتبهين لم ينهض للحكومة على قاعدة الاحتياط في الشبهة المحصورة.

و يرد على ما أفاده، أولا: انه خلاف اطلاق النصوص، فإنها مطلقة شاملة للشبهة المحصورة و غيرها، فتخصيصها بمورد خاص يحتاج الى دليل مخصص مفقود.

و يرد على ما أفاده ثانيا: ان المحقق في الاصول عنده قدس سره و قد تبعناه ان العلم الاجمالي بالنسبة الى الموافقة القطعية انما يكون بنحو الاقتضاء لا- العلية، أى تجب الموافقة القطعية ما لم يرد ترخيص فى المخالفة الاحتمالية، و الا فلا تجب و على ذلك، فالعلم الاجمالي المقتضى للاحتياط لا يصلح لرد هذه النصوص، مع انه قد عرفت انحلال العلم الاجمالي فى الموردين من الموارد الثلاثة المتقدمة اللذين هما محل الكلام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢٢

و مما ذكرنا يظهر ان اطلاق الجماعة لحل ما يعطيه الجائر مع عدم العلم بحرمة عيننا ان كان شاملا لصورة العلم الاجمالي بوجود حرام في الجائزة مردد بين هذا و بين غيره مع انحصار الشبهة فهو مستند الى حمل تصرفه على الصحة أو إلى عدم الاعتناء بالعلم الاجمالي لعدم ابتلاء المكلف بالجميع لا لكون هذه المسألة خارجة بالنص من حكم الشبهة المحصورة. نعم قد يخدش في حمل تصرف الظالم على الصحيح من حيث انه مقدم على التصرف فيما في يده من المال المشتبه على الحرام على وجه عدم المبالاة بالتصرف في الحرام فهو كمن أقدم على ما في يده من المال المشتبه المختلط عنده بالحرام، و لم يقل أحد بحمل تصرفه حينئذ على الصحيح لكن الظاهر ان هذه الخدشة غير مسموعة عند الاصحاب، فانهم لا يعتبرون في الحمل على الصحيح احتمال تورع المتصرف عن التصرف الحرام لكونه حراما بل يكتفون باحتمال صدور الصحيح منه و لو لدواع اخرى.

و أما عدم الحمل فيما اذا أقدم المتصرف على الشبهة المحصورة الواقعة تحت يده فلفساد تصرفه في ظاهر الشرع فلا يحمل على الصحيح الواقعي، فتأمل.

فإن المقام لا يخلو عن اشكال و على أي تقدير، فلم يثبت من النص و لا الفتوى مع اجتماع شرائط اعمال قاعدة الاحتياط في الشبهة المحصورة عدم وجوب الاجتناب في المقام، و الغاء تلك القاعدة و أوضح ما في هذا الباب من عبارات الاصحاب ما في السرائر حيث قال اذا كان يعلم ان فيه شيئا مغصوبا الا انه غير متميز العين بل هو مخلوط في غيره من أمواله أو غلاته التي يأخذها على جهة الخراج فلا بأس بشرائه منه، و قبول صلته لانها صارت بمنزلة المستهلك لانه غير قادر على ردها بعينها، انتهى.

و قريب منها ظاهر عبارة النهاية بدون ذكر التعليل، و لا ريب ان الحل لم يستند في تجويز أخذ المال المردد الى النص بل الى ما زعمه من القاعدة و لا يخفى عدم تماميتها الا ان يريد به الشبهة الغير المحصورة بقريته الاستهلاك، فتأمل. (١)

(١) و قد ظهر مما حققناه ما في كلماته في المقام فلا نعيد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢٣

...

و بما ذكرناه ظهر اندفاع ما أورده الاستاذ الاعظم على الاستدلال بهذه النصوص على الجواز: بأن المدعى إن ادعى انها تدل على الحلية الواقعية فيرد عليه: ان العمل باطلاقها يقتضى اباحة أخذ الجائزة من الجائر حتى مع العلم التفصيلي باشمالها على الحرام، و لم يتفوه به أحد، و إن ادعى ظهورها في الحلية الظاهرية فيرد عليه: ان تلك الاخبار لا يمكن شمولها لجميع الاطراف، فإنه ترخيص في المعصية، و لبعضها دون بعض ترجيح بلا مرجح، و اذا فتخرج موارد العلم الاجمالي الذي يوجب التنجز عن حدود تلك الاخبار تخصصا.

فإنه يرد عليه: ان العلم الاجمالي لا يكون منجزا كما عرفت في المورد الاول و الثالث اللذين هما محل الكلام، و إن شئت قلت: إن تلك الاخبار انما تدل على حلية ما يؤخذ من الجائر مجانا أو مع العوض الذي هو أحد أطراف العلم الاجمالي، و لا تدل على حلية جميع أمواله حتى الباقية تحت يده، و عليه فلا يلزم من القول بشمولها لبعض الاطراف ترجيح بلا مرجح، فلا مانع من شمولها له. و قد أورد على الاستدلال بهذه النصوص بإيراد آخر و هو: ان الظاهر من موثق اسحاق بن عمار قال: سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم قال: يشتري منه ما لم يعلم انه ظلم فيه أحدا «١». تقييد الحكم بصورة الشك فقط.

و فيه: ان السائل فرض ظلم العامل و مع ذلك سأل عن حكم الاشتراء منه، فمورده لا محالة يكون هو العلم الاجمالي بوجود الحرام. و جوابه عليه السلام ظاهر في إرادة أنه إن لم يعلم بالظلم في خصوص ما يؤخذ منه تفصيلا أو اجمالا لا بأس بالاشتراء و به يقيد اطلاق

سائر النصوص.

فتحصل: ان الظاهر من الروايات جواز التصرف في جوائز الظلمة سواء أخذت منهم مجانا أو مع العوض، وإن علم اجمالا- بوجود الحرام في أموالهم ما لم يعلم بوجوده في خصوص الجائزة، والله العالم بالاحكام.

(١) الوسائل، باب ٥٣، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢٤

و أما الصورة الثالثة: فهو ان يعلم تفصيلا حرمة ما يأخذه (١)

إشارة

فلا اشكال في حرمة حينئذ على الاخذ. (٢)

لو علم تفصيلا كون الجائزة محرمة

(١) قوله و أما الصورة الثالثة فهو ان يعلم تفصيلا حرمة ما يأخذه.

و الكلام في هذه الصورة يقع في جهتين:

الاولى: في حكم المأخوذ.

الثانية: في الفروع و الامور التي تعرض لها المصنف قدس سره في المكاسب.

أما الجهة الاولى: فمقتضى القواعد حرمة التصرف فيه لفرض كونه مال الغير.

و قد استدلل المحقق الايرواني قدس سره على جواز التصرف فيه باطلاق النصوص المتقدمة، ثم قال: نعم لا تشمل الرواية صورة معرفة

المالك بعينه أو في أطراف محصورة.

و فيه: اولاً: ان تلك النصوص ليست في مقام بيان اثبات الحلية الواقعية، و الا فمقتضى اطلاقها الحلية حتى في الموردين المزبورين، و

لم يتفوه بذلك فقيه، بل هي في مقام بيان جعل الحلية الظاهرية، و هي انما تكون مجعولة في صورة الشك و الاحتمال.

فمع القطع بالحرمة لا معنى لجعلها كما لا يخفى.

و ثانياً: انه لو سلم شمولها لهذه الصورة و جب تقييد اطلاقها بمفهوم موثق اسحاق المتقدم كما عرفت، فالأظهر عدم جواز التصرف فيه.

و الظاهر ان هذا هو مراد المصنف قدس سره من قوله.

(٢) و لا اشكال في حرمة، على الآخذ.

لما سيفتى بجواز الاخذ بنية الرد.

و أما الجهة الثانية: فقد ذكر في المقام أموراً:

الامر الاول: انه هل يجوز الاخذ من الجائر أم لا؟ ثم ما ذا حكم المأخوذ من حيث الضمان؟

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢٥

ال- ان الكلام في حكمه إذا وقع في يده فنقول علمه بحرمة. اما ان يكون قبل وقوعه في يده. و أما أن يكون بعده فإن كان قبله لم

يجز له أن يأخذه بغير نية الرد (١) الى صاحبه سواء أخذه اختياراً او تقييةً لان أخذه بغير هذه النية تصرف لم يعلم رضا صاحبه به. و

التقية تتنادى بقصد الرد فإن أخذه بغير هذه النية كان غاصبا ترتب عليه أحكامه. (٢) و ان أخذه بنية الرد كان محسناً و كان في يده

امانة شرعية.

(١) قوله فإن كان قبله لم يأخذه بغير نية الرد.

و الكلام فى هذا الامر يقع فى موردين:

المورد الاول: أن يعلم بحرمة الجائزة قبل استقرارها فى يده.

الثانى: ما لو علم بذلك بعده.

أما المورد الاول: فقد فصل المصنف قدس سره بين ان يكون الاخذ بغير نية الرد الى صاحبه، و ما اذا كان بتلك النية و اختار عدم الجواز و الضمان لو أخذ بغير نية الرد، و الجواز و عدم الضمان لو تلف فى ما اذا كان بنية الرد.

(٢) و استدل له: بانه أن أخذ بغير تلك النية كان غاصبا و متصرفا فى مال الغير عدوانا و بغير رضا صاحبه، فتترتب عليه أحكام الغاصب، و إن أخذ بنية الرد كان محسنا، و قد دل الدليل على أن المحسن - مضافا الى ان فعله حسن و عدل و محبوب - ليس عليه من سبيل، «١» و يكون المال فى يده أمانة فلا يضمن لو تلف.

وفيه: ان الاخذ بنية الرد الى المالك، اما أن يكون مع علم الاخذ برضا صاحبه كما هو الغالب، أو يكون مع علمه بعدم رضاه، أو يكون مع الشك فى رضا المالك ظاهر المصنف قدس سره هو الجواز فى جميع الصور الثلاث.

و لكن الاظهر عدم الجواز الا فى الصورة الاولى فلنا دعويان:

(١) التوبة: ٩١.

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٢، ص: ٣٢٦

...

الاولى: الجواز فى الصورة الاولى، و دليله واضح، لانه يجوز التصرف فى أموال كل أحد مع رضاه بالتصرف إن لم يكن محجورا. الثانية: عدم الجواز فى الصورتين الاخيرتين، و تشهد له الادلة الدالة على عدم جواز التصرف فى مال الغير مع عدم رضا صاحبه المحرز فى الصورة الثانية بالوجدان و فى الصورة الثالثة بالاستصحاب.

كقوله عليه السلام فى خبر الاحتجاج: فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير اذنه «١» و نحوه موثق سماعه «٢» و غيره.

و قد استدل للجواز فى الصورتين أوفى الصورة الاخيرة بوجهين:

الاول: ما دل من الآيات و الروايات على جواز الاحسان و محبوبيته بدعوى ان الاخذ لحفظ المال و رده الى مالكه مصداق للعدل و الاحسان.

وفيه: ان أخذ مال الغير مع عدم إحراز رضاه ليس احسانا، و لذا ترى انه لم يتفوه فقيه بجواز المعاملة مع أموال الغير بغير رضاه للاسترباح مستندا الى انه احسان، بل هو اساءة و ظلم، إذ التصرف فى مال الغير مع عدم احراز رضا صاحبه ظلم و عدوان لا عدل و احسان.

الثانى: ما استند اليه الاستاذ الاعظم و هو عدم صدق التصرف على مجرد الاخذ بنية الرد الى المالك، إذ التصرف عبارة عن التقلب و لا نسلم صدقه على ذلك، ثم قال: و اذا سلمنا صدقه لغة فانه منصرف عنه عرفا.

وفيه: ان الامساك و التحفظ تصرف فى الشىء، و لذا ترى انه التزم بالحرمة فى صورة احراز عدم رضا المالك بذلك، و لو لا صدق التصرف على الاخذ لما كان وجه لعدم الجواز.

(١) الاحتجاج، ص ٢٦٧ عن الاسدى عن العمري عنه عليه السلام.

(٢) الوسائل، باب ٣، من أبواب مكان المصلي، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢٧

و إن كان العلم به بعد وقوعه في يده كان كذلك أيضا، (١) و يحتمل قويا الضمان هنا لانه أخذ بنية التملك لا بنية الحفظ و الرد و مقتضى عموم على اليد الضمان.

و بالجملة: المناقشة في صدق التصرف على أخذ مال الغير و حفظه للرد اليه لا سبيل اليها، و ما يرى من ان العرف و العقلاء المتدينين يأخذون مال الغير لحفظه و الرد اليه ليس ذلك من جهة انهم لا يرون الاخذ تصرفا، بل من جهة احرازهم رضا صاحبه بذلك كما تقدم، فالظاهر انه ما لم يحرز رضا صاحبه لا يجوز الاخذ حتى مع نية الرد، كما انه يجوز الاخذ مع احراز الرضا و إن كان لا بنية الرد، فالضابط هو احراز الرضا و عدمه.

و أما الضمان لو تلف المال تحت يده فلا ريب في ثبوته في صورة الاخذ مع عدم رضا صاحبه إن لم يصدق عليه الاحسان كما هو الصحيح لقاعدة ضمان اليد، و أما لو أخذه مع احراز رضاه فهو غير ثابت، إذ المأخوذ حينئذ يكون امانة مالكية نظير الوديعة المالكية، و أما لو أخذه مع عدم احراز الرضا و بنينا على جوازه لكونه احسانا فهو يكون عنده امانة شرعية، فلا ضمان. و قد أورد على ما ذكره المصنف بقوله: و التقيّة تتأدى بقصد الرد.

بانه لا يعتبر في التقيّة عدم المندوحة و لذا لو اقتضت التقيّة التكفير في الصلاة في سعة الوقت و تمكن المكلف من الاتيان بالصلاة بغير تكفير في آخر الوقت صحت صلاته، لو صلى مع التكفير، فكيف اعتبره المصنف قدس سره في المقام. و يتوجه عليه انه فرق بين وجود المندوحة حال العمل، كما لو تمكن في المثال من الصلاة بغير تكفير لاجل وجود قائل منهم بعدم لزومه مثلا- و بين وجود المندوحة بالنسبة الى أصل العمل كما فيما فرضه الخصم فانه في الفرض الاول لا يشمله أدلة التقيّة لعدم صدق التقيّة و في الفرض الثاني تشمله: لصدق الموضوع و اطلاق الأدلة و ما نحن فيه من قبيل الاول كما لا يخفى.

(١) و أما المورد الثاني: و هو ما لو علم بكون الجائزة مغصوبة بعد استقرارها في يده،

فظاهر المكاسب و صريح السيد الفقيه ان هنا مسألتين:

الاولى: أنه هل يكون الاخذ بنية التملك مع الجهل بكونه للغير موجبا للضمان أم لا؟

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٢٨

و ظاهر المسالك عدم الضمان رأسا مع القبض جاهلا. قال: لانه يد امانة فيستصحب و حكى موافقته عن العلامة الطباطبائي قدس سره في مصابيح. لكن المعروف من المسالك و غيره في مسألة ترتب الايدي على مال الغير ضمان كل منهم و لو مع الجهل، غاية الامر رجوع الجاهل على العالم اذا لم يقدم على أخذه مضمونا و لا إشكال عندهم ظاهرا في انه لو استمر جهل القابض المتهم الى ان تلف في يده، كان للمالك الرجوع عليه و لا رافع يقيننا لهذا المعنى مع حصول العلم بكونه مال الغير فيستصحب الضمان لا عدمه. و ذكر في المسالك فيمن استودعه الغاصب مالا مغصوبا انه لا يرده اليه مع الامكان و لو أخذه منه قهرا ففي الضمان نظر و الذي يقتضيه قواعد الغصب ان للمالك الرجوع على ايهما شاء و إن كان قرار الضمان على الغاصب، انتهى.

و الظاهر ان مورد كلامه ما اذا أخذ الوديعة المال من الغاصب جهلا بغصبه ثم تبين له و هو الذي حكم فيه هنا بعدم الضمان لو استرده الظالم المجيز أو تلف بغير تفریط.

الثانية: انه اذا حكمنا بالضمان هل يبقى حكمه حتى لو نوى الحفظ بعد العلم بكونه للغير و رده الى صاحبه، أم يتغير الحكم بتغير العنوان؟ أما المسألة الاولى: فالمشهور بين الاصحاب على ما يظهر منهم فى نظائر المقام كإعارة الغاصب او بيعه أو رهنه لمال الغير و غير ذلك هو القول بالضمان، و عن المسالك و المفاتيح فى المقام: عدم الضمان، و كذلك عن المحقق و العلامة فى مسألة الاستعارة من الغاصب.

و استدل لعدم الضمان فى المقام بوجوه:

الاول: انه لا موجب لتوهم الضمان سوى قاعدة اليد، و هى لا تشمل المقام، إذ المأخوذ فى مفهوم الاخذ هو التعدى و العدوان، و مع الجهل بكونه للغير لا يصدق هذا العنوان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٢٩

...

وفيه: ان هذا الوجه و إن اختاره المحقق النائنى قدس سره لكنه غير تام، إذ مفهوم الاخذ أوسع من ذلك، و لذا ترى انه لا يتوهم أحد اختصاص هذا المبحث بكون الاخذ من السلطان و عماله على نحو التعدى من جهة تعبيرهم عن الموضوع بالجوائز المأخوذة من السلطان و عماله.

الثانى: ما ذكره المحقق التقى قدس سره و هو قوله عليه السلام فلك المهناء و عليه الوزر «١». بدعوى ان الضمان وزر، و ظاهر الرواية اختصاص الوزر بالعامل، فلا وزر على الاخذ.

وفيه: ما تقدم آنفا من اختصاص تلك النصوص بالصورتين الاولتين من الصور الاربع لموثق اسحاق فراجع.

الثالث: ان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده عدم ضمان الاخذ، لان اعطاء الجائزة من باب الهبة المجانية، و هى ليس فى صحيحها الضمان فكذا فى فاسدها، و كذا الوديعه و العارية و نحو ذلك.

وفيه: ان الضمان المدعى انما هو للمالك لا للمعطى، و هو لم يهب ماله و لم يسقط احترامه، و من اسقط احترامه لم يكن له ذلك.

الرابع: ان الغاصب أقوى من الآخذ. لانه مغرور من قبله، فيستند الاتلاف اليه دونه و كذا فى صورة التلف السماوى.

وفيه: ان الاقوائية لا توجب عدم ضمان الاضعف، و قاعدة الغرور انما تقتضى جواز رجوع المغرور الى من غره لا عدم جواز رجوع المالك اليه.

الخامس: ان الشارع قد رخص فى أخذ الجائزة عند الجهل بكونها مغصوبة، فهى امانة شرعية فى حال الجهل، و بعد العلم يشك فى الضمان فيستصحب يد الامانة.

وفيه: ان الترخيص فى حال الجهل ترخيص ظاهرى لا ترخيص واقعى، فلا ينافى

(١) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٣٠

...

حكم الشارع بالضمان الواقعى.

و ان شئت قلت: إن إذن الشارع فى وضع اليد على مال الغير إن كان لمصلحة المالك من حفظه له و ايصاله اليه كان ذلك موجبا لرفع الضمان، و إن كان لغير ذلك - كما فى المقام حيث انه اذن فى التملك ظاهرا - فهو لا يوجب رفعه، مع انه للعلم بكونه للغير

يرتفع الإذن الذي هو المناط في عدم الضمان على الفرض.

فتحصل: ان الاظهر هو الضمان لعموم على اليد «١».

و أما المسألة الثانية: و هي انه على القول بالضمان هل يرتفع هذا الحكم بنية الرد الى المالك بعد العلم بالحال كما اختاره السيد الفقيه قدس سره أم لا يرتفع كما احتمله المصنف قدس سره قويا و اختاره صاحب الجواهر قدس سره وجهان:

قد استدلل للاول في الحاشية: بأن اليد اذا انقلبت من العدوان و الخيانة الى الاحسان و الامانة ينقلب الحكم ايضا، إذ مقتضى عموم ما على المحسنين «٢» و نحوه من أدلة الامانات المخصصة لعموم على اليد كون الضمان ما دامت اليد عدوانية، فلا يصغى الى ما قيل من أن علة الضمان الاخذ العدواني من الاول فلا يفيد الانقلاب.

و فيه: مضافا الى ما عرفت من انه لا يصح الحكم بعدم الضمان للدلالة المشار اليها. و ليست هي مخصصة لعموم على اليد:

انه لو سلم صحة الحكم بعدم مستندا اليها، لا تصلح هي للدلالة على عدم الضمان في المقام، و ذلك لان غاية ما تدل عليه هذه الادلة ان يد الامين لا تقتضى الضمان لا انها تقتضى عدم الضمان، و عليه فحيث ان مقتضى عموم على اليد ان وضع اليد على مال الغير علة للضمان الباقي ما لم يؤد، فلا تصلح اليد الفعلية الحادثة التي هي يد امانية لمزاحمة اليد السابقة، إذ ما لا اقتضاء له لا يزاحم ما له الاقتضاء.

(١) سنن البيهقي، ج ٦، ص ٩٠- كنز العمال، ج ٥، ص ٢٥٧- عوالي اللئالي، ج ٢، ص ٣٤٥ ح ١٠.

(٢) سورة التوبة، آية: ٩١.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٢، ص: ٣٣١

و على أى حال فيجب على المجاز رد الجائزة بعد العلم بغصبتها إلى مالکها أو وليه (١)

و الظاهر انه لا خلاف في كونه فوريا. (٢)

فظهر ان ما افيد في وجه الحكم ببقاء الضمان و إن تبدلت اليد بيد الامانة، من عموم على اليد هو الصحيح، نعم اذا علم الاخذ برضا المالك بحفظ ماله بقصد الايصال اليه و كانت الامانة مالكية يرتفع الضمان، لان ذلك في قوة القبض و الاستيداع. و بما ذكرناه ظهر ان ما ذهب اليه المشهور في نظائر المقام من ان اليد غير الامانية اذا عادت اليها يبقى الضمان، إلا اذا أذن المالك في استدامة القبض، هو الصحيح.

يجب على المجاز رد الجائزة إلى أهلها

(١) و كيف كان: فلا اشكال في وجوب رد الجائزة الى صاحبها أو وليه كما صرح به غير واحد و في المتن.

و تنقيح القول في المقام يستدعي البحث في مقامين:

الاول: ما اذا كان مالک المأخوذ معلوما.

الثاني: ما اذا كان مجهولا.

أما المقام الاول: فلا ريب و لا كلام في وجوب رد المأخوذ إلى أهله، كان المال في يده امانة أم لم يكن كذلك لقاعدة على اليد في الثاني، و ما دل على وجوب رد الامانة من الآية الشريفة (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) «١» و غيرها في الاول، و للنصوص الخاصة الواردة في المقام الآتي بعضها الدالة على وجوب رد المأخوذ الى صاحبه اذا كان معلوما.

انما الكلام في موردين:

المورد الاول: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

(٢) و الظاهر انه لا خلاف في كونه فورياً.

(١) النساء: ٥٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٣٢

نعم، يسقط بإعلام صاحبه به، و ظاهر ادلته و جوب أداء الامانة و جوب الاقباض و عدم كفاية التخليه (١) الا أن يدعى انها في مقام حرمة الحبس، و جوب التمكين لا تكليف الامين بالاقباض، و من هنا ذكر غير واحد كما عن التذكرة و المسالك و جامع المقاصد ان المراد برد الامانة رفع يده عنها و التخليه بينه و بينها.»

و الظاهر ان وجهه فيما اذا كانت اليد غير امانية هو ما دل على حرمة التصرف في مال الغير و إمساكه، إذ لا فرق بين التصرف القليل و الكثير، و فيما اذا كانت اليد امانية، انه بالتأخير تثبت اليد على مال الغير زائداً على المقدار المأذون فيه بإذن المالك أو الشارع، و هو ظلم و عدوان و يشمله حينئذ ما دل على حرمة التصرف في مال الغير و إمساكه.

(١) الثاني: في معنى الأداء، و انه هل هو مجرد إعلام المالك بذلك و التخليه بينه و بين ماله، أم هو حمله إليه و إقباضه منه، أم كل من الامرين مصداق للأداء و الرد، أم يختلف باختلاف الموارد؟ كما هو ظاهر المتن و لعله الاظهر.

الظاهر: ان حقيقة الرد و الاداء إيصال الشيء الى محله، و حينئذ فإذا كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا بالتخليه بينه و بين مالكة، لان بها يخلع الامين نفسه عن السلطنة عليه و يدخله تحت سلطنة المالك و يوصل الشيء الى محله، و أما محل المال خارجاً فهو كل مكان رضى به المالك أو الشارع الاقدس، و حيث ان وجود المال عند الامين خارجاً انما يكون برضا المالك أو بإذن من ولي أمره - أي الشارع الاقدس - فلا يكون في غير محله كى يكون مكلفاً بالرد الخارجى.

و أما إذا كان المال مغصوباً فأداؤه و رده انما يكون بالتخليه و الاقباض منه، إذ كما ان كونه تحت سلطنة الغاصب في غير محله فلا بد من إيصاله إلى محله كذلك كونه عنده خارجاً يكون في غير محله، فلا بد من إيصاله اليه بالاقباض منه.

و من ما ذكرناه: علم أنه لو نقل الامين الوديعة من بلد الايداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ و بدون إذن المالك أو الشارع يجب ردها الى بلد الايداع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٣٣

و على هذا فيشكل حملها إليه لانه تصرف لم يؤذن فيه إلا اذا كان الحمل مساوياً لمكانه الموجود فيه أو أحفظ (١) فان الظاهر جواز نقل الامانة الشرعية من مكان الى ما لا يكون أدون من الاول في الحفظ، و لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الامكان (٢) لتوقف الاداء الواجب بمعنى التمكين و عدم الحبس على الفحص (٣) مضافاً الى الامر به في الدين المجهول المالك.

فتحصل: انه يعتبر في غير الامانة الاقباض من المالك، و فيها يكفى التخليه و لعل هذا هو المشهور بين الاصحاب.

(١) و المصنف قدس سره استشكل في حمل الأمانة للإقباض في مورد كفاية التخليه من جهة انه تصرف لم يؤذن فيه إلا اذا كان الحمل مساوياً لمكانه الموجود فيه أو احفظ.

و لكن الاظهر جواز الحمل اذا كان المال في حفظه و إن كان الابقاء في المحل أحفظ، إذ لا يجب تحرى الاحفظ في الامانة بل يكفى كونها في حفظه و حراسته في أى مكان وضعت ما لم ينه المالك عن وضعها في مكان خاص.

(٢) قوله و لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الإمكان.

و أما المقام الثاني: و هو ما اذا كان المالك مجهولا.

فتنقيح القول فيه يقتضى البحث فى مواضع:

الموضع الاول: هل يجب الفحص عن المالك، أم لا؟ فيه قولان: قد استدلل للقول الثانى بإطلاق النصوص الواردة فى مقام بيان مصرف مجهول المالك التى ستمر عليك.

و استدلل للقول الاول بوجهين:

(٣) الأول: ما فى المكاسب و هو ان الأداء الواجب متوقف عليه فيجب مقدمه له.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٣٤

...

و أورد عليه تارة: بأن الاداء انما يكون وجوبه مشروطا بالقدرة كسائر التكاليف الشرعية فلو علم بأنه لو تفحص لوجده وجب الاداء و الفحص، و لو شك فى ذلك فلا محالة يشك فى القدرة عليه فيشك فى التكليف، و معه يرجع إلى أصالة البراءة عن الوجوب. و اخرى: بأن اطلاق النصوص الآتية يقتضى عدم وجوب الاداء و الفحص مع الجهل بالمالك، و به يقيد اطلاق ما دل على وجوب الاداء.

و فيهما نظر:

أما الاول: فلان المحقق فى محله: ان البراءة لا تجرى فى مورد الشك فى القدرة على امتثال التكليف إن لم تكن شرطا شرعيا كما فى المقام، إما لكونها شرطا لتنجز التكليف لأصله، أو لبناء العقلاء على ذلك، أو غير ذلك.

و أما الثانى: فلان النسبة بين ما دل على وجوب الاداء و النصوص المشار اليها عموم من وجه، إذ الطائفة الاولى أعم من حيث شمولها لما اذا كان المالك معلوما، و أخص من حيث اختصاصها بصورة التمكّن العقلى من الاداء و الفحص. و الطائفة الثانية أخص من الجهة الاولى لاختصاصها بمجهول المالك و أعم من الجهة الثانية كما لا يخفى، و حيث ان دلالة كل منهما على المجمع انما تكون بالاطلاق فتساقطان معا فيرجع الى ما دل على عدم جواز التصرف فى مال الغير من غير رضا صاحبه - فتأمل -.

فإن المختار أخيرا تعين الرجوع الى الاخبار العلاجية فى هذا الفرض ايضا.

الوجه الثانى: هو دلالة طوائف من النصوص عليه:

منها: ما تضمن الامر به فى الدين المجهول المالك:

كصحيح معاوية عن الامام الصادق عليه السلام: فى رجل كان له على رجل حق ففقده و لا يدري أحي هو أم ميت و لا يعرف له وارث و لا نسب و لا بلد، قال: أطلبه، قال: ان ذلك قد طال فاتصدق به؟ قال: اطلبه «١».

(١) الوسائل، باب ٢٢، من أبواب الدين و القرض، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٣٥

...

و عن الفقيه: و روى فى هذا خبر آخر: إن لم تجد له وارثا و علم الله منك الجهد فتصدق به.

وفيه: ان مورد العلم بالمالك مع الجهل بموضعه، و محل الكلام انما هو مجهول المالك، إلا ان يدعى العلم بعدم الفرق بين الجهل بالمالك و الجهل بموضعه كما ادعى عدم الفرق بين الدين و العين.
و منها: ما دل على وجوب تعريف اللقطة «١».

وفيه: ان تلك النصوص المتضمنة للتعريف سنه ثم التصديق بها بعدها مختصة باللقطة، و التعدى يحتاج الى دليل مفقود.
و منها: ما دل على وجوب الفحص عن الاجير الذى بقيت اجرتة:

كموثق هشام بن سالم قال: سألت حفص الاعور أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده جالس قال: انه كان لابي أجير كان يقوم فى رحاه و له عندنا دراهم و ليس له وارث فقال أبو عبد الله عليه السلام: تدفع الى المساكين، ثم قال: رأيك، ثم أعاد المسألة فقال مثل ذلك، فأعاد عليه المسألة الثالثة فقال أبو عبد الله عليه السلام: تطلب وارثا فإن وجدت وارثا و إلا فهو كسبيل مالك «٢». و نحوه غيره.
و قد استدل بها السيد الفقيه.

و يرد عليها: ما أوردناه على الطائفة الاولى.

و منها: ما استدل به المحقق الايروانى قدس سره و هو ما ورد فى إيداع اللص دراهم أو متاعا عند مسلم و اللص مسلم، فإنه دل على أن الوديعة بمنزلة اللقطة فيعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها اليه و إلا تصدق بها عنه «٣».

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب اللقطة.

(٢) الوسائل، باب ٢٢، من أبواب الدين و القرض، حديث ٣.

(٣) الوسائل، باب ١٨، من أبواب اللقطة، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٣٦

ثم لو ادعاه مدع ففى سماع قول من يدعيه مطلقا لانه لا معارض له أو مع الوصف تنزيلا له منزلة اللقطة أو يعتبر الثبوت شرعا للاصل وجوه (١) و يحتمل غير بعيد عدم وجوب الفحص لإطلاق غير واحد من الاخبار. ثم إن المناط صدق اشتغال الرجل بالفحص نظير ما ذكره فى تعريف اللقطة.

و أورد عليه الاستاذ الاعظم: بأنه ضعيف السند لان فى طريقه قاسم بن محمد و حفص بن غياث، و بوروده فى قضية خاصة، فلا وجه للتعدى منها الى غيرها.

و لكن يمكن الجواب عن الاول بما عن صاحب الجواهر من: ان ضعف السند منجبر بعمل المشهور.
فتحصل مما ذكرناه: وجوب الفحص لوجهين فلاحظ.

لا تسمع دعوى المدعى له ما لم يثبت شرعا

(١) هذا هو الموضوع الثانى: و هو ما لو ادعاه مدع فهل يسمع قوله مطلقا أم مع الوصف، أو يعتبر الثبوت شرعا؟ وجوه:

الاول: انه يعطى مجهول المالك لمن يدعيه مطلقا.

الثانى: انه يعطى اياه مع التوصيف.

الثالث: انه لا يعطى اياه ما لم يثبت كونه له شرعا.

و قد استدل للاول: بخبر منصور الوارد فى الكيس الواقع بين الجماعة الدال على انه لمن يدعيه «١» بدعوى: ان المستفاد منه قاعدة كلية و هى سماع دعوى كل من لا معارض له.

و بالاجماع و السيرة على القاعدة المشار اليها.
و بقوله: في صحيح البنزني الوارد في اللقطة و إن جاء ك طالب لا تتهمه رده عليه «٢».

(١) الوسائل، باب ١٧، من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٥، من أبواب اللقطة، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٣٧

...

و بالنصوص الاخر الواردة في اللقطة الدالة على جواز التملك أو التصديق إلا ان يجي لها طالب كقوله عليه السلام فإن جاء لها طالب و الا فهي كسبيل ماله «١»، و نحوه غيره.
و بأدلة حمل فعل المسلم و قوله على الصحة.
و في كل نظر:

أما الاول: فلاختصاصه بما اذا لم يكن المال في يد واحد مأمور بإيصاله إلى مالكة، مع ان في كون المقام من قبيل دعوى من لا معارض له نظرا بل منعاً، فإنه مأمور بحفظ المال عن غير مالكة، و عليه فهو يمنع عن التصرف فيه.

و بذلك ظهر ما في الوجه الثاني، مضافا الى ان المتيقن منهما غير المقام.

و أما صحيح البنزني: فلم يعمل به في مورده.

و أما سائر النصوص: فالظاهر منها بعد التدبر هو العلم بكونه مالكا، و لو أبيت الا عن ظهورها في جواز الدفع بمجرد الطلب فيرد عليها: انه لم يعمل بها في موردها فكيف في غير موردها.

و أما أدلة حمل فعل المسلم و قوله على الصحة، فلانها تدل على عدم معاملة الفاسق و الكاذب معه لا انه يترتب عليهما آثار الواقع.
و أما الوجه الثاني:

فقد استدل له بالنصوص الواردة في اللقطة الدالة على انه يعطى اللقطة لمن يدعيها مع التوصيف «٢». بدعوى انه لا خصوصية للقطة.
و فيه: ان هذا الحكم غير ثابت في الاصل فضلا عن الفرع.

مع انه لو تم في اللقطة لا وجه للتعدى بعد احتمال الاختصاص.

فتحصل: ان الاقوى هو الوجه الثالث، إذ لا تحصل البراءة لمن وضع يده على مال غيره الا بالاداء الى مالكة.

بقي شيء، و هو: انه لو دفعه الى من يدعيه مع ثبوت كونه مالكا ثم تبين كون المالك غيره.

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب اللقطة.

(٢) الوسائل، باب ٦، من أبواب اللقطة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٣٨

و لو احتاج الفحص الى بذل مال كأجرة دلال صائح عليه. فالظاهر عدم وجوبه على الاخذ (١) بل يتولاه الحاكم ولاية عن صاحبه و يخرج عن العين أجرة الدلال.. ثم يتصدق بالباقي إن لم يوجد صاحبه و يحتمل وجوبه عليه لتوقف الواجب عليه (٢) و ذكر جماعة في اللقطة ان أجرة التعريف على الواجد لكن حكى عن التذكرة انه إن قصد الحفظ دائما يرجع أمره الى الحاكم لئبذل أجرته من بيت المال أو يستقرض على المالك أو يبيع بعضها ان رآه أصلح و استوجه ذلك جامع المقاصد.

فهل يضمن الدافع مطلقا.

أم لا يضمن كذلك.

أم يفصل بين صورة العلم و غيره من الطرق فيضمن في الاولى.

أم يفصل بين قيام البينة و غيرها فلا يكون ضامنا في الصورة الاولى.

أم يحكم بالضمان الا في صورة الزام الحاكم بالدفع.

أم يفصل بين دفع العين و القيمة فيكون ضامنا في الثاني؟ وجوه لو لم تكن أقوالا.

أقواها الاول، لان مقتضى أدلة الضمانات و الامانات بقاء المال في عهدة من تحت يده مال غيره الا ان يؤديه اليه، فغاية الضمان هو

الأداء الى المالك، و حديث لا ضرر لا يصلح لرفع الضمان، إذ الحكم بعدمه ضرر على المالك فيتعارض الضرران، و ما دل على نفى

السييل على المحسنين اجنبى عن المقام، لان من اعطى مال شخص الى غيره لا يكون محسنا بالنسبة الى ماله.

أجرة الفحص عن المالك

(١) هذا هو الموضوع الثالث: و هو ما اذا احتاج الفحص عن المالك الى بذل مال.

فهل هو على الاخذ أو على المالك؟ فقد استدل المصنف قدس سره للاول.

(٢) بأن الفحص عن المالك واجب على الآخذ فيجب عليه بذل المال مقدمة له.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٣٩

...

و أجاب عنه الاستاذ الاعظم: بأن مقدمة الفحص الواجب انما هي طبعى بذل المال سواء كان من كيسه أم من كيس المالك، و إذن

فلا يتعين البذل على الاخذ الا بدليل خاص و هو منفى في المقام.

و فيه: ان المقدمة و إن كانت هي الطبعى الا- ان الواجب منها هو ما يكون فعل الاخذ نفسه و لا- يعقل أن يجب بذل المال على

المالك بالوجوب المقدمى المترشح من وجوب الفحص المتوجه الى الاخذ.

فإن قيل: ان المدعى ان طرف التخيير اعطاء الآخذ من مال المالك فلا يلزم المحذور المذكور.

قلت: إنه على هذا لا يكاد يجب هذا الفرد بالوجوب المقدمى لحرمة الموجبة لاختصاص الوجوب بغيره.

فالاولى في الجواب عن أصل الدليل: ان الفحص بما أنه لا يتوقف على بذل المال دائما ففي مورد توقفه عليه لا مانع من الرجوع الى

دليل نفى الضرر إذا لم يكن ارتفاع الحكم الضررى على خلاف الامتنان.

توضيح ذلك: ان من وضع يده على مال غيره، ربما يكون عن وجه شرعى كاللقطه و أخذ المال من السارق مع العلم برضا صاحبه و

نحو ذلك، و ربما يكون على غير وجه شرعى كالغصب و السرقة و نحوهما.

فإن كان من قبيل الاول: كانت أجرة الفحص على المالك، بمعنى ان الاخذ يصرفها من كيسه، فإن وجده أخذها منه و الا فمن المال

الذى فى يده، و يتولى ذلك الحاكم حسبة لما دل على نفى السييل على المحسنين و لحديث نفى الضرر المتقدمين. فتأمل.

و إن كان من قبيل الثانى: كانت الا-جرة على الاخذ، و الوجه فى ذلك مضافا الى عدم شمول أدلة نفى الضرر و السييل على

المحسنين.

أما الثانى: فواضح، و أما الاول: فلكونه خلاف الامتنان.

ما دل على ان الغاصب يجب عليه رد المغصوب و ان تضرر بكثير، كما اذا توقف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٠

ثم إن الفحص لا يتقيد بالسنة على ما ذكره الاكثر هنا بل حده اليأس (١) و هو مقتضى الاصل الا ان المشهور كما في جامع المقاصد على انه اذا اودع الغاصب مال الغصب لم يجز الرد اليه بل يجب رده الى مالكة فان جهل عرف سنة، ثم يتصدق به عنه مع الضمان. و به رواية حفص بن غياث لكن موردها فيمن اودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم. فهل يرد عليه فقال: لا يرد فان أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، و إلا كان في يده منزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان أصاب صاحبها و الا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خير بين الغرم و الا-جر. فان اختار الاجر فالاجر له، و إن اختار الغرم غرم له و كان الاجر له، و قد تقدم تعدى الاصحاب من اللص الى مطلق الغاصب. بل الظالم و لم يتعدوا من الوديعة المجهول مالكة الى مطلق ما يعطيه الغاصب و لو بعنوان غير الوديعة كما فيما نحن فيه.

الرد على هدم البناء و نحوه.

فعن الامام على عليه السلام في نهج البلاغة: الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها (١).

مقدار الفحص عن المالك

(١) هذا هو الموضوع الرابع: و هو في مقدار الفحص.

فعن الاكثر: ان حده اليأس.

و عن جماعة: ان حده السنة و ربما يقال بكفاية طبيعي الفحص عن المالك.

و الاقوى هو الاول بناء على ما عرفت من ان مدرك وجوب الفحص هو حكم العقل لكونه مقدمة لإيصال المال الى مالكة، إذ بعد ما لم ييأس من الظفر به يكون مأمورا بالرد اليه، فيجب الفحص مقدمة له.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤١

نعم ذكر في السرائر فيما نحن فيه انه روى انه بمنزلة اللقطة ففهم التعدى من الرواية. و ذكر في التحرير ان إجراء حكم اللقطة فيما نحن فيه ليس ببعيد كما انه عكس في النهاية و السرائر. فالحقا الوديعة بمطلق مجهول المالك و الانصاف ان الرواية يعمل بها في الوديعة أو مطلق ما أخذ من الغاصب بعنوان الحسبة للمالك لا مطلق ما أخذ منه حتى لمصلحة الاخذ فان الاقوى فيه تحديد التعريف فيه باليأس للاصل بعد اختصاص المخرج عنه بما عدا ما نحن فيه. مضافا الى ما ورد من الامر بالتصدق بمجهول المالك (١) مع عدم معرفة المالك كما في الرواية الواردة في بعض عمال بنى أمية (لعنهم الله) من الامر بالصدقة بما لا يعرف صاحبه مما وقع في يده من أموال الناس بغير حق.

و استدلل للقول الثاني:

بخبر «١» حفص بن غياث الوارد في إيداع اللص دراهم المذكور في المتن بدعوى ان ظاهره ان مناط الفحص الى سنة و ملاكه في اللقطة هو كونها مالا مجهول المالك وقع في يده، فيتعدى منه الى كل ما كان كذلك.

وفيه: ان الخبر مختص بإيداع اللص و لا- يبعد دعوى التعدى الى غيره من أفراد الغاصب و إلى كل مورد كان المال مأخوذا بعنوان الامانة و الحفظ، و أما التعدى الى كل مال مجهول المالك و إن أخذ لمصلحة الاخذ فالظاهر انه قياس محض، بل دعوى اختصاصه بمورده و عدم التعدى حتى من الجهتين الاولتين قريبة.

و بالنصوص «٢» الواردة في اللقطة المحددة للفحص فيها بالسنة.
و فيه: انها مختصة باللقطة، و التعدى الى كل مال مجهول المالك يحتاج الى دليل.
و استدلال للقول الاخير:

بأنه يكتفى في امتثال الامر بصرف الوجود من الطبيعة.
و فيه: ما تقدم من أن مدرك وجوب الفحص انما هو حكم العقل لا التعبد.
فتحصل: ان الاقوى هو القول الاول.
و قد استدلال له المصنف قدس سره مضافا الى ما مر.
(١) بقوله مضافا الى ما ورد من الأمر بالتصدق بمجهول المالك مع عدم معرفة

(١) الوسائل، باب ١٨، من أبواب اللقطة، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٢، من أبواب اللقطة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٢

ثم الحكم بالصدقة (١) هو المشهور فيما نحن فيه أعني جوائز الظالم و نسبه في السرائر الى رواية أصحابنا فهي مرسله مجبوره بالشهرة المحققة مؤيدة بأن التصديق أقرب طرق الايصال، و ما ذكره الحلبي. من ابقائها امانة في يده و الوصية به معرض للمال للتلف مع انه لا يبعد دعوى شهادة حال المالك للقطع برضاه بانتفاعه بماله في الآخرة على تقدير عدم انتفاعه به في الدنيا هذا.

المالك كما في الرواية الواردة في بعض عمال بنى امية ... الخ. اشار بذلك.

الى خبر على بن ابي حمزة عن الامام الصادق عليه السلام انه قال لصديق له من كتاب بنى امية فاخرج من جميع ما اكتسبت في ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله و من لم تعرف تصدقت به ... الى آخره «١».

وجه الاستدلال به مع انه مطلق غير أمر بالفحص: انه مطلق، و غاية ما ثبت تقييده هو لزوم الفحص الى حد اليأس، ففي الزائد عن هذا الحد يرجع الى اطلاق الخبر و يحكم بعدم وجوبه.

و يمكن أن يقال في توجيهه: ان المراد من عدم المعرفة هو عدم التمكن من المعرفة لا عدم المعرفة الفعلية، و ذلك للعلم بعدم الاكتفاء بمجرد عدم المعرفة الفعلية، إذ لا ريب في وجوب الفحص لو علم بأنه لو تفحص لظفر بالمالك، و هذا العنوان لا يحصل بعد اليأس.

يرد على التوجيه الاول: انه يتم اذا كان حصول اليأس قبل تمام السنة، و هو فاسد، إذ النسبة بين العنوانين عموم من وجه، فقد يتقدم اليأس و قد يتقدم مضي السنة. نعم التوجيه الثاني لا بأس به.

مصرف مجهول المالك

(١) قوله ثم الحكم بالصدقة هو المشهور.

هذا هو الموضوع الخامس: و هو في مصرف مجهول المالك و من له ولاية الصرف.
فالكلام: تارة يقع في تعيين مصرف مجهول المالك.

(١) الوسائل، باب ٤٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٣

...

و اخرى: في ولاية الصرف و انها للحاكم أو لمن يكون المال تحت يده.
و حيث لا شبهة في ان الحاكم بنفسه ليس مصرفا لهذا المال فلا وجه لعد الدفع الى الحاكم في عرض التصدق و الامساك كما في
المكاسب و الحواشي، فها هنا بحثان:
الاول: في تعيين المصرف.
الثاني: فيمن له ولاية الصرف.
و في كل منهما تارة يقع البحث فيما تقتضيه القواعد.
و اخرى: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.
فتنقيح القول في هذا الموضوع يقتضى البحث في موارد:
الاول: في تعيين المصرف بحسب القواعد.

و المحتملات متعددة: تعين الصدقة، و تعين الامساك و الحفظ، و التخيير بينهما، و جواز التملك.
أقواها الاخير، ثم الثاني و ذلك لان المال الذى يكون الشخص مأیوسا عن الظفر بمالكة لا يعتبرونه العقلاء ملكا لمالكة، إذ اعتبار
الملكية العقلاني الذى هو الموضوع لاعتبار الشارع لا بد و أن يكون بلحاظ ثمره عملية و أثر مترتب على الملكية، فالملكية التى لا
يترتب عليها أثر لا معنى لاعتبارها، و عليه فهو يخرج عن ملك مالكة بعد اليأس عن الظفر به، فيكون من المباحات فيجوز تملكه.
و بهذا البيان يمكن الافتاء بجواز المشى فى الشوارع التى استحدثوها التى كانت أملاكا للناس و أخذت من مالكيها ظلما و عدوانا.
و لو تنزلنا عن ذلك فالمتعين هو الوجه الثاني لعدم جواز تملك مال الغير و التصدق به.
و ما استدل به على وجوب التصدق من انه إحسان بالمالك، و انه أقرب طرق الايصال الى المالك، و ان الابقاء معرض للتلف.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٤

...

كلها كما ترى، إذ لا دليل على جواز الاحسان بمال الغير.

و إن شئت قلت: إنه ليس إحسانا، فإن التصرف فى مال الغير بغير إذنه ظلم و إساءة و لا يكون عدلا و احسانا، و الدليل انما دل على
لزوم ايصال المال الى مالكة لا على لزوم أقرب طرق الايصال اليه أو جوازه، و كون الابقاء معرضا للتلف لا يوجب جواز اتلافه.
لا يقال: إنه بعد العلم الاجمالي بتخصيص ما دل على عدم جواز التصرف فى مال الغير ما لم يحرز رضاه به بواحد من التصدق و
الامساك للابدية أحدهما و كل منهما فى نفسه تصرف لم يؤذن فيه لا مانع من التمسك بأدلة التصدق، إذ المانع ليس الا عدم جواز
التصرف فى مال الغير الساقط فى المقام.

فإنه يرد بأن التصدق اتلاف لمال الغير، و هو محرم و إن لم يكن دليل على حرمة التصرف فى مال الغير.

و بعبارة اخرى: التصدق تصرف و اتلاف، فعدم الدليل على حرمة من الجهة الاولى لسقوط ما دل على حرمة التصرف لا يستلزم
سقوط ما دل على حرمة من الجهة الثانية.

و إن شئت قلت: إنه انما يحكم بعدم شمول أدلة حرمة التصرف للتصدق و الامساك للعلم بعدم شمولها لهما معا، و عليه فإن كان
شمولها لاحدهما دون الآخر ترجيحا بلا مرجح لا تشمل شيئا منهما، و الا فتشمل ما فيه الترجيح، و حيث ان التصدق يكون اتلافا ايضا

فتشمله تلك الادلة خاصة.

مع انه لو سلم شمول ادلة التصديق له من طرف المتصدق لكنها معارضة مع أدلة عدم جواز التصرف فيه من ناحية المتصدق عليه فتساقطان و يرجع الى أصالة الفساد.

المورد الثاني: فيمن له الولاية بحسب القواعد.

الظاهر انه لو بنينا على جواز التملك فلا مورد لهذا البحث، و أما لو بنينا على تعيين الامساك و الحفظ، أو التصديق او التخيير بينهما، فإن ثبت ان الحاكم ولى الغائب نفسه، و ان له الولاية العامة، فيتعين الدفع اليه ليكون هو المتولى لذلك، و الا فيتولاه الاخذ بنفسه، و لا يخفى وجهه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٥

و العمدة ما أرسله في السرائر (١) مؤيدا بأخبار اللقطة (٢) و ما في منزلتها و ببعض الاخبار الواردة في حكم ما في يد بعض عمال بنى أمية الشامل بإطلاقها لما نحن فيه من جوائز بنى أمية (٣) حيث قال له عليه السلام: اخرج من جميع ما اكتسبت في ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله و من لم تعرف تصدقت و يؤيده ايضا الامر بالتصدق بما يجتمع عند الصياغين من اجزاء النقدين .» (٤)

المورد الثالث: في تعيين المصرف بحسب النصوص الخاصة.

الوجه المحتملة بل الاقوال المنقولة كثيرة.

الوجه الاول لزوم التصديق به و قد استشهد له، و ايدته في المتن بوجوه:

(١) أحدها قوله و العمدة ما أرسله في السرائر.

قال فيها روى أصحابنا التصديق به عنه و يكون ضامنا اذا لم يرض بما فعل.

و لكنه مرسل لا يصح الاستناد اليه.

(٢) ثانيها قوله مؤيدا بأخبار اللقطة و ما في منزلتها.

أشار بذلك إلى طائفة من النصوص تدل على لزوم التصديق.

كخبر كثير عن أمير المؤمنين عليه السلام فإن لم يجئ صاحبها و من يطلبها تصديق بها الحديث «١».

(٣) ثالثها قوله و ببعض الأخبار الواردة في حكم ما في يد بعض عمال بنى أمية.

أشار بذلك الى خبر على بن حمزة عن الامام الصادق عليه السلام و فيه ما نقله المصنف قدس سره «٢».

(٤) رابعها قوله الأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصياغين من اجزاء النقدين.

نظره الشريف الى خبر على بن ميمون الصائغ عن الامام الصادق عليه السلام عما يكنس من التراب فأبيعه فما اصنع به؟ قال عليه

السلام: تصدق به فأما لك و أما لاهله «٣». و نحوه خبره الآخر «٤».

(١) الوسائل، باب ٢، من اللقطة، حديث ٢.

(٢) الوسائل، باب ٤٧، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ١٦، من أبواب الصرف، حديث ١.

(٤) الوسائل، باب ١٦، من أبواب الصرف، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٦

و ما ورد من الامر بالتصدق بغلة الوقف المجهول اربابه (١) و ما ورد من الامر بالتصدق بما يبقى في ذمة الشخص لاجير استأجره (٢)

و مثله مصححةً يونس، فقلت (قال: سألت عبدا صالحا): جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة فارتحلنا عنهم و حملنا بعض متاعهم بغير علم. و قد ذهب القوم و لا نعرفهم و لا نعرف أوطانهم. و قد بقى المتاع عندنا فما نصنع به قال: تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة، قال يونس، قلت له: لست أعرفهم و لا ندرى كيف نسأل عنه قال:
فقال عليه السلام: بعه و اعط ثمنه اصحابك، قال: فقلت: جعلت فداك أهل الولاية، قال:
فقال نعم (٣).

(١) خامسها خبر أبي علي بن راشد عن أبي الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت ارضا الى جنب ضيعتي بألفى درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في مالك و ادفعها الى من وقفت عليه قلت:
لا أعرف لها ربا قال: تصدق بغلتها «١».

(٢) سادسها حسن محمد بن مسلم عن الإمام الصادق عليه السلام في رجل ترك غلاما له في كرم له يبيعه عنبا أو عصيرا فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه قال: لا يصلح ثمنه- الى ان قال- ان أفضل خصال هذه التي باعها الغلام ان يتصدق بثمنها «٢».
(٣) سابعها مصحح يونس المذكور في المتن الى غير ذلك من النصوص الواردة في الموارد الخاصة.
و ما أفاده السيد في الحاشية من أن صحيح معاوية عن مولانا الصادق عليه السلام في رجل كان له على رجل حق ففقده و لا يدري أين يطلبه و لا- يدري أحي هو أم ميت و لا- يعرف له وارثا و لا- نسبا و لا- ولدا؟ قال عليه السلام: اطلب، قال: فإن ذلك قد طال فاتصدق به؟ قال عليه السلام:
اطلبه «٣» يدل على عدم جواز التصديق فيعارض النصوص المتقدمة.

(١) الوسائل، باب ١٧، من أبواب عقد البيع و شروطه، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٥٥، من أبواب ما يكتسب به، حديث ١.

(٣) الوسائل، باب ٦ من أبواب ميراث الخنثى، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٧

نعم يظهر من بعض الروايات ان مجهول المالک مال الامام عليه السلام كرواية داود ابن أبي يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال له رجل اني قد اصبحت مالا و اني قد خفت منه على نفسي فلو اصبحت صاحبه دفعته اليه و تخلّصت منه، قال: فقال له أبو عبد الله عليه السلام لو اصبته كنت تدفعه اليه، فقال: أي و الله، فقال عليه السلام و الله ماله صاحب غيري، قال: فاستحلفه ان يدفعه الى من يأمره، قال: فحلف قال فاذهب و قسمه بين إخوانك و لك الامن مما خفته، قال فقسمة بين إخوانه هذا.

في غير محله، إذ هو انما يدل على انه لا- يتصدق ما دام يكون مأمورا بالفحص و الطلب، أي ما دام لم ييأس من الظفر بمالكة و ستعرف انه يدل على ذلك غير هذا الصحيح ايضا.

و بها يقيد اطلاق هذه النصوص، و تختص هذه بما اذا يئس عن الظفر بمالكة.

بل يستفاد منه أن وجوب التصديق به كان مغروسا في ذهن السائل، و انما سأل عن ان طول المدة هل يوجب سقوط الطلب أم لا؟ فأجاب عليه السلام بعدم موجبيته له.

الوجه الثاني: ان ذلك يكون للامام عليه السلام.

و قد استدل له المصنف قدس سره بخبر داود بن أبي يزيد «١» عن الامام الصادق عليه السلام لاحظ المتن.

و فيه اولاً: ان الخبر مجهول لحجال.

و ثانياً: انه يحتمل فيه وجوه ذكرت جملة منها في مرآة العقول:

الاول: ما فهمه الشيخ قدس سره و هو كون ما أصابه لقطه من غيره لكنه يكون له.

الثاني: ان يكون ما أصابه لقطه من ماله عليه السلام فأمر بالصدقة على الاخوان تطوعاً.

الثالث: أن يكون ما أصابه لقطه من غيره و لكنه علم بموت صاحبه حين السؤال و انه لم يترك وارثاً غير الامام عليه السلام.

(١) الوسائل، باب ٧، من أبواب اللقطه، حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٨

...

الرابع: ان يكون ما أصابه من عمال السلطان و كان ذلك مما يختص به أو من الاموال التي له التصرف فيها، و قد استظهر المجلسي قدس سره هذا الوجه.

و كيف كان: فمع هذه الاحتمالات لا يبقى مورد للاستدلال بهذا الخبر على المقصود.

و أما ما في حاشية السيد الفقيه: قال يمكن منع الدلالة فإن المراد من صاحب الولي و صاحب الاختيار.

فغير سديد، إذ المراد من صاحب في الجواب هو المراد به في السؤال، و معلوم ان المراد به فيه المالك.

الوجه الثالث: ان يكون المجهول المالك لمن وضع يده عليه.

و استدل له المحقق الايرواني قدس سره تبعاً للمحقق الهمداني قدس سره.

بقوله: عليه السلام في صحيح علي بن مهزيار: كتب اليه أبو جعفر عليه السلام كتاباً فيه: فالغنائم و الفوائد - يرحمك الله - فهي الغنيمه

يغنمها المرء و الفائدة يفيدها و الجائزة من الانسان للانسان التي لها خطر و الميراث الذي لا يحتسب من غير أب و لا ابن و مثل عدو

يصلطم فيؤخذ ماله و مثل مال يؤخذ و لا يعرف له صاحب «١».

و فيه: اولاً: ان الظاهر من قوله عليه السلام مال يؤخذ هو ارادة اللقطه لا مطلق المال المجهول المالك، و قد دلت النصوص الكثيرة

على أن لو اجدتها تملكها بعد تعريفها حولاً.

و ثانياً: ان الخبر وارد في مقام بيان وجوب الخمس في كل غنيمه و منها مال يوجد و لا يعرف صاحبه، فغايه ما يستفاد منه ان مجهول

المالك يجوز تملكه في الجملة، و أما ان حكمه كذلك مطلقاً أم يختص ذلك ببعض أقسامه كاللقطه، فلا يكون الخبر في مقام بيانه

كي يتمسك بإطلاقه، فيتعين الاخذ بالمتيقن.

(١) الوسائل، باب ٨، من أبواب ما يجب فيه الخمس، حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٤٩

...

و أما ما ذكره الاستاذ الاعظم من أن الخبر ليس صريحاً في جواز التملك بعد إخراج خمسه و انما هو مطلق بالنسبة اليه فيقيد

بالروايات الدالة على لزوم التصديق بمجهول المالك.

فيرد عليه:

ان الظاهر منه بقريته عده من مصاديق الغنيمه و الفائدة هو كونه ملكا لمن وضع يده عليه، و الا فلو تعين التصديق لما صح عده من أفراد الغنيمه و الفائدة.

الوجه الرابع انه يجوز لمن وضع يده عليه أن يعمل فيه و يخرج صدقة قليلا قليلا حتى يخرج.

و استدل له: بخبر نصر بن حبيب صاحب الخان قال: كتبت الى العبد الصالح عليه السلام:

لقد وقعت عندي مأتا درهم و اربعة دراهم و انا صاحب فندق و مات صاحبها و لم أعرف له ورثه فأريك في اعلامي حالها و ما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا؟ فكتب عليه السلام: اعمل فيها و أخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج «١».

و فيه: اولاً: ان الخبر مجهول لنصر.

و ثانياً: انه لم يفت أحد بظاهره، لا سيما اذا كان المراد بقوله عليه السلام اعمل فيها التجارة بها و اخراج الصدقة من ربحها.

و أما ما أورده عليه الاستاذ الاعظم: بأن من المحتمل ان صاحب المال قد مات و لم يترك وارثا غير الامام و انه عليه السلام بما هو وارث أجاز لصاحب الخان ان يتصرف في ذلك المال و يتصدق به قليلا- قليلا و احتمال وجود وارث غير الاب و الام، مدفوع بالاصل، و احتمال وجودهما، لعله كان مقطوع العدم.

فيرد عليه: ان مجرد احتمال كون وجود الاب و الام مقطوع العدم لا يكفي في الايراد على الاستدلال مع عدم الاستفصال.

(١) الوسائل، باب ٤، من أبواب ميراث الخنثى و ما اشبهه، حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٥٠

...

الوجه الخامس: انه يتعين الحفظ و الايضاء به عند الوفاة و استدل له:

بخبر هيثم بن أبي روح صاحب الخان قال: كتبت الى العبد الصالح عليه السلام: انى اتقبل الفنادق فينزل عندي الرجل فيموت فجأة لا أعرفه و لا أعرف بلاده و لا ورثته فيبقى المال عندي كيف أصنع به، و لمن ذلك المال؟ فكتب عليه السلام: اتركه على حاله «١».

و بعدة روايات رواها هشام:

منها: موثقه المتقدم في الموضوع الاول «٢».

و منها: خبره الآخر المروى عن الفقيه: سأل حفص الاعور أبا عبد الله عليه السلام و انا حاضر فقال: كان لابي أجير و كان له عنده شىء فهلك الاجير و لم يدع وارثا و لا قرابة و قد ضقت بذلك فكيف اصنع به؟ فقال عليه السلام: رأيك المساكين رأيك المساكين فقلت: انى ضقت بذلك ذرعا فكيف اصنع؟ قال عليه السلام: هو كسييل مالك فان جاء طالب اعطيته «٣»..

و منها: صحيحه قال: سأل خطاب الاعور أبا ابراهيم عليه السلام و انا جالس فقال: انه كان عند أبى أجير يعمل عنده بالاجرة ففقدها و بقى له من أجره شىء. و لا يعرف له وارث قال:

فاطلبوه، قال: قد طلبناه فلم نجده فقال: مساكين، و حرك يديه، قال: فاعاد عليه، قال:

اطلب و اجهد، فإن قدرت عليه و الا فهو كسييل مالك حتى يجئى له طالب فان حدث بك حدث فإصص به إن جاء له طالب ان يدفع اليه «٤».

و فيهما نظر:

أما الاول فلانه ضعيف السند لان الهيثم مهمل مجهول، مع ان الظاهر منه ارادة ما قبل الفحص و اليأس عن الظفر بالمالك.

- (١) الوسائل، باب ٦، من أبواب ميراث الخنثى و ما اشبهه حديث ٤.
- (٢) الوسائل، باب ٢، من أبواب اللقطة.
- (٣) الوسائل، باب ٦، من أبواب ميراث الخنثى و شبهه، حديث ١٠.
- (٤) الوسائل، باب ٦، من أبواب ميراث الخنثى، حديث ١.
- منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٥١
- ...

و أما اخبار هشام فيرد عليها:

اولا: انه لا يبعد اتحاد الاولين، و عليه فهي رواية مضطربة المتن، إذ في الاول أمر عليه السلام اولاً: بالدفع الى مساكين، ثم قال عليه السلام: و الا فهو كسييل مالك.

و ثانياً: ان قوله عليه السلام كسييل مالك مجمل يحتمل أن يراد به لزوم الامساك و الحفظ، أى تتحفظ عليه فى ضمن أموالك. و يحتمل ان يراد به التملك بالملكية المترلزلة غير المنافية لوجوب الدفع ان جاء له طالب.

و ثالثاً: انها ظاهرة فى موت الاجير و عدم وجود وارث له، فيكون المال له عليه السلام و يمكن أن يكون المراد به: اطلب مالكة الذى هو عليه السلام، و لا يبين له للتقية و رابعاً: ان موردها الدين، و هو ليس فى معرض التلف، و محل الكلام العين الخارجية.

و خامساً: ان موردها معلوم المالك الذى لا يمكن الوصول اليه، فلا مساس لها بمجهول المالك.

و بما ذكرناه ظهر مدرك القول بالتخير بين التصدق و الامساك الذى اختاره السيد قدس سره.

و القول بالتخير بينهما و بين التملك.

و الجواب عنهما، إذ لا منشأ لهما سوى ان ذلك مقتضى الجمع بين النصوص.

و حيث عرفت عدم دلالة ما استدل به على التملك و الامساك عليهما.

فالمتعين هو التصدق خاصة.

المورد الرابع: فى بيان تعيين من له ولاية الصرف بعد ملاحظة النصوص الخاصة.

و الاقوال فى ذلك اربعة:

الاول: انها للحاكم مطلقاً.

الثانى: انها لمن وضع يده على المال.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٥٢

...

الثالث: ثبوت الولاية لكل منهما.

الرابع: التفصيل بين الدين و العين، فتكون الولاية للحاكم فى الاول و للأخذ فى الثانى.

و قد استدل للاول:

بأن النصوص الآمرة بالتصدق واردة فى بيان المصرف و لا تكون متعرضة لحكم مباشرة التصدق فيتولاه الحاكم ولاية.

و بأنها و إن تضمنت الاذن فى مباشرة الاخذ للتصدق الا- ان الظاهر منها- و لا أقل من المحتمل- انه اذن منه عليه السلام للسائل

بمباشرة التصديق بالولاية الشرعية لا انه بيان للحكم الشرعى من هذه الجهة فيتولاه الحاكم حسبة.

و فيهما نظر:

اما الاول: فلان النصوص كالصريحة فى الامر بمباشرة التصديق.

و أما الثانى: فلان الظاهر من كلمات الشارع الاقدس و خلفائه المعصومين عليهم السلام الواردة فى مقام الجواب عن السؤال عن الوظائف الشرعية هو ورودها لبيان الحكم الشرعى، فظاهر النصوص هو بيان الحكم الشرعى حتى من حيث مباشرة التصديق. و بذلك ظهر مدرك القول الثانى.

و استدلل للقول الثالث بوجوه:

الاول: ان ذلك مقتضى الجمع بين هذه النصوص و بين ما دل على ولاية الحاكم الشرعى على الغائب.

الثانى: ان للحاكم ولاية على مستحقى الصدقة، فكما يجوز الدفع اليهم كذلك يجوز الدفع الى وليهم.

الثالث: ان الحاكم أعرف بمواقعها ممن وضع يده عليها.

و فى كل نظر:

اما الاول: فلان ولاية الحاكم انما تكون من باب الحسبة، و لم تثبت

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٥٣

و أما باقى ما ذكرناه فى وجه التصديق من انه احسان و انه أقرب طرق الايصال و ان الاذن فيه حاصل بشهادة الحال فلا يصلح شىء منها للتأييد فضلا عن الاستدلال لمنع جواز كل احسان فى مال الغائب، و منع كونه أقرب طرق الايصال بل الاقرب دفعه الى الحاكم الذى هو ولى الغائب، و أما شهادة الحال فغير مطردة اذ بعض الناس لا يرضى بالتصدق لعدم يأسه عن وصوله اليه، خصوصا اذا كان المالك مخالفا أو ذميا يرضى بالتلف و لا يرضى بالتصدق على الشيعة فمقتضى القاعدة لو لا ما تقدم من النص هو لزوم الدفع الى الحاكم، ثم الحاكم يتبع شهادة حال المالك فإن شهدت برضاه بالصدقة او بالامساك عمل عليهما و الا يخير بينهما لان كلا منهما تصرف لم يؤذن فيه من المالك، و لا بد من أحدهما و لا ضمان فيهما. و يحتمل قويا تعيين الامساك لان الشك فى جواز التصديق يوجب بطلانه لأصالة الفساد. و أما بملاحظة ورود النص بالتصدق فالظاهر عدم جواز الامساك امانة لانه تصرف لم يؤذن فيه من المالك و لا الشارع، و يبقى الدفع الى الحاكم و التصديق، و قد يقال إن مقتضى الجمع بينه و بين دليل ولاية الحاكم هو التخيير بين الصدقة و الدفع الى الحاكم فلكل منهما الولاية و يشكل بظهور النص فى تعيين التصديق، نعم يجوز الدفع اليه من حيث ولايته على مستحقى الصدقة و كونه أعرف بمواقعها، و يمكن أن يقال إن أخبار التصديق واردة فى مقام إذن الامام بالصدقة، أو محموله على بيان المصرف، فانك اذا تأملت كثيرا من التصرفات الموقوفة على إذن الحاكم وجدتها واردة فى النصوص على طريق الحكم العام كإقامة البينة و الاحلاف و المقاصه.

ولايته على الغائب من غير هذه الجهة، و عليه فلا بد من الاقتصار على المتيقن و هو ما اذا لم يكن له ولى آخر، و حيث ان مقتضى النصوص المتقدمة ثبوت الولاية للأخذ فلا يبقى مورد لولاية الحاكم.

و أما الثانى: فلانه مضافا الى عدم ولايته على المستحقين بعد كونهم ممن يمكن الوصول اليه: ان مقتضى اطلاق نصوص الباب عدم ثبوت الولاية له.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٥٤

و كيف كان فالاحوط خصوصا بملاحظة ما دل على ان مجهول المالك مال الامام عليه السلام مراجعة الحاكم بالدفع اليه أو استئذانه (١) و يتأكد ذلك فى الدين المجهول المالك اذا لكلى لا يتشخص للغيرم الا بقبض الحاكم الذى هو وليه. و إن كان ظاهر الاخبار

الواردة فيه ثبوت الولاية للمديون، ثم ان حكم تعذر الايصال الى المالك المعلوم تفصيلا حكم جهالة المالك و تردده بين غير محصورين (٢) في التصديق استقلالا أو بإذن الحاكم كما صرح به جماعة منهم المحقق في الشرائع وغيره.

و أما الثالث: فلان مقتضاه ان تعيين مصرف مجهول المالك ليس من وظيفة الجاهل بل هو وظيفة العالم، وهذا امر لا ينكر، و أما بعد الرجوع اليه و تعيينه المصرف فهل يجب أو يجوز الدفع اليه أم لا؟ فهذا الوجه لا يدل على شيء منها.

و استدلال للقول الرابع: بأن الكلى لا يتشخص للغريم الا بقبض الحاكم الذى هو وليه، و هذا بخلاف العين الخارجية فانها متعينة فى نفسها.

و فيه: ان مقتضى النصوص المتقدمة ثبوت الولاية للأخذ مطلقا.

فتحصل: ان الاقوى عدم اعتبار اجازة الحاكم فى صرف مجهول المالك، و انه لا يجب بل لا يجوز الدفع اليه الا بعنوان توكيله فى إيصاله الى موارد.

(١) نعم الأحوط اختيار أحد الأمرين للقول بوجوبه كما أفاده المصنف فى المتن.

(٢) و قد صرح جماعة منهم المحقق: بأن حكم تعذر الإيصال الى المالك المعلوم تفصيلا حكم جهالة المالك و تردده بين غير محصورين.

و يشهد به: ان الاستفادة من النصوص المتقدمة الآمرة بالتصدق بمجهول المالك ان الموجب لذلك و مناطه هو تعذر الايصال الى المالك، و عليه فلا- فرق بين أن يكون المالك مجهولا- بقول مطلق، و بين كونه مرددا بين أشخاص غير محصورين، و بين كونه معلوما يتعذر الوصول اليه.

تنبيهات:

الاول: ان هذا الحكم اى التصديق انما يتعين ما لم يحرز رضا صاحب المال بصرفه فى جهه خاصه، و الا فلا ريب فى عدم وصول النوبه الى التصديق، بل يصرف فيما احرز رضا صاحبه بصرفه فيه، و عليه فيخرج سهم الامام عليه السلام عن موضوع هذا المبحث منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٥٥

ثم إن مستحق هذه الصدقة هو الفقير (١) لانه المتبادر من اطلاق الامر بالتصدق. (٢)

للعلم برضاه عليه السلام بصرف سهمه فى تشييد الدين و إعلاء كلمه الاسلام، و من ذلك اعطائه لاهل العلم.

الثانى: الظاهر من بعض المحققين قدس سره انه ينوى الصدقة عن المالك، و لكن مقتضى اطلاق الاخبار عدم تعيين نية ذلك، و على فرض اعتبارها لا يلزم ان ينوى كونها عنه لو أجاز بعد تبينه، و عن نفسه ان ردها، بل ينوى عن المالك، و النص دل على انها تحسب له ان ردها.

الثالث: ان ظاهر خبرى ابن ميمون جواز ان يبيع المال و يتصدق بثمنه، و لكن الاحوط لزوما اعطاء نفس العين، لضعف الخبرين سنداً، فالبيع تصرف لم يؤذن فيه.

الرابع: اذا مات المالك فإن علم بوجود الوارث له يتصدق عنه، و إن علم بعدم وجوده يكون المال للامام عليه السلام لانه وارث من لا وارث له، و إن شك فى وجود الوارث حتى الاب و الام فيلحقه حكم مجهول المالك لإطلاق الاخبار.

و إن شك فى وجوده مع العلم بموت أبيه و أمه، فهل يلحقه حكم مجهول المالك لإطلاق الاخبار، أم حكم ميراث من لا وارث له لأصالة عدم وارث آخر، و المفروض ان الحكم معلق على عدم الوارث؟ وجهان: أقواهما الثانى.

(١) قوله ثم ان مستحق هذه الصدقة هو الفقير. و يشهد له- مضافا الى ما أفاده المصنف قدس سره من.
 (٢) ان المتبادر من اطلاق الأمر بالتصدق هو ذلك- الآية الشريفة (إنما الصدقات للفقراء و المساكين) «١» و جملة من النصوص. و بذلك يظهر ضعف ما عن الجواهر من انه يجوز اعطاء هذه الصدقة للاغنياء ايضا عملا باطلاق النصوص. و أضعف منه ما ابتنى عليه من جواز اعطاء مال الامام عليه السلام للاغنياء بدعوى ان المالك و إن كان معلوما إلا انه لتعذر الوصول اليه يتصدق عنه، لما عرفت من أن سهم

(١) التوبة: ٦١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٥٦

و في جواز اعطائها للهاشمي قولان: (١) من أنها صدقة مندوبة على المالك. و إن وجب على من هي بيده الا انه نائب كالوكيل و الوصي و من انها مال تعين صرفه بحكم الشارع لا بأمر المالك حتى تكون مندوبة مع ان كونها من المالك غير معلوم فلعلها ممن تجب عليه.

الامام عليه السلام خارج عن هذا المبحث موضوعا.

(١) قوله و في جواز اعطائها للهاشمي قولان.

و قد استدل على عدم الجواز في مقابل المطلقات المقتضية للجواز: بأنها صدقة واجبة، فاذا كانت عن غير هاشمي تحرم على الهاشمي لما دل على ان الصدقة الواجبة محرمة على الهاشمي اذا كانت عن غير الهاشمي. كخبر جعفر بن ابراهيم الهاشمي عن مولانا الصادق عليه السلام قلت له: أ تحل الصدقة لبنى هاشم؟ فقال عليه السلام: انما الصدقة الواجبة على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس... الى آخره «١».

و فيه اولاً: ان الاظهر تبعاً لجمع من الاساطين- كالسيد و الشيخ و العلامة و المحقق و غيرهم- حلية الصدقات الواجبة غير الزكاة على الهاشمي.

و تشهد له: جملة من النصوص المفسرة للصدقة الواجبة المحرمة على بنى هاشم كخبر اسماعيل بن الفضل عن الامام الصادق عليه السلام: هي الزكاة «٢». و نحوه خبر زيد الشحام «٣».

و ثانياً: انه لو سلم حرمة الصدقات الواجبة على الهاشمي مطلقاً، لا يجرى هذا الحكم في المقام، إذ الصدقة لا تكون واجبة بعنوانها في المقام، بل تكون واجبة من جهة انطباق عنوان عرضي عليها، نظير ما لو نذر ان يتصدق يوم الجمعة بدينار. و إن شئت قلت: إنها صدقة مندوبة عن المالك و إن وجبت على من تحت يده فهو نظير ما لو أجر زيد شخصاً و وكله في ان يتصدق عنه. فالأظهر جواز اعطائها للهاشمي.

(١) الوسائل، باب ٣١، من أبواب المستحقين للزكاة، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٣٢، من أبواب المستحقين للزكاة، حديث ٥.

(٣) نفس المصدر، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٥٧

ثم إن في الضمان لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق و عدمه مطلقا أو بشرط عدم ترتب يد الضمان كما إذا أخذه من الغاصب حسبة لا بقصد التملك وجوها (١)

من أصالة براءة ذمة المتصدق و أصالة لزوم الصدقة بمعنى عدم انقلابها عن الوجه الذي وقعت عليه، و من عموم ضمان من أتلف و لا ينافيه إذن الشارع لاحتمال انه اذن في التصديق على هذا الوجه كإذنه في التصديق باللقطة المضمونة بلا خلاف، و بما استودع من الغاصب و ليس هنا أمر مطلق بالتصدق ساكت عن ذكر الضمان حتى يستظهر منه عدم الضمان مع السكوت عنه.

هذا إذا كانت الصدقة لغير الهاشمي، و إلا فلا كلام في الجواز.

التصدق بمجهول المالك لا يوجب الضمان

(١) قوله ثم ان في الضمان لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق ... وجوها.

في ضمان من تصدق بمجهول المالك لو ظهر مالكة بعد التصديق و لم يرض به، وجوه و أقوال:

الاول: الضمان مطلقا.

الثاني: عدمه كذلك.

الثالث: التفصيل بين ما اذا كان المال مسبقا باليد العادية فيحكم بالضمان، و بين عدمه فيحكم بعدمه.

و تنقيح القول يقتضى البحث في مقامات:

الاول: فيما يستفاد من النصوص الخاصة.

الثاني: في مفاد الأدلة الاجتهادية العامة.

الثالث: في ما تقتضيه الاصول العملية.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٥٨

...

أما المقام الاول: فالظاهر انها تقتضى عدم الضمان مطلقا، و ذلك لوجهين:

الاول: ان خبر على بن أبي حمزة الوارد في قصة عامل بنى امية المتقدم كالصريح في ذلك، إذ العامل قد طلب من الامام الصادق عليه السلام المخرج عما أخذه من أموال الناس.

فجوابه عليه السلام: بالتصدق بما تحت يده إن لم يعرف صاحبه و ضمانه له بذلك الجنة كالصريح في عدم الضمان، إذ لو كان التصديق، موجبا للضمان لما جعله عليه السلام مخرجا له.

الثاني: اطلاق النصوص الآمرة بالتصدق.

لا- بدعوى ان الاذن في التصديق بما هو مسقط له الا- ان يعلم انه على وجه الضمان، كي يرد عليه بأن مطلق الاذن لا حكم له، بل الضمان معلق على كون الاذن ضمانيا، و عدمه على كونه مجانيا.

و بعبارة اخرى: الراجع للضمان هو اسقاط الاحترام الذي لا يصدق الا مع الاذن المجاني.

و لا بدعوى ان المستفاد من النصوص بديلة يد الفقير من يد المالك ليكون الواقع في يد الفقير كالواقع في يد المالك.

بل لان الظاهر ورودها في مقام بيان كل حكم متعلق بالمال المجهول مالكة، إذ السائل انما كان يسأل عما هو وظيفته الشرعية بالنسبة الى ذلك المال، فجوابه عليه السلام بالامر بالتصدق و السكوت عن الضمان يكون دالا على عدمه.

وقد استدلل للضمان في مقابل ذلك بوجوه:

منها: ان المرسله التي تقدم ذكرها و هي ما عن السرائر روى: انه بمنزلة اللقطة، تدل عليه.

و منها: استفادة ذلك من خبر ايداع اللص المتقدم.

و منها: استفادته من النصوص الواردة في اللقطة.

و في كل نظر:

أما الاول: فلانه مضافا الى ارسالها لم يثبت كونها غير خبر ايداع اللص كما اعترف بذلك المصنف قدس سره فيما تقدم.

و أما الثاني: فلما تقدم من عدم التعدي عن مورده، و ما ذكره المصنف قدس سره في المقام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٥٩

...

ففي وجه التعدي من أنه يستفاد منه ان التصديق على هذا الوجه حكم اليأس عن المالك، قد مر الجواب عنه. فراجع.

و أما الثالث: فلان التعدي عن نصوص اللقطة يتوقف على إحراز عدم الخصوصية، و هو كما ترى، كيف و يجوز تملك اللقطة و لا يجوز ذلك في المقام.

فتحصل: انه بحسب النصوص الخاصة الاظهر هو عدم الضمان مطلقا، و على ذلك فلا يبقى مجال للبحث في المقامين الآخرين.

و انما يبحث فيهما على فرض التنزل و عدم استفادة ذلك من النصوص.

و أما المقام الثاني: فملخص القول فيه: ان دليل الضمان أحد أمور ثلاثة: قاعدة اليد، و قاعدة الاتلاف، و الدليل الخاص.

أما الاخير: فمفروض العدم في المقام.

و أما قاعدة الاتلاف: فحيث لا كلام في ان التصديق حين وقوعه لا يقع عن المتصدق لعدم نفوذ الصدقة بمال الغير، إذ لا صدقة الا في ملك و كذلك لا كلام في ان التصديق لا يكون مراعى كالفصولي، إذ لم يقل أحد برجوع المالك على الفقير و عدم جواز تصرف الفقير فيه، فلا محالة يقع التصديق عن المالك، و يعود نفعه اليه.

فعلى ذلك يمكن دعوى عدم شمول القاعدة للمقام بوجهين:

الاول: انه لو كانت هي شاملة له لزم القول بثبوت بدله في ذمة المتصدق، و حيث انه ايضا مجهول المالك لزم التصديق به، و هكذا فيلزم التسلسل، فيستكشف من ذلك عدم الضمان بالصدقة.

الثاني: ان مقتضى الآية الشريفة (ما على المحسنين من سبيل) (١) التي حكموها على قاعدة اليد عدم الضمان، و هي تقدم على قاعدة الاتلاف.

و المصنف قدس سره ذكر في وجه عدم شمولها للمقام أمرين:

(١) التوبة: ٩١

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٦٠

و لكن يضعف هذا الوجه. ان ظاهر دليل الاتلاف كونها علة تامة للضمان و ليس كذلك ما نحن فيه (١) و إيجابه للضمان مراعى بعدم اجازة المالك يحتاج الى دليل آخر الا ان يقال انه ضامن بمجرد التصديق و يرتفع باجازته فتأمل.

هذا مع ان الظاهر من دليل الاتلاف اختصاصه بالاتلاف على المالك لا الإتلاف له و الاحسان اليه. (٢) و المفروض ان الصدقة انما قلنا بها لكونها احسانا و أقرب طرق الايصال بعد اليأس من وصوله اليه.

و أما احتمال كون التصديق مراعى كالفصولى فمفروض الانتفاء إذ لم يقل أحد برجوع المالك على الفقير مع بقاء العين و انتقال الثواب من شخص الى غيره حكم شرعى،

الاول: ما أفاده المصنف قدس سره.

(١) بقوله ان ظاهر دليل الإلتلاف كونه علة تامه للضمان.

و حاصله: ان الظاهر من دليل الاتلاف كونه علة تامه للضمان، و ليس كذلك فيما نحن فيه لما تسالم الفقهاء عليه من انه لو رضى المالك بالتصدق لا ضمان عليه، فلا محالة على فرض الضمان يكون الاتلاف جزء العلة و جزئها الآخر رد المالك أو عدم اجازته، فهو لا يشمل المقام.

و فيه: انه مع قطع النظر عما ذكرناه إذ احتملنا ثبوت الضمان من حين التصديق على تقدير الرد او عدم الاجازة يكون العموم المذكور دليلا عليه، و يثبت به الضمان على هذا التقدير من حين التصديق لا من حين الرد كى يرد المحذور المتقدم، مع ان مقتضى العموم المزبور ثبوت الضمان من حين الاتلاف، و فى المقام إذا ثبت عدم الضمان الى حين الرد يكون ذلك مخصصا له بالنسبة الى هذه القطعة من الزمان و أما بعدها فلا مانع من التمسك به.

(٢) الثانى قوله ان الظاهر من دليل الإلتلاف على المالك لا الإلتلاف له و الإحسان اليه.

و استجوده السيد فى الحاشية و تبعهما الاستاذ الاعظم.

و فيه: انه لا وجه لهذا الاستظهار بعد عموم الدليل سوى دعوى الانصراف، و هو لو سلم بدوى يزول لا يعتمد عليه، ألا ترى إفتاء الفقهاء بضمن من قدم طعام المالك الى نفسه فأكله من غير اطلاع منه بأنه طعامه.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٢، ص: ٣٦١

...

و أفاد بعض مشايخنا المحققين قدس سرهم فى وجه عدم شمول القاعدة للمقام: بأن الاتلاف ظاهر فى اتلاف الذات، و التصديق بالمال اتلاف لوصف ماليته و لا ينصرف اليه اطلاق الاتلاف، بل خلاف ظاهره.

و فيه: ان الاتلاف ليس الا اخلاء كيس المالك منه الصادق فى المقام، فالصحيح هو ما ذكرناه.

و أما قاعدة اليد: ففيما اذا كانت يد المتصدق يد امانة مالكية او شرعية لا مورد لها أصلا كما لا يخفى، و فيما اذا كانت مسبوقه بالضمان يشهد لعدم شمولها للمقام الوجه الاول الذى ذكرناه فى قاعدة الاتلاف.

و أما ما أفاده بعض المحققين قدس سرهم من: انه يدل على عدم الضمان عموم ما على المحسنين من سبيل بدعوى ان المتصدق فى تصدقه محسن الى المالك لان نفعه راجع اليه، فقد تقدم الجواب عنه مفصلا و عرفت ان الآية انما تدل على انه لا مقتضى لضمان المحسن، و قاعدة اليد تدل على ثبوت المقتضى له ما لم يتحقق الاداء الى المالك، و من البديهي ان ما لا اقتضاء له لا يزاحم ما له الاقتضاء.

فتحصل: انه بحسب القواعد لا يمكن اثبات الضمان فى المقام، مع انه لو سلم اثباته بها يتعين الخروج عنها بالادلة الخاصة الواردة فى المقام الدالة على عدم الضمان كما عرفت.

و أما المقام الثالث: فإن كانت اليد الموضوعه على مجهول المالك ابتداء يد امانة يجرى استصحاب عدم الضمان، لانه يشك فى حدوث الضمان به فيجرى استصحاب عدمه، و إن كانت يده مسبوقه بالضمان.

فإن قلنا: ان حقيقة الضمان هى اشتغال الذمة بالبدل بعد التلف و أما حال قيام العين فلا- تكليف الا بأداء نفس العين، فمقتضى

الاستصحاب ايضا عدم الضمان لانه يشك في اشتغال الذمة بالبدل بالتصدق، فيستصحب عدمه، وكون اليد يد ضمان قبل التصديق بمعنى اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف بغير الصدقة لا يكفي في استصحاب الضمان و منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٦٢

و كيف كان فلا مقتضى للضمان و إن كان مجرد الاذن في الصدقة غير مقتضى لعدمه، فلا بد من الرجوع الى الاصل لكن الرجوع الى أصالة البراءة انما يصح فيما لم يسبق يد الضمان و هو ما اذا أخذ المال من الغاصب حسبه. و أما اذا تملكه منه ثم علم بكونه مغصوبا فالاجود استصحاب الضمان في هذه الصورة لان المتيقن هو ارتفاع الضمان بالتصرف الذي يرضى به المالك بعد الاطلاع لا مطلقا فتبين ان التفصيل بين يد الضمان و غيرها أوفق بالقاعدة لكن الاوجه الضمان مطلقا. أما تحكيما للاستصحاب حيث يعارض البراءة، و لو بضميمة عدم القول بالفصل. و أما للمرسله المتقدمة عن السرائر. و أما لاستفادة ذلك من خبر الوديعه ان لم تعد عن مورده الى ما نحن فيه من جعله بحكم اللقطة لكن يستفاد منه ان الصدقة بهذا الوجه حكم اليأس عن المالك.

اثبات اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف بالصدقة، فإنه من قبيل اسراء الحكم من موضوع الى آخر، و ليس هذا شأن الاستصحاب. و أما إن قلنا: بأن حقيقة الضمان هي كون العين في العهدة الى حين ردها أو بدلها كما هو الصحيح فيجری في هذه الصورة استصحاب الضمان، لان الشك حينئذ يكون في سقوطه بالتصدق، و على ذلك فإن ثبت عدم الفصل بين الصورتين تعارض الاستصحابان، فيرجع الى البراءة.

و بما ذكرناه ظهر ما في كلمات المصنف قدس سره في هذا المقام.

ثم على القول بأنه يوجب الضمان، هل يثبت الضمان بمجرد التصديق و اجازته رافعه، أو يثبت بالرد من حينه، أو من حين التصديق؟ و قبل الدخول في البحث لا بد و أن يعلم أنه بناء على ما لعله الحق من ان العين بنفسها تستقر في الذمة و العهدة الى حين الاداء و إن تلفت قبله لا مجال لهذا البحث لعدم ترتب ثمره عليه، إذ على جميع الوجوه يجب أداء قيمة يوم الاداء لا قيمة يوم الاخذ و لا قيمة يوم التصديق و لا قيمة يوم الرد و لا غير ذلك من المحتملات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٦٣

ثم الضمان هل يثبت بمجرد التصديق و اجازته رافعه أو يثبت بالرد من حينه أو من حين التصديق وجوه (١) من دليل الاتلاف و الاستصحاب (٢) و من أصالة عدم الضمان قبل الرد (٣) و من ظاهر الرواية المتقدمة في أنه بمنزلة اللقطة. (٤)

فالثمره لهذا البحث تظهر بناء على انه بتلف العين ينتقل بدلها من المثل أو القيمة الى الذمة فإنه على القول بالضمان من حين التصديق يجب اداء قيمة ذلك اليوم، و على القول بالضمان من حين الرد يجب أداء قيمة يوم التغيريم.

(١) و المصنف قدس سره ذكر وجوها ثلاثة في المسألة: الضمان بالتصدق، و الضمان بالرد من حينه، من حين التصديق.

(٢) و استدلل للأول: بدليل الإلتلاف و الاستصحاب، و الظاهر ان مراده بالاستصحاب استصحاب بقاء ضمان اليد فيما اذا كانت اليد يد ضمان الذي استدلل به سابقا، فإن مقتضى استمرار الضمان- مع فرض خروج العين بالتصدق عن كيس المالك و تلفها عليه- اشتغال الذمة بالبدل من حينه.

يرد على الاول: ما عرفت من انه على فرض شمول دليل الاتلاف للمقام يمكن الالتزام بكونه سببا للضمان من حين الرد، لاحظ ما أوردناه على الوجه الثاني من الوجهين الذين ذكرهما لعدم شموله للمقام.

و يرد على الثاني: ما ستعرف عند بيان ما هو الحق عندنا.

(٣) و استدلل للثاني: بأصالة عدم الضمان قبل الرد، و الظاهر ان مراده بها أصالة البراءة عن الضمان التي اشار اليها آنفا.

(٤) و استدلل للقول الثالث: بظاهر خبر الودعي، و تقريب الاستدلال به: انه لا- ريب في ظهوره في ان الاجر على تقدير اختياره انما يثبت من حين التصديق، فبقريته المقابلة يستكشف منه ثبوت الغرم ايضا كذلك.

و فيه: ما ستعرف من ثبوت الاجر له على كل تقدير من حين التصديق الى حين الرد، فانظر.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٦٤

و لو مات المالك ففي قيام وارثه مقامه في اجازة التصديق و رده (١) وجه قوى لان ذلك من قبيل الحقوق المتعلقة بالاموال فيورث كغيره من الحقوق و يحتمل عدم لفرض لزوم التصديق بالنسبة الى العين فلا- حق لأحد فيه و المتيقن من الرجوع الى القيمة هو المالك.

و الحق في المقام ان يقال بناء على القول بالضمان: انه لا ريب في ان الصدقة حين وقوعها تقع عن المالك كما تقدم، و يقع الاجر له، و ليس ذلك مراعى بالاجازة و عدم الرد، و الا لزم عدم ثبوت الاجر له اذا لم يظهر المالك، و هو خلاف النص و الفتوى، و مع ثبوت الاجر له لا- معنى للضمان، و لذا لورد و بنينا على الضمان يكون الاجر للمتصدق، مع ان ثبوت الضمان من حين التصديق و كون الاجازة و عدم الرد رافعة له، مضافا الى ورود المحذور العقلي المتقدم عليه من لزوم التسلسل لازمه اشتغال ذمة المتصدق واقعا لو لم يظهر المالك، و يترتب عليه ما يترتب على سائر ديونه، و هو مقطوع بعدم. فالظاهر على القول بالضمان ثبوته من حين الرد.

بقي في المقام فروع:

(١) الأول: انه لو مات المالك فهل يقوم وارثه مقامه أم لا؟ تحقيق القول في المقام انه:

تارة: يكون موت المالك قبل التصديق.

و اخرى: يكون بعده.

فإن كان قبله لا ينبغي التأمل في قيام وارثه مقامه، لأنه حين التصديق كان مالكا لا مورثه.

و إن كان بعده، فإن قلنا بثبوت الضمان في الفرع السابق من حين التصديق و الاجازة رافعة له، لا محالة يقوم الوارث مقامه، فإنه من قبيل سائر الديون، و أما إن قلنا بعدم ثبوت الضمان الا بالرد، فالظاهر انه لا يقوم مقامه، إذ الوارث لا يكون مالكا حتى يثبت له هذا الحق.

و دعوى ان هذا الحق الثابت للمورث بنفسه ينتقل الى الوارث.

مندفعة بأن من الحقوق ما يكون قائما بالشخص و لا يقبل الانتقال، و هو لا يكون متروكا بعد الموت بل به ينعدم. فلا شيء حتى يكون لوارثه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٦٥

و لو مات المتصدق فرد المالك (١) فالظاهر خروج الغرامة من تركته لأنه من الحقوق المالية اللازمة عليه بسبب فعله هذا كله على تقدير مباشرة المتصدق له و لو دفعه الى الحاكم فتصدق به بعد اليأس (٢) فالظاهر عدم الضمان لبراءة ذمة الشخص بالدفع الى ولي الغائب و تصرف الولي كتصرف المولى عليه، و يحتمل الضمان لأن الغرامة هنا ليس لأجل ضمان المال و عدم نفوذ التصرف الصادر من المتصدق حتى يفرق بين تصرف الولي و غيره لثبوت الولاية للمتصدق في هذا التصرف لأن المفروض ثبوت الولاية له كالحاكم، و لذا لا يسترد العين من الفقير اذا رد المالك فالتصرف لازم و الغرامة حكم شرعي تعلق بالمتصدق كائنا من كان فاذا كان المكلف بالتصدق هو من وقع في يده لكونه هو المأبوس و الحاكم و كيلا كان الغرم على الموكل و إن كان المكلف هو الحاكم لوقوع المال في يده قبل اليأس عن مالكة فهو المكلف بالفحص ثم التصديق كان الضمان عليه.

و إن شئت فعبر عنه بالحكم، و حيث انه من المحتمل كون هذا الحق من قبيل ذلك فلا دليل على ثبوته للوارث.

و بما ذكرناه ظهر ما فى كلمات المصنف قدس سره.

(١) هذا هو الفرع الثانى و هو لو مات المتصدق فرد المالك فهل تخرج الغرامة من ماله أم لا؟ خروج الغرامة من ماله يبتنى على القول بضمانه من حين التصدق، فإنه يكون مديونا فيخرج دينه من ماله، و أما على القول بضمانه من حين الرد فحيث انه يحتمل كون ذلك من قبيل الأحكام لا- الحقوق القابلة للانتقال فلا- وجه للتعدى عن المتصدق الى ورثته، كما لا يتعدى من المالك الى ورثته كما عرفت.

و بذلك ظهر انه لا وجه لاستظهار المصنف قدس سره اخراج الغرامة من تركته مع تردده فى المسألة السابقة.

(٢) هذا هو الفرع الثالث: و هو فى حكم ما لو دفعه الى الحاكم فتصدق به بعد اليأس، فهل هو ضامن أم لا؟.

الظاهر أنه إن بنينا على ثبوت الولاية للحاكم على الغائب و من بحكمه من الحاضرين

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٦٦

و أما الصورة الرابعة: و هو ما علم إجمالا اشتمال الجائزة على الحرام

(١).

فاما أن يكون الاشتباه موجبا لحصول الإشاعة. و أما أن لا يكون و على الأول فالقدر و المالك إما معلومان أو مجهولان أو مختلفان.

غير المعروف بعينه، لو دفع من وضع يده على مجهول المالك الى الحاكم لا يكون ضامنا، و إن لم يقصد الدفع اليه بعنوان انه ولى، إذ دفع مال المولى عليه الى ولىه يوجب سقوط الضمان و إن لم يقصد ذلك. و إن بنينا على عدم ثبوت الولاية له كما هو الأظهر لعدم الدليل عليه فالدفع اليه لا يوجب رفع الضمان كما تقدم. هذا بالنسبة الى الدافع.

و أما الحاكم فإن تصدق بالمال ثم ظهر المالك و لم يرض به و بنينا على ثبوت الضمان إذا باشر الدافع اليه التصدق. يكون هو أيضا ضامنا إن كان مكلفا بالتصدق نفسه، و إن كان وكيلا فى الدفع الى الفقراء يكون الضامن هو الموكل كما لا يخفى.

ثم إن صار الحاكم ضامنا هل يدفع البدل من بيت المال كما عن الأستاذ الأعظم، لما دل على ان ما اخطأت القضاء فهو من بيت المال، أم من مال نفسه؟ وجهان:

أقواهما الثانى، لأن دليل ما اخطأت القضاء لا يشمل مثل المقام مما يكون التصدق، لا بما هو حاكم بل من جهة ان ما فى يده مجهول المالك.

الصورة الرابعة

(١) قوله و أما الصورة الرابعة: و هو ما لو علم إجمالا اشتمال الجائزة على الحرام.

و محصل القول فيها: ان الاشتباه تارة: يكون موجبا لحصول الإشاعة كخلط السمن بالسمن، و اخرى: لا يكون موجبا لذلك كما اذا اجازة الظالم فراشين علم ان احدهما له و الآخر غضب.

أما فى المورد الأول: فقد يكون المالك و مقدار الحرام معلومين، و قد يكونان مجهولين، و قد يكون المقدار معلوما و المالك مجهولا و قد يكون بعكس ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٦٧

و على الأول: فلا اشكال (١) و على الثاني: فالمعروف اخراج الخمس (٢) على تفصيل مذکور في باب الخمس، و لو علم القدر (٣) فقد تقدم في القسم الثالث.

(١) قوله و على الأول فلا اشكال.

إن كان الخلط على نحو الإشاعة الواقعية، كما اذا اعطاه الجائر مالا مشتركا بينه و بين غيره من دون إذن من ذلك الغير، يجب دفع حصه الغير اليه، و إن كان على وجه الامتزاج الموجب للإشاعة الظاهرية يجب دفع ما يعادل حصته من المجموع. هذا اذا لم يكن على وجه الاستهلاك، و إن كان على ذلك الوجه فإن لم تكن المايه باقيه ايضا لا يكون عليه ضمان إن لم يكن بفعله، و إن كان بفعله ضمن قيمه التالف، و إن كانت المايه باقيه، فهل يكون ذلك موجبا للشركه في العين، أم يجب دفع قيمه ماله الذي يعتبر موجودا بماليته و إن لم يكن موجودا بعينه؟ وجهان.

(٢) و على الثاني: و هو ما اذا كان المالك و المقدار مجهولين: فالمشهور بين الأصحاب: اخراج الخمس، و عن العماني و الإسكافي و المفيد و سلار و سيد المدارك و غيرهم: عدم الوجوب و عدم حليته بالتخميس و المحقق الهمداني قدس سره قوى التخيير بين التخميس و بين التصديق بجميع ما فيه من الحرام بأى وجه أمكن، و عن بعض المحققين: حليته بدون التخميس و التصديق.

و الأقوى: هو الأول، و قد اشبعنا الكلام فيه في الجزء السابع من فقه الصادق.

(٣) و على الثالث و هو ما اذا كان المقدار معلوما و المالك مجهولا: يجب التصديق كسائر أفراد مجهول المالك كما هو المشهور، و عن ظاهر النهايه و الغنيه و الوسيله و النافع و الشرائع و التبصره و اللعمه، و جوب الخمس في هذا الفرض ايضا، و لم يستبعد السيد في الحاشيه قوته، و اختاره صاحب الحدائق، و قوى المصنف في كتاب الخمس لزوم دفع ذلك المقدار خمسا لا صدقه قل أو كثر. و الأول أقوى، و قد حققناه في الجزء السابع من فقه الصادق و لعله يظهر مما قدمناه في الصوره السابقه.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٦٨

و لو علم المالك و جب التخلص معه بالمصالحه (١) و على الثاني فيتعين القرعه أو البيع و الاشتراك في الثمن (٢) و تفصيل ذلك كله في كتاب الخمس.

و اعلم أن أخذ ما في يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الأخذ الى الأحكام الخمسه، و باعتبار نفس المال الى المحرم و المكروه و الواجب (٣) فالمحرم ما علم كونه مال الغير مع عدم رضاه بالأخذ و المكروه المال المشتبه.

و على الرابع و هو ما اذا كان المالك معلوما و المقدار مجهولا.

(١) ففي المكاسب: و جب التخلص معه بالمصالحه.

و عن العلامة قدس سره في التذكرة: تعين تخميسه و حليه المال به إن لم يرض بالصلح، و عن جماعة: دفع الأقل المعلوم الى المالك و الرجوع في الزائد المشكوك فيه الى القرعه، و قواه المصنف قدس سره في بعض الصور، و عن كشف الغطاء، و جوب صلح الإيجاب، و استقرب المحقق الهمداني قدس سره و جوب اعطاء الأكثر.

و الأظهر وفاقا لجماعه: و جوب دفع الأقل و الاكتفاء به اذا كان المال في يده، لأنه في المقدار الزائد المشكوك فيه يرجع الى قاعدة اليد الحاکمه بالملكيه بناء على ما هو الحق من أنها اماره للملكيه بالنسبه الى الشخص نفسه.

(٢) و أما في المورد الثاني: فالمصنف قدس سره قال بتعين القرعه أو البيع و الاشتراك في الثمن.

و لكن الأظهر جريان الأقسام الأربعة المذكوره في المورد الأول في هذا المورد و ذكرنا تفصيل ذلك في الجزء السابع من فقه

الصادق.

بقي في المقام أمران لا بد من التعرض لهما:

(٣) احدهما قوله: و اعلم أن أخذ ما في يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الأخذ الى الأحكام الخمسة، و باعتبار نفس المال الى المحرم و المكروه و الواجب.

أما ما أفاده بالاعتبار الأول، فالظاهر ان مراده به: ان الأخذ باعتبار العناوين الثانوية المنطبقة عليه ينقسم الى أحكام خمسة: فأخذ مال الغير من دون رضاه حرام، و أخذ حق الناس من الجائر قد يكون واجبا، و أخذ المال منه مع عدم العلم بالحرمة لمصلحة كتزويج عزاب آل أبي طالب مستحب، و أخذ المشتبه منه مكروه على المعروف، و أخذ المال منه لغير ما ذكر مباح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٦٩

و الواجب ما يجب استنقاذه من يده من حقوق الناس حتى انه يجب على الحاكم الشرعي استنقاذ ما في ذمته من حقوق السادة و الفقراء و لو بعنوان المقاصد (١) بل يجوز ذلك لأحد الناس خصوصا نفس المستحقين مع تعذر استئذان الحاكم.

و عليه فلا يرد عليه ما أورده المحقق الإيرواني قدس سره من ان الأخذ لا حكم له بنفسه سوى الإباحة.

و أما ما أفاده بالاعتبار الثاني، فتوضيحه: ان المحرم ما علم كونه مال الغير مع عدم رضاه بالأخذ، و المكروه ما ذكره قدس سره و هو المال المشتبه، و قد تقدم الكلام فيه مفصلا، و عرفت في اول هذا المبحث انه لا دليل على كراهته، و الواجب قد مثل له الشيخ قدس سره بما يجب استنقاذه من يده من حقوق الناس.

و فيه أنه لا دليل على وجوب استنقاذ حقوق الناس منه إن أمكن، نعم لو كان مال الغير تحت يده و غصبه الجائر يجب استنقاذه منه ان تيسر لوجوب رده الى مالكه، و يكون هذا مقدمة له.

و الأولى إضافة المباح اليها، لأن أخذ مال الغير منه مع إحراز رضا صاحبه مباح.

(١) قوله حتى انه يجب على الحاكم الشرعي استنقاذ ما في ذمته.

لا اشكال في جواز ذلك، و أما وجوبه، فلم أجد ما يمكن الاستدلال به له.

سوى ما عن بعضهم من انه ولى بيت مال المسلمين فيجب عليه حفظه عن التلف و أخذه من ذمم الناس و لو بالمقاصد من أموالهم.

و لكن يمكن المناقشة فيه: إذ كونه ولىا يقتضى عدم جواز اتلاف بيت المال و وجوب حفظه عن التلف و أما وجوب أخذه من الذمم مع عدم دخول عدم الأخذ في اتلافات الولي، فهو لا يدل عليه.

إلا أن الإنصاف كون عدم الاستنقاذ منه خلاف الحفظ الراجع اليه و يعد من خياناته و اتلافاته فالأظهر وجوبه.

و أما جوازه لأحد المستحقين مع إذن الحاكم فلا كلام فيه.

و أما جوازه لهم من دون الاستيذان، فلعل وجهه انه يصدق على كل فرد منهم انه ذو الحق لثبوت ذلك بالنسبة الى الكلي المنطبق عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٧٠

و كيف كان فالظاهر أنه لا إشكال في كون ما في ذمته من قيم المتلفات غصبا من جملة ديونه (١) نظير ما تستقر في ذمته بقرض أو ثمن مبيع أو صداق أو غيرها، و مقتضى القاعدة كونها كذلك بعد موته فيقدم جميع ذلك على الإرث و الوصية الا انه ذكر بعض

الأساطين (٢) ان ما في يده من المظالم تالفا لا يلحقه حكم الديون في التقديم على الوصايا و الموارث لعدم انصراف الدين اليه (٣) و إن كان منه و بقاء عموم الوصية و الميراث على حاله و للسيرة المأخوذة يدا بيد من مبدأ الإسلام الى يومنا (٤) هذا، فعلى هذا لو أوصى بها بعد التلف اخرجت من الثلث، و فيه منع الانصراف (لعل الأولى بأن يقال و منه منع عدم الانصراف) فانا لا نجد بعد مراجعته

العرف فرقا بين ما اتلفه هذا الظالم عدوانا و بين ما اتلفه نسيانا و لا بين ما اتلفه هذا الظالم عدوانا و بين ما اتلفه شخص آخر من غير الظلمة مع انه لا- إشكال في جريان احكام الدين عليه في حال حياته من جواز المقاصة من ماله كما هو المنصوص و لعدم تعلق الخمس و الاستطاعة و غير ذلك.

(١) الكلام الى هنا كان في حكم أخذ المال من الجائر.

و الكلام فعلا يقع في حكم الجائر نفسه.

فإن كان ما أخذه ظلما باقيا يجب رده الى صاحبه، و إن كان تالفا يجب رد بدله لقاعدة ضمان اليد و الإتلاف، هذا إذا كان حيا، و إن مات فإن كان مال الغير باقيا لا كلام في وجوب رده الى مالكة، و إن كان تالفا كان بدله من جملة ديونه فيخرج من أصل التركة.

(٢) و خالف كاشف الغطاء في ذلك و منع كونه من الديون، فلا يلحقه حكمها من التقديم على الوصايا و المواريث.

و استدلل له بوجهين:

(٣) الأول: ان ما دل على ان الدين يخرج من أصل التركة منصرف عن مثل هذا الدين.

(٤) الثاني: ان السيرة القطعية قائمة على ان الضمانات الثابتة في أمثال المقام لا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٧١

فلو تم الانصراف، لزم إهمال الأحكام المنوطة بالدين وجودا و عدما من غير فرق بين حياته و موته. و ما ادعاه من السيرة فهو ناشئ من قلة مبالاة الناس (١) كما هو ديدنهم في أكثر السير التي استمروا عليها، و لذا لا يفرقون في ذلك بين الظلمة و غيرهم ممن علموا باشتغال ذمته بحقوق الناس من جهة حق السادة و الفقراء أو من جهة العلم بفساد أكثر معاملاته، و لا في انفاذ وصايا الظلمة و توريث ورثتهم بين اشتغال ذمهم بعوض المتلفات و أرش الجنايات و بين اشتغالها بديونهم المستقرة عليهم من معاملاتهم و صدقاتهم الواجب عليهم و لا- بين ما علم المظلوم فيه تفصيلا و بين ما لم يعلم، فانك اذا تتبعت احوال الظلمة وجدت ما استقر في ذمهم من جهة المعاوزات و المداينات مطلقا أو من جهة وجود أشخاص معلومين تفصيلا او مشتبهين في محصور كافي في استغراق تركتهم المانع من التصرف فيها بالوصية أو الإرث. و بالجملة فالتمسك بالسيرة المذكورة أو هن من دعوى الانصراف السابقة، فالخروج بها عن القواعد المنصوصة المجمع عليها غير متوجه.

تخرج من أصل التركة.

٨ و يرد عليهما ما ذكره المصنف قدس سره.

أما الأول: فلمنع الانصراف، إذ لا فرق في وجداننا بين اتلاف الظالم و بين اتلاف غيره، و ايضا لا فرق بين اتلافه نسيانا، أم عدوانا، مع انه لا إشكال في اجراء احكام الدين عليه في حال حياته، فأى فرق في أحكام الدين بين حال حياته و مماته.

(١) و أما الثاني: فلأن هذه السيرة لو تمت ناشئة عن قلة المبالاة بالدين لا يعتمد عليها في رفع اليد عن الأدلة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٧٢

الثالثة: ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة من الأراضي باسمها و من الأنعام باسم الزكاة

يجوز أن يقبض منه مجاناً أو بالمعاوضة (١) وإن كان مقتضى القاعدة حرمة لأنه غير مستحق لأخذه فتراضيه مع من عليه الحقوق المذكورة في تعيين شيء من ماله لأجلها فاسد، كما إذا تراضى الظالم مع مستأجر دار الغير في دفع شيء إليه عوض الأجرة هذا مع التراضى. و أما إذا قهره على أخذ شيء بهذه العنوانات ففساده أوضح.

الحقوق الثابتة في الأموال ثلاثة

(١) قوله الثالث ما يأخذ السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة.

وقبل الشروع في البحث لا بد من التنبيه على أمر وهو: ان الحقوق الثابتة في الأموال متعددة منها الخمس، و منها الزكاة، و منها الخراج و المقاسمة، و هما ما يجعل على الأراضى الخراجية.

قال المقدس الأردبيلي قدس سره الخراج على ما فهم من كلامهم كالأجرة المضروبة على الأرض التى فتحت عنوة و كانت عامرة حين الفتح، و فى معناه المقاسمة سواء كانت عين حاصل الأرض كالثلث أو من النقد بل غيره ايضا.

وقيل: انه مختص بالقسم الثانى و المقاسمة بالأول. و عليه فالأولى جعل الأخيرين قسما واحدا.

و الظاهر ان الخراج هو الأعم مما يؤخذ من حاصل الأرض و مما يؤخذ ضريبة المعروف فى ايران ب (الماليات) كما صرح به المحقق النائينى قدس سره.

و منها: ما يجعل على أرض الجزية، و هى الأرض التى صلح عليها على أن تكون الأرض لهم و عليهم كذا و كذا من المال أو الثلث أو الربع أو نحوهما من حاصل الأرض، من غير فرق بين جعل الجزية على الرءوس أو أن تكون الجزية من باب حق فى الأرض.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٧٣

و كيف كان فما يأخذه الجائر باق على ملك المأخوذ منه. (١)

و منها: ما اذا كانت الأرض اسلم اهلها طوعا اذا تركوا عمارتها فإن للإمام تقييلها ممن يعمرها و يؤدى طسقتها على ما ذكره المشهور، و لا بأس بتعميم الخراج بنحو يشمل هذين الحقين الأخيرين، و على ذلك فالحقوق ثلاثة.

اذا عرفت هذا فاعلم أن الكلام يقع فى جهات:

الأولى: اذا أخذ السلطان الجائر الحقوق المذكورة من المسلمين فهل تبرأ ذمهم عنها كما هو المشهور، بل فى الجواهر: نفى الخلاف عن ذلك، أم لا كما هو الظاهر من المصنف قدس سره حيث قال:

(١) و كيف كان فما يأخذ الجائر باق على ملك المأخوذ منه و جهان.

مقتضى القاعدة و إن كان هو الثانى لفرض عدم صرف المال فى محله و عدم اعطائه لأهله، و لكن يدل على الأول - مضافا الى امكان استفادة براءة الذمة من النصوص الآتية الدالة على جواز أخذ تلك الأموال من الجائر، إذ لو لم تكن ذمة المعطى بريئة، و كان المال باقيا على ملكه و جب الرد اليه و لم يجز أخذه و التصرف فيه.

جملة من النصوص: كصحيح يعقوب بن شعيب قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن العشور التى تؤخذ من الرجل أ يحتسب بها من زكاته؟ قال عليه السلام: نعم إن شاء (١).

و صحيح عيص بن القاسم عنه عليه السلام فى الزكاة: ما أخذ منكم بنو أمية فاحتسبوا به و لا تعطوهم شيئا ما استطعتم فإن المال لا يبقى على هذا ان يزكاه مرتين (٢) و نحوهما غيرهما مما ورد فى الزكاة و الخمس.

بل الظاهر من بعض النصوص جواز احتساب ما يأخذه الجائر بعنوان الخراج زكاة: كصحيح رفاعه قال: سألت الإمام الصادق عليه السلام عن الرجل له الضيعة فيؤدى خراجها هل عليه فيها عشر؟ قال عليه السلام: لا (٣) و قريب منه غيره و لكن لم يعمل بها أحد كما

فى الجواهر.

(١) الوسائل، باب ٢٠، من أبواب المستحقين للزكاة، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ٢٠، من أبواب المستحقين للزكاة، حديث ٣.

(٣) الوسائل، باب ١٠، من أبواب زكاة الغلات، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٧٤

...

و أما ما ظاهره عدم جواز الاحتساب كصحيح زيد الشحام قال للصادق عليه السلام: جعلت فداك ان هؤلاء المصدقين يأتون و يأخذون منا الصدقة فنعطيهما اياها أ تجزى عنا؟ قال عليه السلام: لا- انما هؤلاء قوم غصبوكم- أو قال: ظلموكم- أموالكم و انما الصدقة لأهلها «١».

فمحمول على صورة التمكّن من عدم الدفع أو على استحباب الإعادة كما عن الشيخ فى التهذيب.

لا يجوز للجائر أخذ تلك الحقوق

الجهة الثانية: هل يجوز للجائر أخذ الحقوق المذكورة من الناس أم لا؟.

قد يقال: بأن الولاية و إن كانت للسلطان العادل و تصدى الجائر و تقمصه بذلك القميص غصب و حرام و إثم، الا انه بعد تصديه لذلك المقام له التصرف فى تلك الحقوق و صرفها فى مصالح المسلمين، فإن موضوع تلك الأحكام هو والى المسلمين و من كان فى مقدمهم و حاملا لراية الإسلام و لو عن غير حق.

و استدلل لذلك بإطلاق لفظ والى و الإمام فى الأخبار الدالة على ان أمر أراضى الخراج مفوض اليه لعدم تقيدهما بالوالى بالولاية الحقّة.

و فيه: ان الغاصب لمنصب الولاية انما يكون واليا بنظره و بنائه لا فى اعتبار الشارع، فقول الشارع: فذلك الى الإمام، أو الى والى يراد به والى عن حق.

و بعبارة اخرى: من غصب الولاية لا- يكون واليا الا- فى اعتباره و اعتبار تابعيه لا فى اعتبار الشارع، و هذا نظير من تملك مال الغير غصبا، فإن أحكام الملكية لا تترتب

(١) الوسائل، باب ٢ من أبواب المستحقين للزكاة، حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٧٥

...

عليه و لم يتوهم أحد القول بأن ما دل على عدم جواز التصرف الا باذن المالك يشمل الغاصب ايضا، فاذا لا دليل على هذا المدعى، فلا ينبغى التوقف فى عدم الجواز.

و لو عصى و أخذ هل تبرأ ذمته اذا صرف تلك الأموال فى مصالح المسلمين أم لا؟ صريح المصنف قدس سره الضمان كما مر و

ذهب السيد الفقيه الى براءة ذمته منها.

و استدل له: بأن الأئمة عليهم السلام اذنوا لشيعتهم شراء الصدقة و الخراج من الجائر و قبولهما منه مجانا، و هم الولاة الشرعيون، فيكون تصرف الجائر كتصرف الغاصب اذا انضم اليه اذن المالك، و معه لا يمكن بقاء ضمانه، إذ لا يعقل تصحيح المعاملة من أحد الطرفين دون الآخر، فلا يمكن التفكيك بين البيع و الشراء بحسب الواقع كما هو واضح.

و أورد عليه الأستاذ الأعظم: بأن إذن الشارع في أخذ تلك الحقوق من الجائر انما هو لتسهيل الأمر على الشيعة لئلا يقعوا في المضيق و الشدة، فلا اشعار فيه ببراءة ذمة الجائر فضلا عن الدلالة عليها، فمقتضى قاعدة اليد هو الضمان.

و فيه: ان ما ذكره انما هو حكمة الإذن، و السيد قدس سره يدعى انه بعد الإذن في الشراء لا يعقل بقاء ضمان الجائر بالنسبة الى عين الصدقة، إذ لا يخلو الأمر من صحة بيع الجائر، و فساده و على الأول لا معنى ل ضمانه، و على الثاني لزم فساد الشراء و المفروض الحكم بصحته.

و بعين هذا البرهان يبنى على عدم الضمان في الهبة أيضا في موارد اذنتهم في قبولها، و احتمال كون الهبة حينئذ نظير الإلتلاف موجبة لانتقال البديل الى ذمة الجائر و إن كان ممكنا في مقام الثبوت الا انه خلاف ظاهر الأدلة بحسب المتفاهم العرفي. فالأظهر انه اذا صرف الجائر تلك الحقوق في المصارف المأذون فيها برئت ذمته منها.

أخذ الصدقات و الخراج من الجائر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٧٦

و مع ذلك يجوز قبضه عن الجائر بلا خلاف يعتد به بين الأصحاب. (١)

و عن بعض حكاية الإجماع عليه قال في محكى التنقيح لأن الدليل على جواز شراء الثلاثة من الجائر، و إن لم يكن مستحقا له النص الوارد عنهم عليهم السلام و الإجماع و إن لم يعلم مستنده و يمكن أن يكون مستنده ان ذلك حق للأئمة، و قد اذنوا لشيعتهم في شراء ذلك فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولي اذا انضم اليه اذن المالك، انتهى.

أقول: و الأولى ان يقال إذا انضم اليه اذن متولى الملك كما لا يخفى. و في جامع المقاصد ان عليه إجماع فقهاء الإمامية و الأخبار المتواترة عن الأئمة الهداة عليهم السلام.

و في المسالك أطبق عليه علماؤنا و لا نعلم فيه مخالفا.

و عن المفاتيح انه لا خلاف فيه.

و في الرياض انه استفاض نقل الإجماع عليه و قد تأيدت دعوى هؤلاء بالشهرة المحققة بين الشيخ و من تأخر عنه و يدل عليه، قبل الاجماع مضافا الى لزوم الحرج العظيم في الاجتناب عن هذه الاموال. بل اختلال النظام و إلى الروايات المتقدمة لأخذ الجوائز من السلطان خصوصا الجوائز العظام التي لا يحتمل عادة أن يكون من غير الخراج، و كان الإمام عليه السلام يأبى عن أخذها احيانا معللا بأن فيها حقوق الامة روايات (٢)

(١) الجهة الثالثة: هل يجوز أخذ الحقوق الشرعية من الزكوات و المقاسمات و اشباههما من الجائر المستحل لذلك و يملكها الاخذ، أم لا؟ المشهور بين الاصحاب هو الاول،

و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه، و عن الرياض: انه استفاض نقل الاجماع عليه، و عن الفاضل القطيفي، و المحقق الاردبيلي قدس سره عدم الجواز.

و الاظهر هو الأول.

(٢) و تشهد له طوائف من النصوص: منها: ما دل على اباحة جوائز السلطان، و قد تقدم في البحث عن جوائز السلطان فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٧٧

منها: صحيحة الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل منا يشتري من عمال السلطان من إبل الصدقة و غنمها، و هو يعلم انهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذي يجب عليهم، قال: فقال ما الابل و الغنم الا مثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه فيجتنب، قلت: فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات اغنامنا. فنقول: بعناها فيبيعنا اياها فما ترى في شرائها منه، فقال: إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس. قيل له: فما ترى في الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه فيعزله بكييل فما ترى في شراء ذلك الطعام منه، فقال: إن كان قد قبضه بكييل و انتم حضور فلا بأس بشرائه منه من غير كييل (١) دلت هذه الرواية على ان شراء الصدقات من الانعام و الغلات من عمال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل و انما سئل او لاعن الجواز مع العلم الاجمالي بحصول الحرام في أيدي العمال.

و منها: النصوص الواردة في خصوص المقام، و هي متعددة:

(١) منها: صحيح «١» الحذاء عن الإمام الباقر عليه السلام المذكور في المتن.

و مورد الاستدلال به، جمالات ثلاث:

الاولى قوله عليه السلام: لا بأس حتى تعرف ... الى آخره، و تقريب الاستدلال به: ان السائل من جهة عدوله عن السؤال عن أصل الجواز الى السؤال عن الشبهة الناشئة من أخذهم أزيد من المجمعول غضبا، جعل جواز أخذ الصدقات من الجائر مفروغا عنه، و الامام عليه السلام أجابه بذلك، و هو كالصريح في مفروغية جواز ما يأخذونه من الحق، و ان الحرام هو الزائد. و أورد عليه بإيرادات:

الاول: انه من الجائر كون المراد من السلطان، العادل، فتكون الرواية غريبة عن المقام.

و فيه: مضافا الى بعد أخذ عمال سلطان العادل أكثر من الحق الذي يجب عليهم، ففرض ذلك يوجب ظهورها في ارادة الجائر: ان السائل انما يسأل عن الواقعة التي تكون

(١) الوسائل، باب ٥٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٧٨

و ثانيا: من جهة توهم الحرمة أو الكراهة في شراء ما يخرج في الصدقة كما ذكر في باب الزكاة. و ثالثا: من جهة كفاية الكيل الاول. و بالجملة ففي هذه الرواية سؤالا و جوابا إشعار بأن الجواز كان من الواضحات الغير المحتاجة الى السؤال، و الا لكان أصل الجواز أولى بالسؤال حيث ان ما يأخذونه باسم الزكاة معلوم الحرمة تفصيلا فلا فرق بين أخذ الحق الذي يجب عليهم و أخذ أكثر منه و يكفي قوله عليه السلام حتى يعرف الحرام منه في الدلالة على مفروغية حل ما يأخذونه من الحق. و ان الحرام هو الزائد و المراد بالحلال هو الحلال بالنسبة الى ما ينتقل اليه و إن كان حراما بالنسبة الى الجائر الاخذ له بمعنى معاقبته على أخذه و ضمانه و حرمة التصرف في ثمنه و في وصفه عليه السلام للمأخوذ بالحلية دلالة على عدم اختصاص الرخصة بالشراء، بل يعم جميع انواع الانتقال الى الشخص فاندفع ما قيل من ان الرواية مختصة بالشراء فليقتصر في مخالفة القواعد عليه.

محلا- للابتلاء و معلوم انه في ذلك الزمان لم يكن سلطان عادل مبسوط اليد كي يصح حمل الرواية عليه، مع ان ترك الاستفصال

يكفى فى الحكم بالعموم.

الثانى: ان المراد من الشراء فى الخبر الاستنقاذ.

وفيه: مضافا الى بعده فى نفسه: ان هذا لو تم فانما هو فيما لو كان المشتري هو المأخوذ منه، و ظاهر هذه الجملة بقرينة قوله و هو يعلم انهم يأخذون منهم كون المشتري غير المأخوذ منه.

الثالث: ما ذكره المقدس الاردبيلي قدس سره فى محكى كلامه بقوله: ان قوله عليه السلام لا بأس به حتى يعرف الحرام منه لا يدل الا على جواز شراء ما كان حلالا بل مشتبهها، و عدم جواز ما كان معروفا انه حرام بعينه و لا يدل على جواز شراء الزكاة بعينها صريحا، نعم ظاهرها ذلك لكن لا ينبغى الحمل عليه لمنافاته العقل و النقل، و يمكن أن يكون سبب الاجمال فيه التقيّة. و يرد عليه:

اولا: ان الرواية اذا كانت مخالفة للنقل و العقل فإن كانت بنحو لا يمكن الاخذ بهما و الجمع بين الدليلين و تعين طرح تلك الرواية لما كان هناك فرق بين كونها ظاهرة أو صريحة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٧٩

ثمّ الظاهر من الفقرة الثالثة السؤال و الجواب عن حكم المقاسمة، فاعتراض الفاضل القطيفي الذى صنف فى الرد على رسالة المحقق الكركي المسماة بقاطعة اللجاج فى حل الخراج رسالة زيف فيها جميع ما فى الرسالة من أدلة الجواز بعدم دلالة الفقرة الثالثة على حكم المقاسمة و احتمال كون القاسم هو مزارع الارض أو وكيله ضعيف جدا و تبعه على هذا الاعتراض المحقق الاردبيلي قدس سره و زاد عليه ما سكت هو عنه من عدم دلالة الفقرة الاولى على حل شراء الزكاة بدعوى ان قوله عليه السلام لا بأس حتى تعرف الحرام منه لا يدل الا على جواز شراء ما كان حلالا بل مشتبهها و عدم جواز شراء ما كان معروفا انه حرام بعينه، و لا يدل على جواز شراء الزكاة بعينها صريحا، نعم ظاهرها ذلك لكن لا ينبغى الحمل عليه لمنافاته العقل و النقل.

و ثانيا: انها صريحة فى المطلوب، إذ الضمير فى قوله عليه السلام لا بأس به يرجع الى شراء إبل الصدقة و غنمها.

و ثالثا: انه قدس سره اعترف اولاً بالظهور ثم عاد الى دعوى الاجماع.

و رابعا: ان ما دل من النقل و العقل على عدم جواز التصرف فى ملك الغير من دون رضا صاحبه قابل للتخصيص، و قد خصص فى بعض الموارد كالتصرف فى الاراضى المتسعة و الانهار الكبار و غيرها.

و خامسا: ان عدم جواز التصرف فى المال المأخوذ من الجائر بعد ما عرفت من خروجه عن ملك المأخوذ منه و تعينه فى العنوان الذى أخذ بذلك العنوان من الخراج أو غيره، انما يكون لاجل اعتبار إذن الولي الشرعى و هذه النصوص انما تتضمن إذن الولاية الشرعيين، و عليه فلا يلزم من الحكم بالجواز مخالفة لاي دليل فرض.

الثانية: قوله عليه السلام إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس الوارد فى جواب السؤال عن شراء الانسان صدقات نفسه من الجائر.

و أورد عليه بعض مشايخنا المحققين: بأنه لا- ظهور له فى كون المصدق من قبل السلطان و عماله، فلعله من قبل الامام عليه السلام أو من قبل الفقهاء.

وفيه: ان الامام عليه السلام: فى زمان هذا السؤال لم يكن مبسوط اليد، و لم يكن عليه السلام يرسل العامل لجباية الصدقات، و إن كان المتعارف أخذ عمال السلطان للصدقات لا الفقهاء بأنفسهم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨٠

و يمكن أن يكون سبب الاجمال منه «فيه» التقيّة، و يؤيد عدم الحمل على الظاهر انه غير مراد بالاتفاق إذ ليس بحلال ما أخذه الجائر فتأمل، انتهى. و أنت خبير بأنه ليس فى العقل ما يقتضى قبح الحكم المذكور و أى فارق بين هذا و بين ما احلوه لشيعتهم مما فيه

حقوقهم ولا في النقل الا عمومات قابلة للتخصيص بمثل هذا الصحيح وغيره المشهور بين الاصحاب رواية و عملا مع نقل الاتفاق عن جماعة.

و أما الحمل على التقيّة فلا يجوز بمجرد معارضة العمومات كما لا يخفى.

و بالجملة: الظاهر من المصدق هو من كانت حرفته و شغله جباية الصدقات، و حيث لم يكن السلطان العادل حين السؤال مبسوط اليد، و لا يكون السؤال الا عن حكم الواقعة المبتلى بها لا قضية فرضية، فلا مناص عن البناء على كون المصدق هو عامل الجائر.

الثالثة: ما تضمن حكمه عليه السلام بكفاية الكيل السابق في الشراء و هذه الجملة ظاهرة في جواز شراء المقاسمات.

و أورد عليه تارة: بما عن المستند من منع ارادة المقاسمة المصطلحة من هذه الجملة، فإن لفظ القاسم يستعمل في صدقات الغلات ايضا.

و اخرى: بما ذكره بعض مشايخنا المحققين تبعا للفاضل القطيفي و المقدس الاردبيلي قدس سره من انه لعل المراد هو مالك الارض أو وكيله.

أما الايراد الاول: فالجواب عنه: انه اذا ثبت الحكم في الزكاة ثبت في المقاسمة بضميمة عدم القول بالفصل، مع ان مقابلة القاسم بالمصدق في الخبر ظاهرة في ارادة كل من المقاسمة المصطلحة و الصدقة.

و أما الايراد الثاني: فيمكن الجواب عنه: بأن اطلاق لفظ القاسم من دون تقييد على غير من حرفته القسمة لا يصح، فهو بنفسه ظاهر في ارادة العامل الموظف لذلك، مع ان اتحاد السياق يقتضى أن يراد من القاسم هو العامل.

و قد أورد على الاستدلال بالخبر: بأنه مختص بالشراء فلا بد من الاقتصار في مخالفة القواعد عليه. و الجواب عن ذلك بما في المكاسب من ان العدول من التعبير بالجواز

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨١

و منها رواية اسحاق بن عمار، قال: سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم، قال: يشتري منه ما لم يعلم انه ظلم فيه أحدا. (١)

وجه الدلالة ان الظاهر من الشراء من العامل شراء ما هو عامل فيه و هو الذي يأخذه من الحقوق من قبل السلطان. (٢) نعم لو بني على المناقشة احتمل ان يريد السائل شراء املاك العامل منه مع علمه بكونه ظالما غاصبا فيكون سؤالا عن معاملة الظلمة لكنه خلاف الانصاف و إن ارتكبه صاحب الرسالة.

الى التعبير بالحلال مشعر بمناط جواز الشراء و هو كون المال حلالا بالنسبة الى الاخذ، و مقتضى ذلك حلية كل تصرف له ياذن السلطان.

قابل للمناقشة كما لا يخفى و لكن الذي يسهل الخطب دلالة جملة من الروايات الاخر على حلية سائر التصرفات.

(١) و منها: موثق «١» اسحاق بن عمار المذكور في المتن.

(٢) و قد استدلل به المصنف قدس سره بتقريب: ان الظاهر من الشراء من العامل شراء ما هو عامل فيه و هو الذي يأخذه من الحقوق من قبل السلطان.

و علق عليه السيد الفقيه بقوله: مع ان ترك الاستفصال يكفي في العموم.

و فيه ان العامل في هذه الرواية و سائر ما ورد بمضمونها التي ذكرها السيد في الحاشية، يمكن أن يكون المراد به مطلق من يعمل للسلطان و لو بان يكون عاملا في تولى الحكومات و لا يكون صريحا و لا ظاهرا في ارادة العامل في جباية الصدقات، و على ذلك فغاية ما تدل عليه هذه النصوص ان الاشتراء من العامل يجوز ما لم يعلم بأن المبيع حرام، و لا تكون في مقام بيان تعيين الحلال و

تمييزه عن الحرام، فلا تدل على حلية ما يأخذه من الحقوق للمشتري.

و بهذا البيان يظهر انه اذا لم يكن الشراء من العامل ظاهرا في شراء ما هو عامل فيه لا يجدى ترك الاستفصال في الحكم بالجواز في المقام.

نعم لو كان المراد من العامل هو عامل جباية الصدقات، و من الشراء منه شراء ما هو عامل فيه، تم ما افيد.

(١) الوسائل، باب ٥٣، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨٢

و منها رواية أبي بكر الحضرمي، قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام و عنده ابنه اسماعيل، فقال: ما يمنع ابن أبي سماك أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفي الناس و يعطيهم ما يعطى الناس، قال: ثم قال لي لم تركت عطاءك قلت:

مخافة على ديني، قال: ما منع ابن أبي سماك ان يبعث اليك بعطائك اما علم ان لك في بيت المال نصيبا (١) فان ظاهره حل ما يعطى من بيت المال عطاء أو اجرة للعمل فيما يتعلق به بل قال: المحقق الكركي ان هذا الخبر نص في الباب لانه عليه السلام بين ان لا خوف على السائل في دينه لانه لم يأخذ الا نصيبه من بيت المال، و قد ثبت في الاصول تعدى الحكم بتعدى العلة المنصوصة انتهى. و ان تعجب منه الوردبيلي قدس سره و قال: انا ما فهمت منه دلالة ما و ذلك لأن غايتها ما ذكر و ذلك قد يكون من بيت مال يجوز أخذه و اعطاؤه للمستحقين (٢) بأن يكون مندورا أو وصية لهم بأن يعطيهم ابن أبي سماك و غير ذلك انتهى. و قد تبع في ذلك صاحب الرسالة حيث قال: ان الدليل لا إشعار فيه بالخراج.

أقول: الانصاف ان الرواية ظاهرة في حل ما في بيت المال مما يأخذه الجائر.

(١) و منها خبر أبي بكر الحضرمي «١» المذكور في المتن.

فان ظاهر صدره حلية ما يعطى من بيت المال اجرة للعمل فيما يتعلق به و ظاهر ذيله حلية ما يعطى عطاء، و لذا قال المحقق الكركي، ان هذا الخبر نص في الباب.

و يرد عليه: مضافا الى ما في سند الخبر من الجهالة لعبد الله بن محمد الحضرمي، ان صدر الخبر لمعارضته مع ما دل على عدم جواز كون الانسان عوناً للظالم- المتقدم في مبحث معونة الظالم- لا بد من طرحه، و أما ذيله، فهو إنما يدل على ان ما يأخذه السلطان بعنوان الزكاة أو غيرها يخرج عن ملك المأخوذ منه، و يتعين لذلك، و انه اذا كان للشخص حق في بيت المال يجوز الاخذ من تلك الحقوق، و لا يدل على جواز المعاملة مع السلطان و أخذ المال منه ما لم يكن مصرفا له. فتأمل.

(٢) و أما أورده المحقق الأردبيلي قدس سره عليه بأن غاية ما يدل عليه الخبر انه ربما يكون في بيت المال ما يجوز أخذه و اعطائه للمستحقين بأن يكون مندورا أو وصية لهم

(١) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨٣

و منها الاخبار الواردة في أحكام تقبل الخراج من السلطان على وجه يستفاد من بعضها كون أصل التقبل مسلم الجواز عندهم، فمنها صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في جملة حديث، قال: لا بأس بأن يتقبل الرجل الارض و أهلها من السلطان و عن مزارعة أهل الخراج بالنصف و الثلث و الربع. قال: نعم لا بأس به. و قد قبل رسول الله صلى الله عليه و آله خيبرا اعطاها اليهود حيث فتحت عليه بالخبر و الخبر هو النصف.

ومنها الصحيح عن اسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتقبل بخراج الرجال وجزية رءوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسمك والطير، وهو لا يدري لعل هذا لا يكون أبداً يشتريه. وفي أي زمان يشتريه ويتقبل، قال: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره وتقبل به ونحوها الموثق المروى في الكافي والتهذيب عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي بأدنى تفاوت، ورواية الفيض بن المختار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام جعلت فداك ما تقول في الأرض أتقبلها من السلطان، ثم أوجرها من أكرتي على أن ما أخرج الله تعالى منها من شيء لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان، قال:

لا بأس. كذلك اعامل أكرتي إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في باب قبالة الأرض واستتجار أرض الخراج من السلطان، ثم أجارتها للزارع بأزيد من ذلك، وقد يستدل بروايات أخرى لا يخلو عن قصور في الدلالة، منها الصحيح عن جميل بن صالح، قال: أرادوا بيع تمر عين أبي زياد وأردت أن اشتريه، فقلت: لا حتى استأمر أبا عبد الله عليه السلام فسألت معاذاً أن يستأمره: فقال: قل له يشتريه فإنه إن لم يشتريه اشتراه غيره ودلالته مبنية على كون عين زياد من الأملاك الخراجية ولعله من الأملاك المغصوبة من الإمام أو غيره الموقوف اشتراء حاصلها على إذن الإمام عليه السلام ويظهر من بعض الأخبار أن عين زياد كان ملكاً لأبي عبد الله عليه السلام.

بأن يعطيهم ابن أبي سماك وغير ذلك.

فيرد عليه: أنه خلاف الظاهر جداً كما لا يخفى.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨٤

ومنها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج، قال: قال لي أبو الحسن عليه السلام ما لك لا تدخل مع علي في شراء الطعام إنني أظنك ضيقاً، قلت: نعم وإن شئت وسعت علي قال اشتريه. وبالجملة ففي الأخبار المتقدمة غنى عن ذلك.

ومنها: الأخبار الواردة في تقبل الأرض وتقبل خراجها وخراج الرجال والرؤوس من السلطان الجائر، وهي كثيرة مذكورة في الوسائل في كتاب الجهاد وغيره وقد نقل المصنف قدس سره جملة منها في المتن وهي أخبار الحلبي، «١» و اسماعيل بن الفضل، و اسماعيل بن الفضل الهاشمي، و الفيض بن المختار و جميل بن صالح، و عبد الرحمن بن الحجاج. وفي تعليقه السيد الفقيه: الانصاف إن هذه الأخبار كالنص في هذا المضمار، وأظهر ما في هذا الباب.

ولكن الانصاف إمكان منع دلالتها على حكم المقام، وذلك لأن هذه النصوص فرقتان: إحداهما: واردة في الأرض و إعطاء الخراج. ثانيتهما: واردة في تقبل الخراج و الجزية.

أما الطائفة الأولى: فهي إنما تدل على جواز تقبل الأرض و إعطاء خراجها، فليس هناك معاملة على الخراج التي هي محل الكلام.

و أما الطائفة الثانية: فهي إنما تكون واردة في مقام بيان أمور أخرى غير تعرض لجواز أصل التقبل، بل هو مفروغ عنه فيها.

وعليه فحيث يحتمل اختصاص الجواز برخصة الإمام و إذنه- كما يظهر من بعض الروايات من أن عادة أصحابهم عليهم السلام كانت جارية على الاستئذان منهم في المعاملة مع السلطان، لاحظ صحيح جميل و صفوان المذكورين في المتن، و ليس هناك إطلاق يتمسك به على الفرض- فلا يمكن الاستدلال بها على المقام.

(١) راجع التهذيب ج ٧، ص ٢٠٢ و الوسائل، باب ٢٢ من أبواب الجهاد، و الوسائل باب ٢١، من أبواب عقد البيع، و جامع احاديث

الشيعة، باب ١١ من أبواب المزارعة، و الوسائل، باب ٥٢، من أبواب ما يكتسب به. (*)

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨٥

و ينبغي التنبيه على أمور:

إشارة

الاول: ان ظاهر عبارات الاكثر بل الكل ان الحكم مختص بما يأخذه السلطان، فقبل أخذه للخراج لا يجوز المعاملة عليه (١) بشراء ما في ذمة مستعمل الارض أو الحوالة عليه و نحو ذلك، و به صرح السيد العميد فيما حكى عن شرحه على النافع حيث قال: انما يحل ذلك بعد قبض السلطان أو نائبه. و لذا قال المصنف يأخذه انتهى. لكن صريح جماعة عدم الفرق بل صرح المحقق الثاني بالاجماع على عدم الفرق بين القبض و عدمه.

و أما ما أفاده المحقق الايرواني قدس سره في وجه أجنبيته هذه النصوص عن المقام بعد كون أصل جواز التقبل فيها مفروغا عنه أنه لعل يكون جوازه لاجل ان السلطان يأخذ ما يأخذه البتة، و بعد ذلك كل مستعمل الارض يرضون ان يتقدم واحد و يضمن للسلطان ما هو آخذ منهم، ثم هم يدفعون ما هو عليهم لهذا المتقبل بطيب النفس لدفعه الظلامة و الاذى عنهم. فهو في نفسه لا بأس به، و به يمكن الحكم بجواز تقبل سائر الظللمات من الكمارك و نحوها ثم أخذها ممن عليهم ذلك اذا كان ذلك بطيب أنفسهم و إن كان منشأ طيب النفس علمهم بمقهور يتهم في الاخذ منهم. الا- ان ظاهر نصوص الباب يأبى عن الحمل على ذلك، فانها تدل على جواز تقبل الخراج و اعطاء ما في ذمم الاشخاص للسلطان و براءة ذممهم من الخراج و نحوه، و لازم ما أفاده قدس سره اشتغال ذممهم بتلك الحقوق فالصحيح ما ذكرناه.

شراء الحقوق من الجائر قبل أخذها

(١) قوله الأول ان ظاهر عبارات الأكثر بل الكل ان الحكم مختص بما يأخذه السلطان.

و تمام الكلام بالتنبيه على أمور:

الاول: انه هل يختص الحكم بما يأخذه السلطان فقبل أخذه لا يجوز المعاملة عليه بشراء ما في ذمة المستعمل للارض أو الحوالة عليه و نحو ذلك كما هو ظاهر عبارات الاصحاب، أم يجوز المعاملة على الخراج قبل قبضه كما عن المحقق الثاني و سيد الرياض

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨٦

و في الرياض صرح بعدم الخلاف و هذا هو الظاهر من الاخبار المتقدمة الواردة في قبالة الارض و جزية الرؤوس (١) حيث دلت على انه يحل ما في ذمة مستعمل الارض من الخراج لمن تقبل الارض من السلطان. و الظاهر من الاصحاب في باب المساقاة حيث يذكر ان خراج السلطان على مالك الاشجار الا ان يشترط خلافه (٢) اجراء ما يأخذه الجائر منزلة ما يأخذه العادل في براءة ذمة مستعمل الارض الذي استقر عليه اجرتها بأداء غيره، بل ذكروا في المزارعة ايضا ان خراج الارض كما في كلام الاكثر أو الارض الخراجية كما في الغنية و السرائر على مالكها. و إن كان يشكل توجيهه من جهة عدم المالك للاراضي الخراجية و كيف كان فالاقوى ان المعاملة على الخراج جائزة و لو قبل قبضها. و أما تعبير الاكثر بما يأخذه فالمراد به. أما الاعم مما بينى على أخذه و لو لم يأخذه فعلا. و أما

المأخوذ فعلا لكن الوجه في تخصيص العلماء العنوان به جعله كالمستثنى من جوائز السلطان التي حكموا بوجوب ردها على مالكيها اذا علمت حراما بعينها فافهم. و يؤيد الثاني سياق كلام بعضهم حيث يذكرون هذه المسألة عقيب مسألة الجوائز خصوصا عبارة القواعد حيث صرح بتعميم الحكم بقوله و ان عرفت أربابه.

و يؤيد الاول ان المحكى عن الشهيد في حواشيه على القواعد انه علق على قول العلامة ان الذى يأخذه الجائر الى آخر قوله و إن لم يقبضها الجائر انتهى.

و اختاره المصنف قدس سره وجهان:

(١) و استدلل للثاني: بظاهر الأخبار المتقدمة الواردة في قبالة الأرض و جزية الرؤوس الدالة على أنه يحل ما في ذمته مستعمل الأرض من الخراج لمن تقبل الأرض من السلطان.

و حيث عرفت عدم دلالتها على ذلك، و سائر النصوص مختصة بما بعد الأخذ، بل و حيث عرفت عدم دلالتها على ذلك، و سائر النصوص مختصة بما بعد الأخذ، بل هو الاختصاص.

(٢) و ربما يستظهر ذلك من الأصحاب في باب المساقاة حيث يذكرون: ان خراج السلطان على مالك الاشجار الا ان يشترط خلافه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨٧

الثاني: هل يختص حكم الخراج (١) من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا- مغصوبا محرما بمن ينتقل اليه فلا استحقاق للجائر في أخذه أصلا فلم يمتض الشارع من هذه المعاملة الا حل ذلك للمنتقل اليه أو يكون الشارع قد امضى سلطنة الجائر عليه فيكون منعه عنه أو عن بدله المعوض عنه في العقد معه حراما صريح الشهيدين. و المحكى عن جماعة ذلك قال المحقق الكركي في رسالته ما زلنا نسمع من كثير ممن عاصرنا هم لا سيما شيخنا الاعظم الشيخ على بن هلال قدس سره انه لا يجوز لمن عليه الخراج سرقته و لا جحوده و لا منعه و لا شيء منه لان ذلك حق واجب عليه انتهى.

و في المسالك في باب الارضين، و ذكر الاصحاب انه لا يجوز لأحد جحدها و لا منعها و لا التصرف فيها بغير إذنه، بل ادعى بعضهم الاتفاق عليه انتهى. و في آخر كلامه ايضا ان ظاهر الاصحاب ان الخراج و المقاسمة لازم للجائر حيث يطلبه او يتوقف على اذنه انتهى.

و فيه أن هذا الاستظهار مبنى على كون الخراج في ذنك الباين على المستعمل، فإنه حينئذ يكون حكم الاصحاب بكفاية دفع المالك- بمعنى من هي بيده- للخراج عن الزارع و الساقى، مبتنيا على جواز المعاملة عليه قبل أخذ السلطان له، إذ المالك حينئذ يعامل عليه و يدفعه الى السلطان قبل أخذ السلطان اياه، و حيث ان للمنع عن ذلك مجالا واسعا، فإن الخراج من الاول يكون على المالك الام مع الشرط كما تدل عليه جملة من النصوص و قد ذكرها السيد في الحاشية، فلا يصح استظهار ان بناء الاصحاب على جواز المعاملة قبل الأخذ من هذه الفتوى.

حكم الاراضى الخراجية حال الغيبة

(١) قوله الثاني هل يختص حكم الخراج ... بمن ينتقل إليه.

لا كلام بينهم في ان الاراضى الخراجية ملك للمسلمين. و ان امر التصرف فيها الى،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٨٨

الامام عليه السلام و المأذون من قبله، كما دلت على كلا الامرين جملة من النصوص، مذكورة في الوسائل في كتاب الجهاد وغيره. و انما الاختلاف في حكمها في حال الغيبة، و قد كثرت الاقوال فيه:

الاول: ما عن جماعة من المحققين و هو: انه لا يجوز التصرف في الاراضى و لا في الخراج الا باذن السلطان الجائر، و انه ولى هذا الامر بعد غصبه الخلافة، و عن الكفاية، انه نقل بعضهم الاتفاق عليه، و بعض هؤلاء صرح بأنه مع عدم امكان الرجوع الى الجائر فالامر الى الحاكم الشرعى، و الباقر ساكتون عن ذلك.

الثانى: ما عن المسالك، و هو: ان الامر اولا الى الحاكم الشرعى و مع عدمه أو عدم امكان تصرفه فالى الجائر، و لا يجوز التصرف الا بأحد الوجهين على الترتيب المذكور.

الثالث: ان الامر الى الحاكم الشرعى الا انه اذا تصرف الجائر يكون تصرفه فيها و فى خراجها نافذا من غير حاجة الى الاستئذان من الحاكم الشرعى و إن أمكن، و هذا هو الظاهر من كثير من متأخري المتأخرين، و ظاهرهم انه لا بد من أحد الامرين.

الرابع: ان الامر الى الحاكم الشرعى، و مع عدمه أو عدم امكان الاستئذان منه يجوز لأحد الشيعة التصرف فيها، و لكن مع مبادرة الجائر الى التصرف يكون تصرفه نافذا، و لا يجب الاستئذان من الفقيه.

الخامس: ما عن المبسوط و المستند و هو: انه يجوز لأحد الشيعة التصرف فيها من غير توقف على الاستئذان من أحد لا من الحاكم الشرعى و لا من الجائر.

السادس: انه يجوز الرجوع الى كل منهما فى حال الاختيار، و يتعين أحدهما مع عدم امكان الآخر.

السابع: انه يجب الاستئذان من الحاكم الشرعى اذا أمكن حتى فى صورة تصرف الجائر، و عدم جواز الاكتفاء به.

الاقوى بحسب الادلة هو الرابع، لانه مقتضى الجمع بين ما دل على ان أمر التصرف فى الاراضى الخراجية الى ولى أمر المسلمين و السلطان العادل، و ما دل على ان الامور التى لا بد من تحققها فى الخارج و احتمال كونها مشروطة فى وجودها بنظر شخص خاص منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٨٩

و على هذا عول بعض الاساطين فى شرحه على القواعد حيث قال: و يقوى حرمة سرقة الحصه و خيانتها و الامتناع عن تسليمها، و عن تسليم ثمنها بعد شرائها الى الجائر و ان حرمت عليه و دخل تسليمها فى الاعانة على الاثم بالبداية (١) أو الغاية لنص الاصحاب على ذلك و دعوى الاجماع عليه انتهى.

أقول: ان اريد منع الحصه مطلقا فيتصرف فى الارض من دون أجره فله وجه لانها ملك المسلمين فلا بد لها من أجره تصرف فى مصالحهم و إن أريد منعها من خصوص الجائر فلا دليل على حرمة لان اشتغال ذمه مستعمل الارض بالاجرة لا يوجب دفعها الى الجائر، بل يمكن القول بأنه لا يجوز مع التمكن (٢)

لانه غير مستحق (٣) فيسلم الى العادل أو نائبه الخاص او العام.

يعتبر فيها اذن الفقيه و له الولاية عليها، و بين ما دل على نفوذ تصرفات الجائر، و إن أمكن الاستئذان من الفقيه كما لا يخفى.

(١) قوله بالبداية او الغاية.

أما الاولى فلحرمة قبض الجائر فالقباض إعانة عليه.

و أما الثانية فلحرمة تصرفات الجائر فى الحق بعد القبض.

(٢) قوله بل يمكن القول بأنه لا يجوز مع التمكن.

ما أفاده يكون مقتضى القاعدة لاقتضائها الاقتصار على المتيقن من موارد نفوذ تصرف الجائر، و هى صورة عدم التمكن من الامتناع

على التسليم اليه، فلو دفع اليه اختيارا لما كان تصرفه نافذا.

و يشهد له - مضافا الى ذلك - قوله عليه السلام في صحيح العيص المتقدم و لا تعطوهم شيئا ما استطعتم، فإن المال لا ينبغي ان يزكى مرتين فانه و إن ورد في خصوص الزكاة الا انه يثبت في الخراج و المقاسمات بعدم القول بالفصل. (٣) قوله لأنه غير مستحق.

يرد عليه ان من يدعى عدم جواز الامتناع عن التسليم يستند الى النصوص منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩٠

و مع التعذر يتولى صرفه في المصالح حسبة مع ان في بعض الاخبار ظهورا في جواز الامتناع مثل صحيحة زرارة (١) اشترى ضريس بن عبد الملك و اخوه أرزا من هبيرة بثلاثمائة الف درهم، قال: فقلت له ويلك أو ويحك أنظر الى خمس هذا المال، فابعث به اليه عليه السلام و احتبس الباقي فأبى علي و ادى المال. و قدم هؤلاء فذهب امر بني أمية، قال: فقلت ذلك لابي عبد الله عليه السلام فقال مبادرا للجواب هولاء، فقلت له: انه أداها فعضّ على اصبعه، فان أوضح محامل هذا الخبر ان يكون الارز من المقاسمة، و أما حملة على كونه مال الناصب اعني هبيرة أو بعض بني امية فيكون دليلا على حل مال الناصب بعد اخراج خمسه كما استظهره في الحدائق فقد ضعف في محله بمنع هذا الحكم و مخالفته لاتفاق اصحابنا كما تحقق في باب الخمس و إن ورد به غير واحد من الاخبار. و أما الامر بإخراج الخمس في هذه الرواية (٢) فلعله من جهة احتمال اختلاط مال المقاسمة لغيره من وجوه الحرام فيجب تخميسه أو من جهة احتمال اختلاطه بالحرام، فيستحب تخميسه كما تقدم في جوائز الظلمة.

الخاصة. فالمهم هو الجواب عن ذلك بعدم تسليم الاطلاق لها او وجود دليل خاص.

(١) قوله مع ان في بعض الاخبار ظهورا في جواز الامتناع مثل صحيحة زرارة.

الاستدلال بصحيح زرارة «١» انما يتم بناء على ما أفاده بقوله فإن أوضح محامل هذا الخبر أن يكون الارز من المقاسمة.

و هو غير تام إذ الظاهر من الصحيح ان ضريسا كان مورد هذا الحق لانه عليه السلام قال هولاء و محل الكلام انما هو امتناع من عليه الحق فهو أجنبي عن المقام. مع ان محل الكلام هو السلطان المستولي، و ظاهر هذا الخبر ان بني امية حين صدور هذا الخبر كانوا مستضعفين، فالامتناع في هذا المورد غير الامتناع في محل البحث.

(٢) قوله و أما الأمر بإخراج الخمس في هذه الرواية ... فيجب تخميسه.

و فيه: ان الامر به انما هو من زرارة و الامام عليه السلام لم يقرره على ذلك بل قوله هو له يصلح ان يكون رادعا عنه.

(١) الوسائل، باب ٥٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩١

(١) و ما روى من ان علي بن يقطين، قال له الإمام عليه السلام إن كنت و لا بد فاعلا فائق أموال الشيعة و انه كان يجيبها من الشيعة علانية و يرد عليهم سرا. قال المحقق الكركي في قاطعة اللجاج انه يمكن أن يكون المراد به ما يجعل عليهم من وجوه الظلم المحرمة (٢) و يمكن أن يراد به وجوه الخراج و المقاسمات و الزكوات لأنها و إن كانت حقا عليهم لكنها ليست حقا للجائر، فلا يجوز جمعها لاجله الا عند الضرورة و ما زلنا نسمع من كثير ممن عاصرناهم لا سيما شيخنا الاعظم الى آخر ما تقدم نقله عن مشايخه.

أقول: ما ذكره من الحمل على وجوه الظلم المحرمة مخالف لظاهر العام (٣) في قول الامام عليه السلام فائق أموال الشيعة فالاتصال الثاني اولى لكن بالنسبة الى ما عدا الزكوات لانها كسائر وجوه الظلم المحرمة خصوصا بناء على عدم الاجتزاء بها

(١) قوله و ما روى من ان على بن يقطين قال له الإمام عليه السلام ان كنت فاعلا فاتق.

أشار بذلك الى المرسل «١» عن على بن يقطين قال قلت لابي الحسن عليه السلام ما تقول فى أعمال هؤلاء قال عليه السلام: ان كنت لا بد فاعلا فاتق أموال الشيعة قال فاخبرنى على انه كان يجيبها من الشيعة علانية و يردها عليهم فى السر.

(٢) قوله من وجوه الظلم المحرمة.

هذا هو المتعين، فان وجوه الخراج و المقاسمات و الصدقات خارجة عن أموالهم و انما هى لاهلها، و قوله عليه السلام اتق اموال الشيعة ظاهر فى ارادة عدم أخذ ما هو لهم و ليس هو الا وجوه الظلم المحرمة.

(٣) قوله مخالف لظاهر العام.

الظاهر ان المراد به الشيعة، و محصل مراده ان أموال الشيعة التى أمر بالاتقاء منها، ليست الا الخراج و المقاسمات و أما وجوه الظلم فهى ليست اموالا- لجميع الشيعة، بل لاشخاص خاصة، و كذلك الزكاة اما بناء على الاجتزاء بما يعطى للجائر عنها فلانها انما تكون لخصوص الفقراء، و أما بناء على عدم الاجتزاء فلانها انما تكون لخصوص المالك. و لكن يرد عليه انه مخالف لمقابلة الجمع بالجمع.

(١) الوسائل، باب ٤٦، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٨.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩٢

عن الزكاة الواجبة لقوله عليه السلام: انما هؤلاء قوم غصبوكم أموالكم. و انما الزكاة لاهلها و قوله عليه السلام: لا تعطوهم شيئا ما استطعتم فان المال لا- ينبغى أن يزكى مرتين، و فيما ذكر المحقق من الوجه الثانى دلالة على ان مذهبه ليس وجوب دفع الخراج و المقاسمة الى خصوص الجائر و جواز منعه عنه. و ان نقل بعد عن مشايخه فى كلامه المتقدم ما يظهر منه خلاف ذلك لكن يمكن، بل لا يبعد ان يكون مراد مشايخه المنع عن سرقة الخراج أو جحوده رأسا حتى عن نائب العادل لا منعه عن خصوص الجائر مع دفعه الى نائب العادل او صرفه حسبة فى وجوه بيت المال كما يشهد، لذلك تعليل المنع بكونه حقا واجبا عليه فان وجوبه عليه انما يقتضى حرمة منعه رأسا عن خصوص الجائر لانه ليس حقا واجبا له، و لعل ما ذكرنا هو مراد المحقق حيث نقل هذا المذهب عن مشايخه قدس سره بعد ما ذكره من التوجيه المتقدم بلا فصل من دون إشعار بمخالفته لذلك الوجه، و مما يؤيد ذلك ان المحقق المذكور، بعد ما ذكر ان هذا يعنى حل ما يأخذه الجائر من الخراج و المقاسمة مما وردت به النصوص، و اجمع عليه الاصحاب بل المسلمون قاطبة قال: فان قلت فهل يجوز ان يتولى من له النيابة حال الغيبة ذلك اعنى الفقيه الجامع للشرائط، قلنا: لا نعرف للاصحاب فى ذلك تصريحاً لكن من جوز للفقهاء حال الغيبة تولى استيفاء الحدود و غير ذلك من توابع منصب الامامة ينبغى له تجويز ذلك بطريق اولى لا سيما و المستحقون لذلك موجودون فى كل عصر و من تأمل فى أحوال كبراء علمائنا الماضين مثل علم الهدى و علم المحققين نصير الملة و الدين و بحر العلوم جمال الملة و الدين العلامة قدس سرهم و غيرهم نظر متأمل منصف لم يشك فى انهم كانوا يسلكون هذا المسلك، و ما كانوا يودعون فى كتبهم الا ما يعتقدون صحته انتهى. و حمل ما ذكره من تولى الفقيه على صورة عدم تسلط الجائر خلاف الظاهر.

و أما قوله و من تأمل الخ. فهو استشهاد على أصل المطلب و هو حل ما يؤخذ من السلطان من الخراج على وجه الاتهاب و من الاراضى على وجه الاقتطاع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩٣

و لا دخل له بقوله (١) فإن قلت و قلته أصلا فإن علمائنا المذكورين و غيرهم لم يعرف منهم الاستقلال على أراضى الخراج بغير إذن السلطان و ممن يتراءى منه القول بحرمة منع الخراج عن خصوص الجائر شيخنا الشهيد قدس سره فى الدروس حيث قال قدس سره

يجوز شراء ما يأخذه الجائر باسم الخراج و الزكاة و المقاسمة، و إن لم يكن مستحقا له، ثم قال: و لا يجب رد المقاسمة و شبهها على المالك و لا يعتبر رضاه و لا يمنع تظلمه من الشراء و كذا لو علم ان العامل يظلم الا ان يعلم الظلم بعينه، نعم يكره معاملة الظلمة و لا يحرم لقول الصادق عليه السلام كل شىء فيه حلال و حرام فهو حلال حتى تعرف الحرام بعينه، و لا- فرق بين قبض الجائر اياها او وكيله و بين عدم القبض فلو أحاله بها و قبل الثلاثة أو و كله فى قبضها أو باعها و

(١) قوله و لا دخل له بقوله فان قلت و قلت.

الظاهر من كلامه قدس سره ارادة فتاوى العلماء المذكورين بجواز تولى الفقيه لأخذ الخراج لا أخذهم الخراج خارجا فيتم الارتباط. و قد استدلل للقول الاول المنسوب الى المشهور: بأن الجائر انما غضب الخلافة و الولاية، و هو فى ذلك آثم و معاند لله و رسوله، الا ان أمر التصرف فى الاراضى الخراجية جعل للوالى و إن كان باطلا، و عليه فهو الولى فى هذا الامر. و نظير ذلك ما لو وقف أحد أرضا و جعل توليتها لسلطان الوقت. و بأن المستفاد من نصوص المقام ان المجمعول اولا و إن كان هو ولاية التصرف للعادل، الا ان الولاية الشرعية بأنفسهم جعلوا ولاية هذا الامر للجائر، فهذا المال من الاموال التى لها متول مخصوص. و فيهما نظر.

اما الاول: فلما تقدم فى أول هذا المبحث فراجع.

و أما الثانى: فلانه لا يستفاد من تلك النصوص سوى نفوذ تصرفاته، و لا يستفاد منها جعل الولاية الخاصة. و بذلك ظهر ما فى القول السادس، إذ لا مدرك له سوى توهم انه مقتضى الجمع بين جعل الولاية لكل من الحاكم الشرعى و الجائر. و أما القول الثانى: فيرد عليه: انه لا دليل على جعل الولاية للجائر حتى مع عدم وجود الحاكم الشرعى، و عليه فعند فقده الولاية انما تكون لعدول المؤمنين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٣٩٤

هى فى يد المالك أو فى ذمته جاز تناول و يحرم على المالك المنع. و كما يجوز الشراء يجوز سائر المعاوضات و الوقف و الهبة و الصدقة و لا يحل تناولها بغير ذلك انتهى.

لكن الظاهر من قوله و يحرم على المالك المنع انه عطف على قوله جاز تناول فيكون من أحكام الاحالة بها و التوكيل و البيع، فالمراد منع المالك المحال و المشتري عنها، و هذا لا إشكال فيه (١) لان اللازم من فرض صحة الاحالة و الشراء تملك المحال و المشتري فلا- يجوز منعهما عن ملكهما. و أما قوله قدس سره و لا- يحل تناولها بغير ذلك، فلعل المراد به ما تقدم فى كلام مشايخ المحقق الكركي من ارادة تناولها بغير اذن أحد حتى الفقيه النائب عن السلطان العارف. و قد عرفت ان هذا مسلم فتوى و نسا و ان الخراج لا- يسقط من مستعملى اراضى المسلمين، ثم ان ما ذكره من جواز الوقف لا يناسب ذكره فى جملة التصرفات فيما يأخذه الجائر و ان اراد وقف الارض المأخوذة منه (٢) إذا نقلها السلطان اليه لبعض مصالح المسلمين، فلا يخلو عن اشكال. و أما ما تقدم من المسالك من نقل الاتفاق على عدم جواز المنع عن الجائر و الجحود.

فالظاهر منه ايضا ما ذكرنا من جحود الخراج و منعه رأسا لاعتن خصوص الجائر مع تسليمه الى الفقيه النائب عن العادل فانه قدس سره بعد ما نقلنا عنه من حكاية الاتفاق قال بلا فصل: و هل يتوقف التصرف فى هذا القسم منها على إذن الحاكم الشرعى اذا كان متمكنا فى صرفها فى وجهها بناء على كونه نائبا عن المستحق و مفوضا اليه ما هو أعظم من ذلك.

(١) قوله و هذا لا إشكال فيه.

وفيه انه اذا لم يجب الدفع الى الموكل لما وجب الدفع الى الوكيل.

(٢) قوله و ان اراد وقف الأرض المأخوذة منه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩٥

...

في حاشية السيد قدس سره الظاهر ان مراده وقف السلطان للارض الخراجية أو وقفه شيئاً يصلح للوقف من مال الخراج بأن يشتري به شيئاً و يقفه و كذا المراد من الصدقة صدقة السلطان للخراج.

و أما القول الثالث: فيمكن ارجاعه الى الرابع الذي اخترناه.

و أما القول الخامس: فقد استدل له بطائفتين من النصوص.

الاولى: النصوص «١» الدالة على تحليل ما لهم لشيعتهم، فإنه يكون الاخذ من السلطان حينئذ من باب الاستنقاذ استدلال بها صاحب المستند.

الثانية: الاخبار «٢» الدالة على تحليل الاراضى بناء على اطلاقها للاراضى الخراجية و عدم اختصاصها بالانفال، استدلال بها بعض مشايخنا المحققين قدس سره.

و فيهما نظر:

أما الاولى: فلانه لو ثبت العموم لتلك الاخبار، لما كانت شاملة للمقام، إذ الاراضى الخراجية انما تكون للمسلمين لا للإمام عليه السلام و إن كانت الدنيا و ما فيها له عليه السلام.

و أما الثانية: فلان تلك النصوص مختصة بالانفال كما حقق في محله.

و أما القول السابع:

فيرده: اطلاق نصوص الباب، بل الظاهر منها انها متضمنة للاذن العام في جميع الموارد، فلا حاجة الى الاستئذان من الفقيه.

فتحصل: ان الاظهر هو القول الرابع، و هو ان الولاية انما تكون للحاكم الشرعى، و مع عدم وجوده فلعدول المؤمنين.

الا انه اذا تصرف الجائر يكون تصرفه نافذاً، و لا حاجة الى الاستئذان من الفقيه و إن أمكن.

(١) الوسائل، باب ٤، من أبواب الانفال، كتاب الخمس.

(٢) نفس المصدر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩٦

الظاهر ذلك و حينئذ فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين و مع عدم التمكن أمرها الى الجائر. و أما جواز التصرف فيها

كيف اتفق لكل واحد من المسلمين، فبعيد جدا بل لم اقف على قائل به لان المسلمين بين قائل بأولوية الجائر و توقف التصرف على

اذنه و بين مفوض الامر الى الامام عليه السلام فمع غيبته يرجع الامر الى نائبه. فالتصرف بدونهما لا دليل عليه انتهى. و ليس مراده

قدس سره من التوقف، التوقف على إذن الحاكم بعد الاخذ من الجائر و لا خصوص صورة عدم استيلاء الجائر على الارض كما لا

يخفى، و كيف كان فقد تحقق مما ذكرناه ان غاية ما دلت عليه النصوص و الفتاوى كفاية اذن الجائر في حل الخراج و كون تصرفه

بالاعطاء و المعاوضة و الاسقاط و غير ذلك نافذاً. أما انحصاره بذلك فلم يدل عليه دليل و لا أمانة بل لو نوقش في كفاية تصرفه في

الحلية و عدم توقفها على اذن الحاكم الشرعى مع التمكن بناء على ان الاخبار الظاهرة في الكفاية منصرفه الى الغالب من عدم تيسر

استئذان الامام عليه السلام أو نائبه. أمكن ذلك الا ان المناقشة في غير محلها لان المستفاد من الاخبار الاذن العام من الائمة بحيث لا

يحتاج بعد ذلك الى اذن خاص في الموارد الخاصة منهم عليهم السلام و لا من نوابهم. هذا كله مع استيلاء الجائر على تلك الارض، و التمكن من استئذانه. و أما مع عدم استيلائه على أرض خراجية لقصور يده عنها لعدم انقياد أهلها له ابتداء او طغيانهم عليه، بعد السلطنة عليهم فالاقوى خصوصا مع عدم الاستيلاء ابتداء عدم جواز استئذانه و عدم مضي اذنه فيها كما صرح به بعض الاساطين، حيث قال: بعد بيان ان الحكم مع حضور الامام مراجعته أو مراجعته الجائر مع التمكن. و أما مع فقد سلطان الجور أو ضعفه عن التسلط او عدم التمكن من مراجعته فالواجب الرجوع الى الحاكم الشرعي إذ ولاية الجائر انما ثبتت على من دخل في قسم رعيته حتى يكون في سلطانه و يكون مشمولاً لحفظه من الاعداء و حمايته، فمن بعد عن سلطانهم أو كان على الحد فيما بينهم أو قوى عليهم، فخرج عن مأموريتهم فلا- يجرى عليه حكمهم اقتصارا على المقطوع به من الاخبار. و كلام الاصحاب في قطع الحكم بالاصول و القواعد و تخصيص ما دل على المنع عن الركون اليهم و الانقياد لهم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩٧

الثالث: ان ظاهر الاخبار و إطلاق الاصحاب حل الخراج و المقاسمة المأخوذ من الاراضى التى يعتقد الجائر كونها خراجية، و إن كانت عندنا من الانفال. (١)

ما يأخذه الجائر باسم الخراج من غير الاراضى الخراجية

(١) الثالث: فى حكم ما يأخذه السلطان باسم الخراج من أراضى الأنفال، و مجهول المالك و نحوهما مما لا يكون من الاراضى الخراجية عندنا.

و تحقيق المقام: ان الارض التى يأخذ الجائر منها الخراج.

تارة: تكون من الاراضى الخراجية عندنا.

و اخرى: لا تكون منها باتفاق الفريقين، كالاراضى المخصوصة بأشخاص خاصة و لو كانت ملك الامام عليه السلام بما هو شخص خاص لا من حيث انه إمام و رئيس.

و منها الارض التى أسلم أهلها طوعا.

و ثالثة: تكون من الاراضى الخراجية عندهم و من الاموال المختصة بالامام عليه السلام بما هو إمام عندنا، كأراضى الانفال و مجهول المالك و نحوهما.

أما القسم الاول: فلا ريب و لا كلام فى شمول الاخبار المتقدمة و الادلة المشار اليها له، و هو المتيقن من موردها.

و أما القسم الثانى: فلا ريب فى عدم شمولها له، و يكون أخذ الخراج منه ظلما فى مذهبهم أيضا، فلا يجرى مناط الحكم فيه الذى هو التقيّة، بل يمكن أن يقال: إن موثق اسحاق «١» الذى استدل به فى المسألة يدل على عدم ثبوت الحكم فى هذا القسم، لقوله عليه السلام يشترى منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحدا، بل لا يبعد دعوى دلالة صحيح الحذاء الآتى عليه لاشتماله على قوله عليه السلام لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه و سيأتى لذلك زيادة توضيح. فانتظر.

و أما القسم الثالث: فهو الذى وقع الكلام فيه، و هذا التنبيه انعقد لبيان حكمه.

(١) الوسائل، باب ٥٣، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٣٩٨

و هو الذى يقتضيه نفي الحرج. (١) نعم مقتضى بعض أدلتهم و بعض كلماتهم هو الاختصاص، فان العلامة قد استدلت فى كتبه على حل الخراج و المقاسمة بأن هذا ما لم يملكه الزارع و لا صاحب الارض بل هو حق لله أخذه غير مستحقه فبرئت ذمته و جاز شراؤه، و هذا الدليل و إن كان فيه ما لا- يخفى من الخلل الا- انه كاشف عن اختصاص محل الكلام بما كان من الاراضى التى لها حق على الزارع و ليس الانفال كذلك لكونها مباحة للشيعه، نعم لو قلنا بأن غيرهم يجب عليه أجره الارض كما لا يبعد أمكن تحليل ما يأخذه منهم الجائر بالدليل المذكور لو تم، و مما يظهر منه الاختصاص ما تقدم من الشهيد و مشايخ المحقق الثانى من حرمة جحود الخراج و المقاسمة معللين ذلك بأن ذلك حق عليه فان الانفال لا حق و لا أجره فى التصرف فيها و كذا ما تقدم من التنقيح حيث ذكر بعد دعوى الاجماع على الحكم ان تصرف الجائر فى الخراج و المقاسمة من قبيل تصرف الفضولى اذا جاز المالك و الانصاف ان كلمات الاصحاب بعد التأمل فى أطرافها ظاهرة فى الاختصاص بأراضى المسلمين خلافا لما استظهره المحقق الكركى قدس سره من كلمات الاصحاب و اطلاق الاخبار مع ان الاخبار أكثرها لا- عموم فيها و لا- إطلاق، نعم بعض الاخبار الواردة فى المعاملة على الاراضى الخراجية التى جمعها صاحب الكفاية شاملة لمطلق الارض المضروب عليها الخراج من السلطان، نعم لو فرض انه ضرب الخراج على ملك غير الامام أو على ملك الامام لا بالإمامة أو على الاراضى التى اسلم أهلها عليها طوعا لم يدخل فى منصرف الاخبار قطعا، و لو أخذ الخراج من الارض المجهولة المالك معتقدا لاستحقاقه إياها ففيه وجهان:

و قد استظهر المصنف قدس سره خلافا لما استظهره المحقق الكركى من كلمات الاصحاب جريان الحكم فيه.

فلاحظ كلمات القوم المنقول طرف منها فى المتن فاقض بين العلمين.

(١) و قد استدلت له: بأنه الذى يقتضيه نفي الحرج، و باطلاق الأخبار.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٢، ص: ٣٩٩

...

و فيهما نظر:

أما الاول: فلانه مضافا الى ما تقدم من عدم كونه مدركا لهذا الحكم: انه إن أريد به لزوم الحرج على الآخذين للاموال المذكورة عن الظلمة فهو باطل، إذ أى حرج فى ترك الشراء من الغاصب، و لو تم ذلك لزم جواز شراء كل ما فى أيدي الغاصبين، مع انه بناء على ما عرفت فى مبحث جوائز السلطان من أن المال المأخوذ من الجائر ما لم يعلم أنه حرام بعينه يحل التصرف فيه، و ان علم اشتغال امواله على الحرام يجوز التصرف فيما يؤخذ منهم ما لم يعلم أنه من تلك الاموال، و إن أريد به لزوم الحرج على الذين يؤخذ منهم هذا الحق فهو أيضا باطل. إذ لا يلتزم ببقاء شىء فى عهدتهم حتى يلزم منه الحرج عليهم.

و أما الثانى: فلانه لا إطلاق لها لو رودها فى مقام بيان الحلية من ناحية تصرف الجائر خاصة لا من الجهات الاخر، فهى لا تسوغ سوى أمرا واحدا، و لا نظر لها الى الجهات الاخر، فيجب التحفظ عليها.

فإذا كانت الارض من الانفال التى ابيحت للشيعه فأخذ الحق منها ظلم فى نفسه مع قطع النظر عن تصدى الجائر لذلك.

بل يمكن أن يقال: إن ظاهر صحيح «١» الحذاء و موثق اسحاق المتقدم عدم اجراء الحكم فيه.

اما الاول: فلقوله عليه السلام فيه فى جواب السؤال عما يشتري من عمال السلطان مع العلم بأنهم يأخذون أكثر من الحق الذى يجب عليهم: لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه فانه يدل على ان ما يؤخذ غير الحق الواجب حرام.

و أما الثانى: فلما تقدم.

فالظاهر عدم جريان الحكم فى هذا القسم.

نعم ما يؤخذ من غيرنا ممن يعتقد بكون هذا القسم من الاراضى الخراجية يمكن تحليله و اجراء الحكم المذكور فيه لقاعدة الالتزام بالتقريب المتقدم فى أول هذا المبحث.

(١) الوسائل، باب ٥٢، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٤٠٠

الرابع: ظاهر الاخبار و منصرف كلمات الاصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة (١) و عماله، فلا يشمل من تسلط على قرية أو بلدة خروجاً على سلطان الوقت فيأخذ منهم حقوق المسلمين.

نعم ظاهر الدليل المتقدم من العلامة شموله له لكنك عرفت انه قاصر عن إفادة المدعى كما ان ظاهره عدم الفرق بين السلطان المخالف المعتقد لاستحقاق أخذ الخراج و المؤمن و الكافر، و إن اعترفا بعدم الاستحقاق الا أن ظاهر الاخبار الاختصاص بالمخالف، و المسألة مشكلة من اختصاص موارد الاخبار بالمخالف المعتقد لاستحقاق أخذه و لا عموم فيها لغير المورد فيقتصر فى مخالفة القاعدة عليه، و من لزوم الحرج (٢) و دعوى الاطلاق فى بعض الاخبار المتقدمة مثل قوله عليه السلام (٣) فى صحیحة الحلبي لا بأس بأن يتقبل الرجل الارض و أهلها من السلطان، و قوله عليه السلام فى صحیحة محمد بن مسلم كل أرض دفعها اليك سلطان فعليك فيما أخرج الله منها الذى قاطعك عليه و غير ذلك، و يمكن ان يرد لزوم الحرج بلزومه على كل تقدير لان المفروض ان السلطان المؤمن خصوصاً فى هذه الازمنة يأخذ الخراج عن كل أرض و لو لم تكن خراجية و انهم يأخذون كثيراً من وجوه الظلم المحرمة منضمماً الى الخراج و ليس الخراج عندهم ممتازاً عن سائر ما يأخذونه ظلماً من العشور و سائر ما يظلمون به الناس كما لا يخفى على من لاحظ سيرة عماله

اختصاص الحكم بالسلطان المدعى للرئاسة العامة

(١) قوله الرابع: ظاهر الاخبار و منصرف كلمات الاصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة و عماله.

المبحث فى هذا التنبيه يقع فى موردين:

الاول: فى انه هل يختص الحكم بالسلطان المستولى على البلاد، أم يشمل من تسلط على قرية أو بلدة خروجاً على سلطان الوقت. الثانى: فى أنه هل يختص الحكم بالمخالف الذى يرى نفسه خليفة، أم يعم كل سلطان مسلم يرى نفسه خليفة عملاً مخالفاً كان أم شيعياً كما قيل فى هارون الرشيد و ابنه المأمون، أم يعم كل سلطان مسلم، أم يعم مطلق السلاطين؟ و قد استدلت للتعميم من الجهتين: (٢) بقاعدة العسر و الحرج.

(٣) و باطلاق الأخبار لا سيما بعضها، كقوله عليه السلام فى صحیح الحلبي لا بأس أن

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٤٠١

فلا بد اما من الحكم لحل ذلك كله لدفع الحرج. و أما من الحكم بكون ما فى يد السلطان و عماله من الاموال المجهولة المالك. و أما الاطلاقات فهى مضافاً الى إمكان دعوى انصرافها الى الغالب كما فى المسالك مسوقة لبيان حكم آخر كجواز إدخال أهل الارض الخراجية فى تقبل الارض فى صحیحة الحلبي لدفع توهم حرمة ذلك كما يظهر من أخبار اخر و كجواز أخذ أكثر ما تقبل به الارض من السلطان فى رواية الفيض بن المختار و كغير ذلك من أحكام قبالة الارض و استئجارها فيما عداها من الروايات.

و الحاصل ان الاستدلال بهذه الاخبار على عدم البأس بأخذ أموالهم مع اعترافهم بعدم الاستحقاق مشكل، و مما يدل على عدم شمول

كلمات الاصحاب ان عنوان المسألة في كلامهم ما يأخذه الجائر لشبهه المقاسمة أو الزكاة كما في المنتهى، أو باسم الخراج أو المقاسمة كما في غيره، و ما يأخذه الجائر المؤمن ليس لشبهه الخراج و المقاسمة لان المراد بشبهتهما شبهة استحقاقهما الحاصلة في مذهب العامة نظير شبهة تملك سائر ما يأخذون مما لا يستحقون، لان مذهب الشيعة ان الولاية في

يتقبل الارض و أهلها من السلطان «١» و غيره.

و بأن وجه الاذن منهم عليهم السلام هو توسل الشيعة الى حقوقهم الثابتة في بيت مال المسلمين كما اشعر به قوله عليه السلام في الحسن: اما علم ان لك في بيت المال نصيبا «٢» و يرد على الوجه الاول: ما تقدم غير مرة من عدم صلاحية تلك القاعدة لاثبات الحكم، مضافا الى انه:

إن اريد به لزوم الحرج على الآخذين من تلك الظلمة فيرد عليه ما ذكرناه في التنبيه المتقدم.

(١) الوسائل، باب ١٨، من أبواب المزارعة، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٠٢

الاراضى الخراجية انما هي للامام عليه السلام أو نائبه الخاص أو العام، فما يأخذه الجائر و المعتقد لذلك انما هو شيء يظلم به في اعتقاده معترفا بعدم براءة ذمة زارع الارض من اجرتها شرعا نظير ما يأخذه من الاملاك الخاصة التي لخراج عليها أصلا و لو فرض حصول شبهة الاستحقاق لبعض سلاطين الشيعة من بعض الوجوه لم يدخل بذلك في عناوين الاصحاب قطعا لان مرادهم من الشبهة، الشبهة من حيث المذهب التي امضاها الشارع للشيعة لا الشبهة في نظر شخص خاص لان الشبهة الخاصة إن كانت عن سبب صحيح كاجتهاد أو تقليد، فلا اشكال في حليته له و استحقاقه للأخذ بالنسبة اليه و الا كانت باطله غير نافذة في حق أحد. و الحاصل ان أخذ الخراج و المقاسمة لشبهة الاستحقاق في كلام الاصحاب ليس الا الجائر المخالف و مما يؤيده ايضا عطف الزكاة عليها مع ان الجائر الموافق لا يرى لنفسه ولاية جباية الصدقات.

و إن اريد به لزوم الحرج على الذين تؤخذ منهم هذه الحقوق لبقائها في عهدتهم.

فيرد عليه: ان لازم ذلك انه كلما أجبرهم ظالم أو غاصب على اعطاء تلك الحقوق تبرأ ذمهم منها.

و إن شئت قلت: ان الحرج لو لزم فانما هو من أخذ الظالمين لا من بقاء الحقوق.

و يرد على الوجه الثاني: ان النصوص التي يصح الاستدلال بها على أصل هذا الحكم لا إطلاق لها من هذه الجهة.

و انما هي واردة في أشخاص مخصوصين، و انما يتعدى عنهم الى من يماثلهم، و ليسوا هم الا الذين يرون أنفسهم خليفة عملا و إن لم يعتقدوا بذلك.

و بالجملة: ليست النصوص متضمنة لبيان قضية حقيقية كي يستدل باطلاقها.

و يرد على الوجه الثالث: ان صحيح الحذاء «١» ظاهر في غير من له في بيت المال نصيب.

و على تقدير القول باطلاق النصوص، ربما يقال بعدم شمولها للكافر.

لانصراف النصوص الى غيره.

(١) الوسائل، باب ٥٢، من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٠٣

و كيف كان «١» فالذي اتخيل كلما ازداد المنصف التأمل في كلماتهم يزداد له هذا المعنى وضوحا، فما اظن به بعض في دعوى عموم النص و كلمات الاصحاب مما لا ينبغي ان يغتر به. و لأجل ما ذكرنا و غيره فسر صاحب ايضاح النافع في ظاهر كلامه المحكى الجائر في عبارة النافع بمن تقدم على أمير المؤمنين عليه السلام و اقتفى أثر الثلاثة. فالقول بالاختصاص كما استظهره في المسالك و جزم به في ايضاح النافع و جعله الاصح في الرياض لا يخلو عن قوة فينبغي في الاراضى التي بيد الجائر الموافق في المعاملة على عينها أو على ما يؤخذ عليها مراجعة الحاكم الشرعى، و لو فرض ظهور سلطان مخالف لا يرى نفسه مستحقا لجباية تلك الوجوه، و انما أخذ ما يأخذ نظير ما يأخذه على غير الاراضى الخراجية من الاملاك الخاصة فهو أيضا غير داخل في منصرف الاخبار، و لا في كلمات الاصحاب فحكمه حكم السلطان الموافق. و أما السلطان الكافر فلم أجد فيه نصا و ينبغي لمن تمسك باطلاق النص و الفتوى التزام دخوله فيهما، لكن الانصاف انصرفهما الى غيره مضافا الى ما تقدم في السلطان الموافق من اعتبار كون الاخذ بشبهة الاستحقاق و قد تمسك في ذلك بعض بنفى السبيل للكافر على المؤمن (١) فتأمل.

(١) و لما دل على نفي السبيل للكافر على المؤمن.

و لكن يرد على الاول: انه لا منشا لهذا الانصراف.

و على الثانى: ان نفوذ تصرفاته من باب اجازة الفضولى ليس سبيلا له على المؤمن و انما السبيل يكون لو قيل بولاية السلطان، و قد عرفت ان القول بها بمراحل عن الواقع.

و الحق ان الاستفادة من النصوص ثبوت الحكم في كل سلطان مستول على البلاد الذى يكون وضع سلطنته و مملكته على أخذ الخراج بعنوانه الشرعى، من غير فرق بين كونه موافقا، أم مخالفا، أم كافرا، و عدم ثبوته فيمن لا سلطنته له على البلاد، و من ليس وضع سلطنته على ذلك، من غير فرق بين الاقسام الثلاثة.

(١) النساء، آية: ٤١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٠٤

الخامس: الظاهر انه لا يعتبر في حل الخراج المأخوذ ان يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الاخذ للأخذ (١) فلا فرق حينئذ بين المؤمن و المخالف و الكافر لإطلاق بعض الاخبار المتقدمة و اختصاص بعضها الآخر بالمؤمن، كما في روايتى الحذاء و اسحاق بن عمار و بعض روايات قبالة الاراضى الخراجية، و لم يستبعد بعض اختصاص الحكم بالمأخوذ من معتقد استحقاق الاخذ مع اعترافه بأن ظاهر الاصحاب التعميم و كأنه أدخل هذه المسألة يعنى مسألة حل الخراج و المقاسمة في القاعدة المعروفة من الزام الناس بما الزموا به أنفسهم و وجوب المضى معهم في أحكامهم على ما يشهد به تشبيه بعضهم ما نحن فيه باستيفاء الدين من الذمى من ثمن ما باعه من الخمر و الخنزير، و الاقوى ان المسألة أعم من ذلك و انما الممضى فيما نحن فيه تصرف الجائر في تلك الاراضى مطلقا.

لا يختص الحكم بالمعتقد ولاية الجائر

(١) قوله الخامس: الظاهر انه لا يعتبر في حل الخراج المأخوذ أن يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الاخذ للأخذ.

لا ينبغي التأمل في عدم اختصاص هذا الحكم بما اذا كان المأخوذ منه من المخالفين، لان مدرك هذا الحكم ليس هو قاعدة الالزام

وحدها.

بل جملة من النصوص تدل عليه كما تقدم وبعضها وارد في خصوص المؤمن كصحيح الحذاء المتقدم.
و أما دعوى اختصاص الحكم بمن يعتقد ولاية الجائر للتصرف في الاراضى الخراجية و ان كان مؤمنا.
فيدفعها اطلاق النصوص.

و الجواب عنها باختصاص صحيح الحذاء بغير المعتقد لا يصح لعدم حمل المطلق على المقيد فى المثبتين و قد تقدم الكلام فى ذلك
مفصلا فلا وجه للاعادة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٤٠٥

السادس: ليس للخراج قدر معين (١) بل المناطق فيه ما تراضى فيه السلطان و مستعمل الارض لان الخراج هى اجرة الارض فينوط
برضى المؤجر و المستأجر. (٢) نعم لو استعمل أحد الارض قبل تعيين الاجرة تعين عليه اجرة المثل و هى مضبوطة عند أهل الخبرة. و
أما قبل العمل فهو تابع لما يقع التراضى عليه، و نسب ما ذكرناه الى ظاهر الاصحاب و يدل عليه قول أبى الحسن عليه السلام فى مرسله
حماد بن عيسى (٣) و الارض التى أخذت عنوة بخيل و ركاب فهى

ليس للخراج قدر معين

(١) قوله السادس ليس للخراج قدر معين.

و ملخص القول فيه ان فى المسألة أقوالا:

الاول: ان المناطق فيه ما تراضى السلطان و مستعمل الارض و إن كان مضرا بحاله.

الثانى: ان المناطق ذلك مشروطا بعدم كونه مضرا.

الثالث: اختصاص الحكم بما يتصرف به الامام العادل، فالزائد و الناقص غير نافذين منه.

(٢) بان الخراج هو اجرة الارض، فينوط تقديره برضا المؤجر و المستأجر.

و فيه: ان المؤجر اذا كان مالكا تم ما ذكر، و لكن اذا كان وليا على المالك فلا- يتم، فانه لا بد له فى الاجارة من مراعاة مصلحة
المولى عليه، فلو خفف المؤجر فى هذا القسم لا- لمصلحة راجعة الى المولى عليه بل لدواع نفسانية لم تصح الاجارة و فى المقام
الجائر و إن لم يكن وليا الا انه فضول أجاز الولي معاملته.

(٣) و استدلل للثانى: بقول أبى الحسن عليه السلام فى مرسل «١» حماد الطويل المذكور فى المتن.

و فيه: ان المرسل وارد فى الوالى و هو السلطان العادل، و متضمن لبيان سيرته، و معلوم انه لا- يجحف فى المعاملة، و لا تعرض له
لكيفية معاملة الجائر.

(١) الوسائل، باب ٤١، من أبواب جهاد العدو، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٢، ص: ٤٠٦

موقوفه متروكة فى يد من يعمرها و يحييها على صلح ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثان على
قدر ما يكون لهم صالحا «صالحا» و لا يضر بهم «هم» الحديث، و يستفاد منه انه اذا جعل عليهم من الخراج او المقاسمة ما يضر بهم
لم يجز ذلك كالذى يؤخذ من بعض مزارعى بعض بلادنا بحيث لا يختار الزارع الزراعة من كثرة الخراج فيجبرونه على الزراعة، و

حينئذ ففي حرمة كل ما يؤخذ أو المقدار الزائد على ما يضر الزيادة عليه وجهان.

و حكي عن بعض انه يشترط ان لا يزيد على ما كان يأخذه المتولى له الامام العادل الا برضاه، و التحقيق ان مستعمل الارض بالزرع و الغرس إن كان مختاراً في استعمالها فمقاطعة الخراج و المقاسمة باختياره و اختيار الجائر، فاذا تراضيا على شىء فهو الحق قليلاً كان أو كثيراً و إن كان لا بد له من استعمال الارض لانها كانت مزرعة له مدة سنين، و يتضرر بالارتحال عن تلك القرية الى غيرها، فالمناطق ما ذكر في المرسله من عدم كون المضروب عليهم مضراً بأن لا يبقى لهم بعد أداء الخراج ما يكون بإزاء ما انفقوا على الزرع من المال و بذلوا له من أبدانهم الاعمال.

و يشهد للقول الثالث: بالاضافة الى طرف النقيصة ما تقدم.

و بالنسبة الى طرف الزيادة عدم الدليل على نفوذ تصرفات الجائر في هذا الفرض، إذ لا إطلاق لأدلة جواز المعاملة معه كى يتمسك به لنفوذ تصرفاته في هذا الفرض فلا بد من الاخذ بالمتيقن، و هو ما اذا لم يزد على المقدار المتعارف و لم يجحف في المعاملة، هذا فيما إذا لم يجبر الزارع و لم يكرهه على المعاملة.

و أما في صورة الاكراه و الاجباء، فعدم نفوذ المعاملة أوضح لعموم حديث رفع الاكراه «١».

و في موارد عدم نفوذ معاملته من جهة الزيادة لا سبيل الى دعوى وقوع الاجارة على ما عدا الزيادة، و انما يحرم أخذ المقدار الزائد، إذ المعاملة واحدة، فمع عدم نفوذها على النحو الذى وقعت لا مناص عن البناء على بطلانها، و عليه فلو زرع الزارع فيها مع ذلك تثبت اجرة المثل في ذمته كما لو استعملها قبل تعيين الاجرة.

(١) الوسائل، باب ٥٦، من أبواب جهاد النفس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٠٧

السابع: ظاهر اطلاق الاصحاب انه لا يشترط فيمن يصل اليه الخراج أو الزكاة من السلطان على وجه الهدية او يقطعه الارض الخراجية اقطاعاً أن يكون مستحقاً له (١) و نسبه الكركى قدس سره في رسالته الى اطلاق الاخبار و الاصحاب، و لعله أراد اطلاق ما دل على حل جوائز السلطان و عماله مع كونها غالباً من بيت المال، و الا فما استدولوا به لأصل المسألة انما هي الاخبار الواردة في جواز ابتياع الخراج و المقاسمة و الزكاة و الواردة في حل تقبيل الارض الخراجية من السلطان، و لا ريب في عدم اشتراط كون المشتري و المتقبل مستحقاً لشيء من بيت المال، و لم يرد خبر في حل ما يهبه السلطان من الخراج حتى يتمسك باطلاقه عدا أخبار جوائز السلطان مع أن تلك الاخبار واردة ايضاً في أشخاص خاصة، فيحتمل كونهم ذوى حصص من بيت المال (٢) فالحكم بنفوذ تصرف الجائر على الاطلاق في الخراج من حيث البذل و التفريق كنفوذ تصرفه على الاطلاق فيه بالقبض و الاخذ و المعاملة عليه مشكل.

أخذ غير المستحق للخراج و الزكاة

(١) قوله السابع ظاهر اطلاق الاصحاب انه لا يشترط فيمن يصل اليه ... مستحقاً له.

لا اشكال في انه يجوز شراء الخراج و الصدقة من الجائر، كان الاخذ مستحقاً و مورداً لهما أم لم يكن، إذ لا يعتبر في صحة الشراء كون المشتري مستحقاً و مصرفاً لهما.

و يدل عليه اطلاق الاخبار، و كذلك بالنسبة الى شراء الارض الخراجية مع وجود المسوغ للبيع و تقبلها و تقبل الخراج.

و أما الاخذ من الجائر مجانا، فإن كان الاخذ مستحقا أو مصرفا لما يأخذه فلا كلام.

انما الكلام فيما اذا لم يكن مصرفا له، فقد يقال: ان مقتضى اطلاق النصوص المتضمنة لحلية جوائز السلطان حليته و جواز الاخذ مطلقا.

و أورد عليه المصنف قدس سره بأنه لا إطلاق لها، و انما هي واردة في اشخاص خاصة.

(٢) قال فيحتمل كونهم ذوى حصص من بيت المال.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٠٨

و أما قوله عليه السلام في رواية الحضرمي السابقة ما يمنع ابن أبي سماك أن يبعث اليك بعتائك اما علم ان لك نصيبا من بيت المال (١) فانما يدل على ان كل من له نصيب في بيت المال يجوز له الاخذ لا ان كل من لا نصيب له لا يجوز أخذه، و كذا تعليل العلامة قدس سره فيما تقدم من دليله بأن الخراج حق لله أخذه غير مستحقه (٢) فان هذا لا ينافي إمضاء الشارع لبذل الجائر اياه كيف شاء كما ان للامام عليه السلام أن يتصرف في بيت المال كيف شاء، فالاستشهاد بالتعليل المذكور في الرواية المذكورة و المذكور في كلام العلامة قدس سره على اعتبار استحقاق الاخذ بشيء من بيت المال كما في الرسالة الخراجية محل نظر.

ثم أشكل من ذلك تحليل الزكاة المأخوذة منه لكل أحد كما هو ظاهر اطلاقهم القول بحل اتهام ما يؤخذ باسم الزكاة. و في المسالك انه يشترط أن يكون صرفه لها على وجهها المعتمد عندهم بحيث لا يعد عندهم عاصيا إذ يمتنع الاخذ منه عندهم ايضا، ثم قال: و يحتمل الجواز مطلقا نظرا الى اطلاق النص و الفتوى، قال: و يجيء مثله في المقاسمة و الخراج، فان مصرفها بيت المال و له أرباب مخصوصون عندهم ايضا، انتهى.

و فيه: ان بعض تلك النصوص مطلق، كخبر زرارة «١» و محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام: جوائز العمال ليس بها بأس و نحوه غيره.

فالاولى ان يورد عليه: بأن تلك النصوص كما بيناه في تلك المسألة واردة في مقام بيان الحلية الظاهرية لا الواقعية فراجع، و عليه فحلية الخراج و الزكاة مع عدم كون الشخص مصرفا لا بد لها من التماس دليل آخر مفقود. فالظاهر هو عدم الجواز كما هو واضح. و قد استدلل لهذا القول.

(١) بقوله عليه السلام: في خبر الحضرمي «٢» المتقدم اما علم ان لك في بيت المال نصيبا.

(٢) و بتعليل العلامة قدس سره أصل الحكم بان الخراج حق لله أخذه غير مستحقه فبرئت ذمته و جاز شراؤه.

(١) الوسائل، باب ٥١، من أبواب ما يكتسب به، حديث ٥.

(٢) نفس المصدر، ح ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٠٩

الثامن: ان كون الارض الخراجية بحيث يتعلق بما يؤخذ منها ما تقدم من أحكام الخراج و المقاسمة يتوقف على أمور ثلاثة. (١) الاول: كونها مفتوحة عنوة أو صلحا على أن يكون الارض للمسلمين (٢) إذ ما عداهما من الارضين لاخراج عليها. نعم لو قلنا بأن حكم ما يأخذه الجائر من الانفال حكم ما يأخذه من أرض الخراج دخل ما يثبت كونه من الانفال في حكمها.

و يرد على الاول: انه لا يدل على جواز أخذ من لا نصيب له في بيت المال، و انما هو متضمن للتعريض على ابن أبي سماك في عدم اعطائه من له نصيب فيها.

و يرد على الثانى: مضافا الى عدم تمامية هذا التعليل فى نفسه كما لا يخفى. انه لا ينافى حكم الشارع بجواز أخذه من الجائر مع عدم كونه مصرفا له. و بعبارة اخرى: انه لا إشعار فيه فى اعتبار الاستحقاق فى المصرف.

شرائط الاراضى الخراجية

إشارة

(١) قوله الثامن ان كون الارض الخراجية.. يتوقف على امور ثلاثة.

قد تقدم ان للاراضى الخراجية أقساما ثلاثة:

أحدها: كون الارض مفتوحة عنوة.

ثانيها: الارض التى صلح أهلها على أن تكون الارض لهم، و عليهم كذا و كذا من المال او الثلث او نحوه من حاصل الارض.

ثالثها: الارض التى أسلم أهلها طوعا اذا تركوا عمارتها.

و محل الكلام فى هذا التنبيه هو القسم الاول.

و يشترط فى ترتب أحكام الخراج و المقاسمة عليها أمور:

(٢) الأول: ثبوت كون الارض مفتوحة عنوة و ذلك انما يكون بالشياع المفيد

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٢، ص: ٤١٠

نقول: يثبت الفتح عنوة بالشياع الموجب للعلم و بشهادة العدلين، و بالشياع المفيد للظن المتأخم للعلم (١) بناء على كفايته فى كل ما

يعسر اقامة البينة عليه، كالنسب و الوقف و الملك المطلق. (٢)

للعلم، و البينة، و خبر العدل الواحد، بناء على حجيته فى الموضوعات كما هو المختار.

و قد ذكروا فى عداد ما يثبت به ذلك، أمورا اخر.

(١) منها ما ذكره المصنف قدس سره بقوله: بالشياع المفيد للظن المتأخم للعلم، بناء على كفايته فى كل ما يعسر اقامة البينة عليه

كالنسب و الوقف.

و لم أقف عاجلا على ما يمكن الاستدلال به لهذه الكبرى الكلية سوى وجوه أربعة:

الاول: مرسل يونس عن الامام الصادق عليه السلام عن البينة اذا اقيمت على الحق أ يحل للقاضى أن يقضى بقول البينة من غير مسألة

اذا لم يعرفهم، فقال عليه السلام خمسة أشياء يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات و المناكح و الذبائح و الشهادات و

المواريث، فاذا كان ظاهر الرجل ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه «١».

بتقريب: ان المراد بالحكم هى النسبة الخبرية و ظهور هذه النسبة عبارة اخرى عن الشيوع، فيدل المرسل على انه يجوز الاخذ بالشيوع

فى هذه الامور الخمسة.

و فيه: ان الظاهر ارادة النسبة من الحكم لا الخبر عنها، و ظهور النسبة غير ظهور الخبر عنها و شيوعه، أ لا ترى انه ربما يكون ولديه زيد

لعمر و ظاهرة و لكن الخبر عنها ليس شائعا.

و الشاهد على ارادة ذلك من الحكم مضافا الى ظهوره فى ذلك قوله عليه السلام فى ذيل المرسل: فاذا كان ظاهره ... الى آخره، فانه

صريح فى ان الظاهر مقابل الباطن، و عن بعض نسخ التهذيب، ظاهر الحال، بدل ظاهر الحكم، و عليه فالأمر أوضح، فيكون المتحصل

من

(١) الوسائل، باب ٤١، من أبواب الشهادات،، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١١

...

الخبر: انه في هذه الموارد الخمسة يجوز الأخذ بظاهر الحال، ففي مورد الشهادات اذا كان الشاهد ظاهر الصلاح عند الناس تقبل شهادته.

الثاني: صحيح حريز المتضمن لقصة اسماعيل.

وفيه: فقال اسماعيل: يا ابي اني لم اره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون فقال عليه السلام: يا بني ان الله عز وجل يقول في كتابه (يؤمن بالله و يؤمن للمؤمنين) يقول:

يصدق الله و يصدق للمؤمنين فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم و لا تأتمن شارب الخمر «١».

بتقريب: انه عليه السلام امر بترتيب آثار الواقع على مجرد قول الناس الذي هو عبارة عن الشيع، و جعل عليه السلام من يقول الناس انه يشرب الخمر، شارب الخمر.

وفيه: ان المأمور به ليس ترتيب جميع آثار الواقع بل خصوص ما ينفع المخبر اليه و لا يضر المخبر ٣ عنه. و بعبارة اخرى: انه لا ملازمة بين تصديق المخبر المأمور به في الخبر و بين العمل على طبق قوله.

و يشهد لما ذكرناه: قوله عليه السلام في خبر آخر: كذب سمعك و بصرك عن أخيك فإن شهد عندك خمسون قسامه انه قال قولاً و قال لم أقله فصدقته و كذبهم «٢».

فإنه عليه السلام أمر بتكذيب خمسين قسامه و تصديق الواحد، و ليس ذلك الا لما ذكرناه.

الثالث: ان الظن الحاصل من الشيع أقوى من الظن الحاصل من البيئه العادله.

وفيه: انه لم يثبت كون ملاك حجيه البيئه إفادتها الظن، بل الثابت خلافه.

(١) الوسائل، باب ٦، من أبواب أحكام الوديعه، حديث ١.

(٢) الوسائل، باب ١٥٧، من أبواب أحكام العشره من كتاب الحج، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١٢

و أما ثبوتها بغير ذلك من الامارات الظنيه حتى قول من يوثق به من المورخين فمحل اشكال لان الاصل (١) عدم الفتح عنوة و عدم تملك المسلمين، نعم الاصل عدم تملك غيرهم ايضاً (٢) فان فرض دخولها بذلك في الانفال و الحقناها بأرض الخراج في الحكم فهو و الافمقتضى القاعدة حرمه تناول ما يؤخذ قهراً من زراعها. و أما الزراع فيجب عليهم مراجعه حاكم الشرع فيعمل فيها معهم على طبق ما يقتضيه القواعد عنده من كونه مال الامام عليه السلام أو مجهول المالك أو غير ذلك.

الرابع: إجراء دليل الانسداد في كل ما يعسر اقامه البيئه عليه كالنسب و الوقف.

بتقريب: ان تحصيل العلم فيه عسر و كذلك البيئه العادله، و يلزم من إجراء الاصل كأصالة عدم النسب الوقوع في خلاف الواقع كثيراً، و الاحتياط متعذر أو متعسر، فلا مناص عن التنزل الى الظن.

وفيه: ان المقدمة الثانية لا تفيد ما لم ينضم اليها ان الوقوع في خلاف الواقع مناف لغرض الشارع، إذ لو لم يحرز ذلك - كما في باب الطهارة - لما كان محذور في اجراء الاصل و حيث ان هذا غير ثابت فلا يتم هذا الوجه.
فتحصل: انه لا دليل على حجية الشيع الطنى مطلقا، و لا في كل ما يعسر اقامة البينة عليه.
(١) قوله فمحل اشكال لأن الأصل عدم الفتح عنوة.

لا- يخفى ما في العبارة من المسامحة فإن ظاهرها ان علة الاشكال الاصل المذكور مع انه على فرض حجية قول من يوثق به من المورخين في نفسه يكون ذلك حاكما على الاصل فهو لا يصلح مانعا عن حجيته.
(٢) و في موارد عدم ثبوت كون الأرض خراجية و الشك في ذلك.
تارة: يعلم بكونها ملكا للغير و يشك في انتقالها منه الى المسلمين أو الامام عليه السلام.
و اخرى: يعلم بانتقالها منه و يشك في الانتقال الى المسلمين أو الامام عليه السلام.
أما في الصورة الاولى: فمقتضى استصحاب بقاء المالك اذا احتمل بقاءه و استصحاب بقاء العمودين لو لم يعلم بموتهما عادة مع العلم بموت المالك نفسه هو عدم الانتقال الى الامام و لا إلى المسلمين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١٣

و المعروف بين الامامية بلا- خلاف ظاهر ان أرض العراق فتحت عنوة، و حكى ذلك عن التواريخ المعتمدة و حكى عن بعض العامة انها فتحت صلحا، و ما دل على كونها ملكا للمسلمين يحتمل الامرين (١) ففي صحيحة الحلبي انه سأل أبو عبد الله عليه السلام عن أرض السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم مسلم و لمن يدخل في الاسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد، و رواية أبي الربيع الشامي لا تشتت من أرض السواد شيئا الا من كانت له ذمة فانما هي في للمسلمين، و قريب منها صحيحة ابن الحجاج، و أما غير هذه الارض مما ذكر و اشتهر فتحها عنوة.

و في هذين الموردين ان عرف المالك فهو، و الا فيعامل معه معاملة مجهول المالك.

و ان علم بموته و عدم بقاء العمودين يبني على كون الارض للامام عليه السلام لاستصحاب عدم وجود وارث آخر و هو عليه السلام وارث من لا وارث له.

و أما في الصورة الثانية: فأصالة عدم دخولها في ملك المسلمين معارضة بأصالة عدم دخولها في ملك الامام مع العلم بدخولها في ملك أحدهما، و لا تدخل بذلك في الانفال من جهة ان الاصل عدم رب لها، فتدخل في هذا الموضوع من الانفال، للعلم بدخولها في ملك أحدهما، و لا يعامل معها معاملة مجهول المالك لان ذلك مختص بما اذا اشتبه المالك بين غير محصورين، و في المقام المالك أما هو الإمام او المسلمون، فالمالك مردد بين محصورين، فلا بد من اجراء ذلك الحكم من التنصيف او القرعة او غيرهما كل على مسلكه.

(١) قوله و ما دل على كونها ملكا للمسلمين يحتمل الامرين:

الكلام في ان ارض العراق فتحت عنوة أو صلحا- و ان المفتوحة عنوة ملك للمسلمين كما هو المشهور بين الاصحاب، أو انها غير مملوكة بل معدة لمصالح المسلمين و هم مصرف لحاصلها كما عن جماعة منهم الشهيد الثاني في جملة من كتبه و المحقق منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١٤

فإن أخبر به عدلان يحتمل حصول العلم لهما من السماع أو الظن المتأخم من الشيع أخذ به على تأمل في الاخير كما في العدل الواحد و الا فقد عرفت الاشكال في الاعتماد على مطلق الظن.

و أما العمل بقول المورخين بناء على ان قولهم في المقام نظير قول اللغوى في اللغة و قول الطبيب و شبههما فدون اثباته خرط القتاد و

اشكل منه اثبات ذلك باستمرار السيرة. (١)

الاردبيلي قدس سره و ما يستفاد من صحيح الحلبي المذكور في المتن و كذا خبر أبي الربيع و سائر النصوص موكول الى محل آخر و قد اشبعنا القول في ذلك و سائر الفروع المربوطة في الجزء الثالث عشر من كتابنا فقه الصادق.

(١) و منها: استمرار السيرة على أخذ الخراج من أرض.

و فيه: انه ان اريد به استمرار سيرة سلاطين الجور، فيرد عليه: ان الجائرين المرتكبين للفجائع غير التابعين للمعصومين عليهم السلام كيف تكشف سيرتهم عن رضا المعصوم عليه السلام مع انه لو كانت سيرتهم كاشفة عن رأيه عليه السلام لكان مختصا بما اذا كان اعتقادهم استحقاق الخراج من خصوص الاراضى الخراجية و لما تم فيما لو اعتقدوا استحقاقهم الخراج من الانفال ايضا، و حيث ان المفروض هو الثاني لأخذهم الخراج من القسم الثاني ايضا فلا يتم ذلك.

و إن اريد به استمرار سيرة المؤمنين الآخذين من السلطان الجائر خراج الاراضى المشتبهة.

فيرد عليه: اولاً: ان هذا ممنوع صغرى. و ثانياً: انه يتم اذا لم يعتقدوا جواز أخذ خراج أراضى الانفال من يد السلطان. و ثالثاً: انه يتم اذا علمنا بأنهم أخذوه منه مع علمهم بكون المأخوذ من خراج تلك الارض و هو كما ترى.

و منها: حمل فعل المسلم على الصحة.

و فيه: انه إن اريد به حمل فعل الجائر على الصحة، فيرد عليه: ان أخذ الجائر للخراج حرام على أى تقدير، و معه لا مورد لحمل فعله على الصحة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١٥

على أخذ الخراج من أرض لان ذلك اما من جهة ما قيل من كشف السيرة عن ثبوت ذلك من الصدر الاول من غير نكير إذ لو كان شيئاً حادثاً لنقل في كتب التواريخ لاعتناء أربابها بالمبتدعات و الحوادث. و أما من جهة وجوب حمل تصرف المسلمين و هو أخذهم الخراج على الصحيح، و يرد على الاول مع ان عدم التعرض يحتمل كونه لاجل عدم اطلاعهم الذى لا يدل على العدم ان هذه الامارات ليست بأولى من تنصيب أهل التواريخ الذى عرفت حاله، و على الثاني انه إن اريد بفعل المسلم تصرف السلطان بأخذ الخراج فلا-ريب ان أخذه حرام و ان علم كون الارض خراجية فكونها كذلك لا يصحح فعله و دعوى ان أخذه الخراج من أرض الخراج أقل فساداً من أخذه من غيرها توهم لان مناط الحرمة فى المقامين واحد، و هو أخذ مال الغير من غير استحقاق و اشتغال ذمة المأخوذ منه بأجرة الارض الخراجية و عدمه فى غيرها لا يهون الفساد.

نعم بينهما فرق من حيث الحكم المتعلق بفعل غير السلطان و هو من يقع فى يده شىء من الخراج بمعاوضة أو تبرع فيحل فى الارض الخراجية دون غيرها مع انه لا-دليل على وجوب حمل الفاسد على الأقل فساداً إذا لم يتعدد عنوان الفساد كما لو دار الامر بين الزنا مكرها للمرأة و بين الزنا برضاها حيث ان الظلم محرم آخر غير الزنا بخلاف ما نحن فيه مع ان أصالة الصحة لا تثبت الموضوع و هو كون الارض خراجية الا ان يقال: إن المقصود ترتب آثار الاخذ الذى هو أقل فساداً و هو حل تناوله من الاخذ، و إن لم يثبت كون الارض خراجية بحيث يترتب عليه الآثار الاخر مثل وجوب دفع اجرة الارض الى حاكم الشرع ليصرفه فى المصالح اذا فرض عدم السلطان الجائر، و مثل حرمة التصرف فيه من دون دفع اجرة اصلاً لا إلى الجائر و لا إلى حاكم الشرع و إن اريد بفعل المسلم تصرف المسلمين فيما يتناولونه من الجائر من خراج هذه الارض. ففيه انه لا عبرة بفعلهم اذا علمنا بانهم لا يعلمون حال هذه الاراضى كما هو الغالب فى محل الكلام إذ نعلم بفساد تصرفهم من جهة عدم إحراز الموضوع، و لو احتمل تقليدهم لمن يرى تلك الارض خراجية لم ينفع و لو فرض احتمال علمهم بكونها خراجية كان اللازم من ذلك جواز التناول من أيديهم لا من يد السلطان كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١٦

الثانى: ان يكون الفتح بإذن الامام عليه السلام (١)

و إلا- كان المفتوح مال الامام عليه السلام بناء أصحابنا و هى مرسله العباس الوراق (٢) و فيها انه اذا غزا قوم بغير إذن الامام عليه السلام فغنموا كانت الغنيمه كلها للامام، قال فى المبسوط و على هذه الروايه يكون جميع ما فتحت بعد النبى صلى الله عليه و آله الا ما فتحت فى زمان الوصى عليه السلام من مال الامام، انتهى.

و دعوى ان أخذه الخراج من غير الاراضى الخراجيه أكثر فسادا من أخذ الخراج من الاراضى الخراجيه، فلا بد من حمل فعله على الاقل فسادا عن الاشتباه.

مندفعه بأنه لا- دليل على حمل فعل المسلم على الاقل فسادا، مع انه لو تم ذلك لما تم فى المقام، إذ معلوم ان الجائرين يأخذون الخراج مع عدم احراز كون الارض خراجيه.

و إن اريد به حمل فعل المؤمن المتلقى لذلك الخراج من السلطان على الصحه، فهو متين لو ثبت ذلك، و لكن مع ذلك لا يثبت به كون الارض خراجيه لعدم حجيئه أصاله الصحه فى مثبتاتها، و إن كانت من الامارات كما حققناه فى رساله القواعد الثلاث.

(١) قوله الثانى: أن يكون الفتح بإذن الامام عليه السلام.

الكلام فى هذا الشرط يقع فى مقامين:

الاول: فى اعتبار هذا الشرط و عدمه.

الثانى: فى الشبهه الموضوعيه.

أما المقام الاول: فالمشهور بين الاصحاب اعتباره، و عن غير واحد: دعوى الاجماع عليه، و عن المنتهى و المدارك و المستند و غيرها: عدم اعتباره و عن النافع: التوقف فيه.

(٢) و استدلل للمشهور: بخبر الوراق عن رجل سماه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: اذا غزا قوم بغير إذن الامام فغنموا كانت الغنيمه كلها للامام عليه السلام و اذا غزوا بأمر الامام فغنموا كان للامام عليه السلام الخمس «١».

(١) الوسائل، باب ١، من أبواب الانفال، حديث ١٦.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٢، ص: ٤١٧

...

و أورد عليه:

تارة: بضعف السند للجهالة.

و اخرى: بمعارضته مع حسن الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام فى الرجل من أصحابنا يكون فى لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمه قال عليه السلام: يؤدى خمسا و يطيب له «١».

و فيهما نظر:

أما الاول: فلان ضعفه منجبر بعمل الاصحاب.

و أما الثانى: فلانه متضمن لقضيه شخصيه، فلعله كان ذلك القتال بأمر الامام عليه السلام أو برضائه أو ان الامام عليه السلام حل البقيه.

والصحيح أن يورد على الاستدلال به: بأن هذا الخبر معارض مع النصوص «٢» الدالة على أن الأراضي التي فتحت بالسيف للمسلمين، والنسبة عموم من وجه إذ المرسل اعم لشموله للمنقولات، وتلك النصوص اعم لشمولها لما إذا كان القتال بغير إذن الامام عليه السلام و المجمع الذي هو مورد المعارضة هي الأراضي التي أخذت بغير إذن الامام فهي بمقتضى المرسل ملك للامام عليه السلام و بمقتضى تلك النصوص ملك للمسلمين، فيرجع الى الاخبار العلاجية و هي تقتضى تقديم تلك النصوص كما لا يخفى.

و ما أفاده السيد الفقيه من حكومة المرسل على النصوص لكونه بصدد بيان اشتراط الاذن في كون الغنيمة للمسلمين و هذه في مقام بيان حكم الارض المأخوذة بالسيف فكأنه قال: كل ما أخذ عنوة فهو للمسلمين، و يشترط في الاخذ أن يكون بإذن الامام عليه السلام. يرد عليه: ان المرسل ليس لسانه اشتراط الاذن في كون الغنيمة للمسلمين، بل لسانه ان الغنائم المأخوذة بإذن الامام عليه السلام للمسلمين، و ما أخذ بغير اذنه، للامام عليه السلام و عليه فلا وجه لدعوى الحكومة.

(١) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يجب فيه الخمس، حديث ٨.

(٢) الوسائل، باب ٧٢، من أبواب جهاد العدو.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١٨

أقول: فينتى حل المأخوذ منها خراجا على ما تقدم من حل الخراج المأخوذ من الانفال. و الظاهر ان ارض العراق مفتوحة بالاذن كما يكشف عن ذلك ما دل على انها للمسلمين. و أما غيرها مما فتحت في زمان خلافة الثاني. و هي أغلب ما فتحت فظاهر بعض الاخبار كون ذلك ايضا بإذن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام و أمره.

ففي الخصال في أبواب السبعة في باب ان الله تعالى يمتحن أوصياء الانبياء في حياة الانبياء في سبعة مواطن، و بعد وفاتهم في سبعة مواطن، عن أبيه و شيخه عن سعد ابن عبد الله عن أحمد بن الحسين بن سعيد عن جعفر بن محمد النوفلي عن يعقوب الرائد عن أبي عبد الله جعفر بن أحمد بن محمد بن عيسى بن محمد بن علي بن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب عن يعقوب بن عبد الله الكوفي عن موسى بن عبيد عن عمر بن أبي المقدم عن جابر الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام (١) أنه أتى يهودى أمير المؤمنين عليه السلام في منصرفه عن وقعة نهروان، فسأله عن تلك المواطن و فيه قوله عليه السلام.

و أضعف من هذه الدعوى دعواه ان هذه الاخبار ليست بذلك الظهور في كونها و كون حاصلها للمسلمين حتى في صورة عدم إذن الامام عليه السلام بخلاف المرسل، إذ لا وجه للفرق بين الظهورين بعد كون كل منهما بالاطلاق.

فتحصل: ان الاظهر عدم اعتبار هذا الشرط، ثم على القول باعتباره.

يقع الكلام في المقام الثاني.

و أما المقام الثاني: فمقتضى أصالة عدم كون الفتح بإذنه عدم كونها ملكا للمسلمين، و لا يكون هذا الاصل مثبتا، إذ موضوع كون الارض للمسلمين هو الفتح عنوة بإذن الامام عليه السلام، فاذا كان أحد جزئي الموضوع محرز بالوجدان و الآخر بالاصل يترتب عليه حكمه، و ان ابيت الا عن كون الموضوع هو الفتح المستند الى إذن الامام عليه السلام لا يجرى هذا الاصل، الا انه تجرى أصالة عدم الاستناد بناء على جريان الاصل في عدم الازلي كما هو الحق.

(١) و قد ذكر المصنف قدس سره في الخروج عن هذا الأصل وجوها:

منها: خبر «١» جابر الجعفي المذكور في المتن.

(١) الخصال أبواب السبعة، باب ان الله تعالى يمتحن اوصياء الانبياء في حياة الانبياء في سبعة مواطن و بعد وفاتهم في سبعة مواطن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤١٩

و أما الرابعة: يعنى من المواطن الممتحن بها بعد النبي صلى الله عليه و آله فان القائم بعد صاحبه يعنى عمر بعد أبى بكر كان يشاورنى فى موارد الامور و مصادرها فيصدرها عن أمرى و يناظرنى فى غوامضها فيمضيها عن رأى لا يعلمه أحد و لا يعلمه أصحابى و لا يناظرنى غيره الخبر.

و الظاهر ان عموم الامور إضافى بالنسبة الى ما لا يقدح فى رئاسته مما يتعلق بالسياسة، و لا يخفى ان الخروج الى الكفار و دعائهم الى الاسلام من أعظم تلك الامور بل لا أعظم منه.

و فى سند الرواية جماعة تخرجها عن حد الاعتبار الا ان اعتماد القميين عليها و روايتهم لها مع ما عرف من حالهم لمن تتبعها من انهم لا يثبتون «لا يودعون» «لا يخرصون» «لا يخرجون» فى كتبهم رواية فى روايتها ضعف الا بعد احتفافها بما يوجب الاعتماد عليها جابر لضعفها فى الجملة مضافا الى ما اشتهر (١)

من حضور أبى محمد الحسن عليه السلام فى بعض الغزوات و دخول بعض خواص أمير المؤمنين عليه السلام من الصحابة كعمار فى أمرهم.

و فى صحيحة (٢) محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن سيرة الامام عليه السلام فى الارض الذى فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: ان أمير المؤمنين عليه السلام قد سار فى أهل العراق بسيرة فهى امام لسائر الارضين، الخبر.

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند.

و ثانياً: انه مختص بالفتوحات فى زمان الثانى و لا يشمل غيرها.

و ثالثاً: انه لم يكن يشاور أمير المؤمنين عليه السلام فى الامور المهمة الراجعة الى الدين قطعاً.

(١) و منها: حضور أبى محمد الحسن عليه السلام فى بعض الغزوات و دخول بعض خواص أمير المؤمنين من الصحابة كعمار فى أمرهم.

و فيه: انه لا يكون كاشفاً عن كون الغزو من العسكر بالاذن، و الفتح لا يستند اليهم خاصة كما لا يخفى، مع انه أخص من المدعى.

(٢) و منها: صحيح محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام المذكور فى المتن «١».

(١) الوسائل، باب ٦٩، من أبواب جهاد العدو.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٢٠

و ظاهرها ان سائر الارضين المفتوحة بعد النبي صلى الله عليه و آله حكمها حكم أرض العراق مضافا الى انه يمكن الاكتفاء عن إذن الامام المنصوص فى مرسله الوراق بالعلم بشاهد الحال برضا أمير المؤمنين و سائر الائمة عليهم السلام بالفتوحات الاسلامية الموجبة لتأيد هذا الدين. (١)

و قد ورد ان الله تعالى يؤيد هذا الدين بأقوام لا خلاق لهم منه مع انه يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على وجه الصحيح (٢) و هو كونه بأمر الامام عليه السلام مع أنه يمكن أن يقال إن عموم ما دل من الاخبار الكثيرة على تقييد الارض المعدودة من الانفال بكونها مما لا يوجف عليه بخيل و لا ركاب و على أن ما أخذت بالسيف من الارضين يصرفها (يصرف حاصلها) فى مصالح المسلمين معارض بالعموم من وجه لمرسله الوراق.

و حيث لا ريب فى ان أرض العراق خراجية فلا محالة كان أمير المؤمنين عليه السلام يأخذ منها الخراج، فاذا كانت أرض العراق اماما

لسائر الارضين ثبت استحقاق الخراج من سائر الارضين.

وفيه: انه من المحتمل كون السؤال والجواب ناظرين الى مقدار الخراج لا أصله و عليه فهو أجنبي عن المقام.

(١) ومنها: انه يكتفى من إذن الإمام بشاهد الحال برضا المعصومين عليهم السلام بالفتوحات الإسلامية الموجبة لتأييد هذا الدين.

وفيه: انا نعلم أنهم راضون بالنتيجة، ولم يحرز رضاهم بإجراء الفتوحات بأيدي المتصددين للأمر.

و إن شئت قلت: انه لو بنينا على كفاية شاهد الحال حتى مثل ذلك لم يبق لمرسله الوراق موضوع، فإن الغزو المشتمل على الغنيمه

يكون الامام عليه السلام راضيا به قطعاً، فلا يبقى للغنيمه الحاصله بغير الاذن مورد.

و بالجملة: ظاهر كون الغزو عن إذن الامام لا يشمل رضاه به كما لا يخفى.

(٢) ومنها حمل الصادر من فتح البلاد على وجه الصحيح و هو كونه بأمر الامام عليه السلام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٢١

فيرجع الى عموم قوله تعالى: (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ) الآية، فيكون الباقي للمسلمين إذ

ليس لمن قابل «قاتل» شيء من الارضين نصاً و إجماعاً.

الثالث: ان يثبت كون الارض المفتوحة عنوة بإذن الامام عليه السلام محياه حال الفتح (١)

ليدخل في الغنائم و يخرج منها الخمس اولاً على المشهور و يبقى الباقي للمسلمين.

وفيه: ان كون الفتح بغير إذن الامام ليس من الفاسد، بل تكون الغنيمه حينئذ للامام عليه السلام لا للمسلمين، بخلاف ما اذا كان

بإذنه، و مورد الحمل على الصحة انما هو ما اذا كان الفعل ذا وجهين الصحة و الفساد كما هو واضح.

فتحصل: ان شيئاً مما ذكر للخروج عن الاصل المتقدم لا يصلح لذلك.

(١) قوله الثالث: ان يثبت كون الارض المفتوحة عنوة بإذن الإمام محياه حال الفتح.

و تنقيح القول بالبحث في مواضع:

الاول: في ثبوت الخمس في الاراضي المفتوحة عنوة بإذن الامام ٧ على القول باعتبار الحياه حال الفتح، و المشهور بين الاصحاب

ذلك، و عن بعض: دعوى الاجماع عليه.

و يشهد له: عموم قوله تعالى (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ) «١». و مثله اخبار الغنيمه.

و أورد على هذا الوجه: تارة:

بانصراف هذه الادلة الى غير الارض.

و اخرى: بأن خطاب الخمس فيها متوجه الى الاشخاص و ظاهرها ملك الاشخاص للغنيمه ملكاً شخصياً و الاراضي ليست كذلك، و

انما هي ملك للنوع.

(١) الانفال، آية: ٤٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٢٢

و ثالثة: بأنها تخصص بما ورد من الاخبار من قصر الخمس على ما ينقل كصحيح ربيعي «١» و غيره مما اشتمل على قسمة الغنيمه

أخماسا و أسداسا عليهم و على الغانمين، و لا يتصور ذلك فى الاراضى لعدم استحقاق الغانمين لذلك.

و رابعة: بخلو الاخبار الواردة فى بيان حكم الارض المفتوحة عنوة عن ذلك، فإن مقتضى ذلك ظهورها فى كون الارض جميعها للمسلمين.

و فى كل نظر:

أما الاول: فلمنع الانصراف الموجب لتقييد الاطلاقات.

و أما الثانى: فلان خطاب الخمس متوجه الى المالك سواء كان هو الشخص او النوع، غاية الامر اذا كان الشىء ملكا للنوع، كما ان أمر التصرف فيه بالايجار و صرف مال الاجارة فى مصالح المسلمين بيد الولى كذلك أمر إخراج الخمس بيده.

و أما الثالث: فلان نصوص تقسيم الغنيمه أخماسا و اسداسا لا مفهوم لها كى تدل على عدم ثبوت الخمس فيما عدا المنقولات، فلا تصلح لتخصيص الآيه.

و أما الرابع: فلان عدم التعرض لشىء لا يعارض المتعرض لثبوته.

و يشهد لثبوته مضافا الى عموم الآيه الشريفه و أخبار الغنيمه.

جمله من النصوص:

كخبر أبى بصير عن الامام الباقر عليه السلام كل شىء قوتل عليه على شهادة (أن لا إله إلا الله و أن محمدا رسول الله صلى الله عليه و آله) فان لنا خمسه و لا يحل لأحد ان يشتري من الخمس شيئا حتى يصل الينا حقنا «٢».

و خبر أبى حمزة عنه عليه السلام: ان الله جعل لنا أهل البيت سهاما ثلاثة فى جميع الفىء- الى ان قال- و قد حرمناه على جميع الناس ما خلا شيعتنا، و الله يا أبا حمزة ما من أرض تفتح و لا خمس يخمس فيضرب على شىء منه الا كان حراما على من يصيبه فرجا كان أو مالا و نحوهما غيرهما، فالأظهر ثبوت الخمس.

(١) الوسائل، باب ١، من أبواب قسمة الخمس، حديث ٣.

(٢) الوسائل، باب ٢، من أبواب ما يجب فيه الخمس، حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٢، ص: ٤٢٣

فإن كانت حينئذ مواتا كانت للامام عليه السلام (١) كما هو المشهور بل المتفق عليه على الظاهر المصرح به عن الكفايه، و محكى التذكرة و يقتضيه اطلاق الاجماع المحكية على ان الموات من الانفال لإطلاق (٢) الاخبار الدالة على ان الموات بقول مطلق له عليه السلام و لا يعارضها اطلاق الاجماع، و الاخبار الدالة على ان المفتوحة عنوة للمسلمين لان موارد الاجماع هي الارض المغنومة عن الكفار كسائر الغنائم التى يملكونها منهم، و يجب فيها الخمس و ليس الموات من أموالهم و انما هي مال الامام و لو فرض جريان أيديهم عليه كان بحكم المغصوب لا يعد فى الغنيمه، و ظاهر الاخبار خصوص المحياة مع أن الظاهر عدم الخلاف، نعم لو مات المحياة حال الفتح (٣) فالظاهر بقائها على ملك المسلمين بل عن ظاهر

(١) الموضع الثانى: فى اعتبار كون الارض محياة حين الفتح.

المشهور بين الاصحاب ذلك، و استدلل له السيد قدس سره: بأن أخبار الارض المفتوحة عنوة منصرفه الى المحياة منها، و الا فدعوى ان الموات كانت ملكا للامام عليه السلام قبل الفتح و كانت مغصوبة فى أيديهم كما ترى.

و فيه: انه يمكن دفع هذا المحذور بالالتزام بأن من أحيا أرضا فهى له و لو كان المحيى كافرا، مع ان الالتزام بذلك لا أرى له محذورا لو وافقه الدليل كما هو المفروض.

(٢) و استدلل له المصنف قدس سره بإطلاق ما دل على ان الموات من الأراضي للإمام عليه السلام.

ولكن: يمكن أن يقال: إن تلك الاخبار موردها ذلك لا انها بالاطلاق تدل عليه، إذ الاراضى كلها كانت للكفار، فلو لم تكن الموات منها للإمام لم يبق لما دل على انها من الانفال مورد، إذ الارض التي سلمها أهلها طوعا للمسلمين و الارض التي انجلى عنها أهلها انما تكون للإمام محياءً كانت أم مواتا.

(٣) هذا هو الموضوع الثالث و هو ما اذا كانت الأرض محياءً حال الفتح ثم ماتت، فهل هي باقية في ملك المسلمين كما اختاره المصنف قدس سره و تبعه جمع، أم تدخل في ملك الامام كما ذهب اليه جمع آخرون؟ وجهان:
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٢٤

الرياض استفادة عدم الخلاف في ذلك من السرائر لاختصاص أدلة الموات بما اذا لم يجر عليه ملك مسلم دون ما عرف صاحبه (١) ثم انه يثبت الحياة حال الفتح بما كان يثبت به الفتح عنوة (٢) و مع الشك فيها فالاصل العدم و إن وجدناها الآن محياءً لأصالة عدمها حال الفتح.

(١) قد استدلل للأول: باختصاص أدلة الموات بما اذا لم يجر عليه ملك مسلم دون ما عرف صاحبه، فإن تلك الارض حينئذ باقية في ملك مالكيها سواء كان هو الشخص كما لو أحيا أحد أرضا، أم كان هو النوع كما في المقام.
و فيه: ان اطلاق ما دل على ان الارض المحياءً حال الفتح للمسلمين «١» و ما دل على ان من أحيا أرضا فهي له «٢» لا يشمل أرضا ماتت بعد ذلك، إذ الحكم حدوثا و بقاء تابع لفعليته الموضوع و المفروض انعدامه.
و استصحاب بقاء الملكية مضافا الى عدم جريانه في الشبهات الحكمية لا يجدى في المقام لمحكوميته لما دل على ان موتان الارض له عليه السلام.

و تشير الى ما ذكرناه النصوص الدالة على تملك المحيي و إن كانت مسبوقة بملك الغير.
كصحيح الكابلي: فإن تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحياها فهو أحق بها من الذي تركها «٣» و نحوه غيره.

فالاظهر انها بعد الموت تكون للإمام عليه السلام.

(٢) الموضوع الرابع: كل ما يثبت به الفتح عنوة يثبت به كون الأرض محياءً حال الفتح، و لو شك في ذلك فإن كانت الارض تحت يد من يدعى ملكيتها يحكم بأنها له، و إن كانت تحت يد السلطان- أى يده الثابتة على عامة الاراضى الخراجية- لا يحكم بأنها منها لان يدها عادية، فيتعين الرجوع الى الاصل، و هو يقتضى عدم كونها للمسلمين، لانه يستصحب عدم فتح الارض على صفة الحياة، فإن هذا له حالة سابقة كذلك كما لا يخفى بل يمكن أن يقال إنه يستصحب عدم الحياة الى حين الفتح.

(١) الوسائل، باب ٢١، من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) الوسائل، باب ١، من أبواب احياء الموات.

(٣) الوسائل، باب ٣، من أبواب احياء الموات، حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٢٥

فيشكل الامر في كثير من محياءً أراضي البلاد المفتوحة عنوة (١) نعم ما وجد منها في يد مدع للملكية حكم بها له. اما اذا كانت بيد السلطان أو من أخذها منه فلا يحكم لاجلها بكونها خراجية لان يد السلطان عادية على الاراضى الخراجية ايضا و ما لا يد لمدعى الملكية عليها كان مرددا بين المسلمين و مالك خاص مردد بين الامام لكونها تركة من لا وارث له و بين غيره فيجب مراجعة حاكم

الشرع في أمرها ووظيفته الحاكم في الاجرة المأخوذة منها اما القرعة و أما صرفها في مصرف مشترك بين الكل كفقير يستحق الانفاق من بيت المال لقيامه ببعض مصالح المسلمين.

و دعوى انه مثبت إذ لا يثبت به وقوع الفتح على الموات.

مندفعه بأن المترتب على هذا الاصل هو عدم كونها ملكا للمسلمين، و هذا يكفي للحكم بأنها للامام، إذ كما ان الموات حين الفتح له عليه السلام كذلك الارض التي لا رب لها له.

(١) قوله فيشكل الأمر في كثير من محياة أراضي البلاد المفتوحة عنوة.

خلاصة القول في المقام ان المنصوص عليه كون أرض العراق مفتوحة عنوة كما سيمر عليك.

و لكن جرت السيرة القطعية العملية على المعاملة معها معاملة الاملاك الشخصية.

و يمكن دفع هذه الشبهة بأنه قد ثبت كون كثير من تلك الاراضي لأربابها.

منها الموات حال الفتح فانها ملك للامام عليه السلام و يملكها من احيائها كما ثبت في محله و اشبعنا القول فيه في كتاب احياء الموات من فقه الصادق.

و الظاهر ان المشاهد المشرفة و جملة من البلاد المستحدثة من هذا القبيل و على هذا فلا حاجة الى الاستدلال على جواز بيع ما يعمل من التربة الحسينية بالسيرة بتوهم انها تقيد اطلاق نصوص المنع.

و منها الخمس من تلك الاراضي فانه يملكها المستحق فينقل الى غيره بالمعاملة و الارث.

و منها الاراضي التي اقيت في يد أهل الذمة فانها ملك لأربابها و عليهم الجزية.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٢٦

ثم اعلم أن ظاهر الاخبار تملك المسلمين لجميع أرض العراق (١) المسمى بأرض السواد من غير تقييد بالعامر فينزل على ان كلها كانت عامرة حال الفتح، و يؤيده انهم ضبطوا أرض الخراج كما في المنتهى و غيره بعد المساحة بستة أو اثنين و ثلاثين ألف ألف جريب، و حينئذ فالظاهر ان البلاد الاسلامية المبنية في العراق هي و ما يتبعها من القرى من المحياة حال الفتح التي تملكها المسلمون و ذكر العلامة قدس سره في كتبه تبعا لبعض ما عن المبسوط و الخلاف ان حد

و سيمر عليك في خبر أبي الربيع وجود هذه الارض في أرض العراق.

فعلى هذا ان ثبت كون الارض بالخصوص من المفتوحة عنوة المحياة حال الفتح، و لم تمت بعد كى تنتقل الى الامام فيملكها من احيائها كما مر لم يجز بيعها.

و ما لم تثبت فيه هذه الامور و لا أظن ان تثبت لأحد، جاز البيع لانحلال العلم الاجمالي لعدم كون جميع أطرافه محل الابتلاء، لا سيما و ان الاراضي الخراجية التي يضرب عليها الخراج من أراضي المزراع كثيرة الى الآن و أمرها بيد السلطان.

(١) قوله ثم اعلم ان ظاهر الاخبار تملك المسلمين لجميع أرض العراق.

يشهد به نصوص كثيرة.

كصحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام عن السواد ما منزلته قال عليه السلام: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الاسلام بعد اليوم و من لم يخلق بعد، فقلت الشراء من الدهاقين قال عليه السلام: لا يصلح الا ان تشتري منهم على ان تصيرها للمسلمين فإن شاء ولي أمر المسلمين ان يأخذها فله، قلت: فان أخذها قال عليه السلام: رد اليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما

عمل (١).

و المراد بأرض السواد الارض المغنومة من الفرس التي فتحت في زمان عمر و هي سواد العراق، و سميت هذه الارض بالسواد: لان الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الارض و التفاف شجرها سموها السواد لذلك.

و قوله عليه السلام: فاذا شاء ولى أمر المسلمين الى آخره ظاهر في انه لا- تدخل الارض في ملكك المشتري، و ان لولى الامر ابقاء الارض تحت يده و له أخذها منه.

(١) الوسائل، باب ٢١، من أبواب عقد البيع، حديث ٤، كتاب التجارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٢٧

سواد العراق ما بين منقطع الجبال بحلوان الى طرف القادسية المتصل بعذيب من أرض العرب عرضا و من تخوم الموصل الى ساحل البحر ببلاد عبادان طولاً و زاد العلامة قدس سره قوله من شرقي دجلة. فاما الغربي الذي يليه البصرة فانما هو اسلامي مثل شط عثمان بن أبي العاص، و ما والاها كانت «سباخا» مماتا فاحياها عثمان، و يظهر من هذا التقييد ان ما عدا ذلك كانت محياة كما يؤيده ما تقدم من تقدير الارض المذكورة بعد المساحة بما ذكر من الجريب فما قيل من ان البلاد المحدثه بالعراق مثل بغداد و الكوفة و الحلء، و المشاهد المشرفة اسلامية بناها المسلمون و لم تفتح عنوة و لم يثبت ان أرضها يملكها المسلمون بالاستغنام و التي فتحت عنوة و أخذت من الكفار قهرا قد انهدمت، لا يخلو عن نظر لان المفتوح عنوة لا يختص بالانية حتى يقال إنها انهدمت فاذا كانت البلاد المذكورة و ما يتعلق بها من قراها غير مفتوحة عنوة فأين أرض العراق المفتوحة عنوة المقدر بستة و ثلاثين ألف ألف جريب و ايضا من البعيد عادة أن يكون بلد المدائن على طرف العراق بحيث يكون الخارج منها مما يليه البلاد المذكورة مواتا غير معمورة وقت الفتح، و الله العالم و لله الحمد أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

و أما قوله عليه السلام: فيرد عليه رأس ماله فهو إما أن يكون تفضلا من ولى الامر من جهة استنفاذه الارض من يد الدهاقين، أو يكون من جهة كونه بإزاء ما كان للدهاقين من الآثار المملوكة، أو بإزاء حق الاختصاص.

و قوله له ما أكل من غلتها ظاهر في ان المنافع كالعين تكون للمسلمين و لكن حيث انه عمل فيها فله ما أكل منها و نحوه غيره.

و لكن ينافيه خبر أبي الربيع الشامي عن الامام الصادق عليه السلام لا- تشتت من أرض السواد شيئا الا من كان له ذمة فانما هي في للمسلمين (١).

و ابو الربيع و الراوى عنه خالد بن جرير و ان لم يوثقا الا ان الراوى عن خالد هو

(١) الوسائل، باب ٢١، من أبواب عقد البيع، حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٢، ص: ٤٢٨

...

الحسن بن محبوب الذي هو من أصحاب الاجماع فالخبر معتبر سندا.

و الاستثناء انما يكون من جهة ان الارض المفتوحة عنوة ان اقيت في يد من كانت له ذمة تكون ملكا لأربابها فيجوز بيعها و هذا يدل على ان بعض قطعات أرض السواد هكذا.

بقي أمران: لا بد من الاشارة إليهما.

أحدهما انه هل يجوز بيع الاراضي المفتوحة عنوة أم لا- فيه طائفتان من النصوص المانعة من البيع، و هي كثيرة، و ما توهم كونه

مجوزاً، و تلكم النصوص مروية في الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع و باب ٧١ من أبواب جهاد العدو، و قد اشبعنا الكلام في ذلك في كتاب جهاد من فقه الصادق.

ثانيهما، ان أى أرض تكون مفتوحة عنوة و أى أرض لا تكون كذلك.

قال الشيخ في المبسوط على المحكى ظاهر المذهب ان النبي صلى الله عليه و آله فتح مكة عنوة بالسيف ثم آمنهم بعد ذلك و انما لم يقسم الدور و الارضين لانها لجميع المسلمين.

فالمسلم الثابت من الاراضى المفتوحة عنوة مكة و أرض العراق أكثرها لا جميعها كما مر.

و أما غير هذين الموضوعين المذكورين فهو محل الاشتباه لعدم النص الوارد فى شىء من ذلك.

و الاعتماد فى الاحكام الشرعية على كلام المؤرخين غير الثابت وثافتهم محل اشكال كما صرح به صاحب الحدائق.

تم الجزء الثانى من كتاب «منهاج الفقهاء» و يتلوه فى الطبع الجزء الثالث من أول كتاب البيع و الحمد لله أولاً و آخراً.

الجزء الثالث

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه فى الدين و الهداية الى الحق، و افضل صلواته و اكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، و على آله العلماء بالله الامناء على حاله و حرامه، سيما بقية الله فى الارضين ارواح من سواه فداه.

و بعد فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا منهاج الفقهاء و قد وفقنا الى طبعه، و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات فانه ولى التوفيق.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥

كتاب البيع (١)

إشارة

تعريف البيع و بيان حقيقته

إشارة

(١) و فيه مقاصد:

الأول: فى تعريف البيع و بيان حقيقته.

و قد اختلفت كلمات الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم فى ذلك بعد اتفاقهم ظاهراً على انه لا حقيقة شرعية، أو متشريعاً له.

و قبل بيان حقيقته لا بد من بيان امر لا يستغنى عنه.

و هو: ان فى البيع و كذا سائر المعاملات امورا اربعة:

احدها: اعتبار الملكية القائم بالمتبايعين.

ثانيها: اعتبارها القائم بالعقلاء.

ثالثها: الاعتبار القائم بالشارع الاقدس.

رابعها: اظهار المتبايعين اعتبارهما النفساني بمظهر خارجي من لفظ أو غيره.

وما اشتهر - من ان حقيقة الانشاء عبارة عن ايجاد معنى كالملكية و غيرها باللفظ لا واقع له إذ الوجود الحقيقي للمعنى لا يمكن ايجاده الا باسبابه الخارجية، و اللفظ و ما ضاهاه ليسا منها بالضرورة، و الوجود الاعتباري أي اعتبار المعبر قائم بنفسه، و لا دخل للفظ و غيره في تحققه،

نعم - تسمية الانشاء ايجادا بمعنى انه بضميمة الاعتبار النفساني موضوع لا اعتبار الشارع و العقلاء حيث ان بناء العقلاء على عدم اعتبار الملكية في البيع مثلا الا مع اعتبار المتبايعين بقيد الاعلام به، لا بأس بها، و على هذا فلا سببية في باب العقود و الايقاعات اصلا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦

و هو في الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال (١)

(١) و حيث انه لا حقيقة شرعية و لا متشرعية للبيع فنظره قده الى بيان الموضوع بحسب العرف و اللغة كي يحمل عليه في الاحكام المترتبة على هذا العنوان و بما ان تعيين العرف و اللغة في هذا الزمان لا يفيد بالنسبة الى زمان الشارع الاقدس و لذا في الهامش يفيد و (الظاهر عرفا و لغة بضميمة اصالة عدم النقل) التي هي من الاصول العقلية الى يستند إليها الكل في ابواب الفقه و كيف كان فقد عرف البيع بتعاريف الاول ما عن المصباح من تعريفه بانه مبادلة قال بمال و اورد على التعريف المذكور بامور:

الأول: ان المبادلة قائمة بالطرفين كما هو الشأن في باب المفاعلة، و لا يصح التعبير بها عما يقوم بطرف واحد، مع ان البيع عندهم ليس هو ذلك بل عبارة عن التبديل.

و ما افاده المحقق الاصفهاني قدس سره من انكار تقوم المفاعلة بطرفين مستشهدا بقوله تعالى: (يخادعون الله) «١» و قوله عز و جل (و من يهاجر في سبيل الله) «٢» و نافقوا، و شاقوا، و غير ذلك من الاستعمالات مدعيا ان هذه الهيئة انما وضعت لتعديء المادة و انهاؤها الى الغير، مثلا الكتابة لا تقتضى الا تعديء المادة الى المكتوب فيقال كتب الحديث من دون تعديتها الى المكتوب إليه، بخلاف قولهم كاتبه فانه يدل على تعديتها الى الغير،

بحيث لو اريد افادة هذا المعنى بالمجرد ل قيل كتب إليه، ثم قال: ان الهيئة المجردة و ان افادت هذه الخصوصية في بعض الموارد كضرب زيد عمروا الا انها غير ملحوظة في الهيئة و تكون من لوازم النسبة، بخلاف ضارب زيد عمروا فان هذه الخصوصية ملحوظة فيه و ان كان لطيفا، الا انه يرد عليه: ان هذه الامور ليست امورا برهانية بل سماعية لا بد فيها من الرجوع الى اهله، و هم قد صرحوا بذلك و جعلوا له موارد استثنائية منها الآيات المشار إليها.

(١) سورة البقرة: آية ٩.

(٢) سورة النساء: آية ١٠١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧

...

الثاني: ان لازم هذا التعريف عدم كون بيع الكلي بيعا لانه ليس مالا قبل البيع،

فليس مبادلة مال، و عدم صحة جعل عمل الحر عوضا على القول بعدم كونه مالا قبله.

الثالث: ان مطلق المبادلة ليس بيعا قطعاً، بل لو كانت المبادلة بيعا فانما هي المبادلة في الملكية.

الرابع: ان التبديل و المبادلة لازم غالبى للبيع لا انه مفهومه لما نوره على تعريف جامع المقاصد.

الخامس: ان مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه، مع انه لا- يعتبر ذلك، ألا- ترى ان الانسان يعطى الدرهم الى الخباز و يقول: اعط الخبز للفقير، فان هذا بيع مع انه لا مبادلة فيه، و الالتزام بانه، يملك الفقير الدرهم اولاً ثم يعطى الخباز، أو انه يوكله فى تملكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير، خلاف الواقع الذى عليه بناء العرف و العقلاء فى امثال هذه المعاملة.

و بما ذكرناه يظهر ما فى تعريفه بانه: تبديل عين بمال، أو تملكها به، أو نحو ذلك من التعاريف.

و المحقق النائنى قدس سره بعد اعترافه بان هذه التعاريف تقريبية اختار فى تعريفه انه: تبديل مال بمال، و ان فى البيوع المتعارفة بين الناس انما يكون التبديل فى الأموال لا- فى الملكية، و ذكر فى توضيح ذلك: ان الملكية عبارة عن اضافة حاصله بين المالك و المملوك، و هى تكون متحققة فى عالم الاعتبار و تكون منشأ للآثار و لا تكون قابلة للتبديل ابتداء لانه ليس للمالك ملكية على الملكية بل فى باب المعاوضات يتبدل المالكان بخلاف باب الارث فان فيه يتبدل المالكان، فالبايع انما يحل الاضافة القائمة بالطعام و يجعلها قائمة بالدرهم و لا يكون هناك تبديل فى الملكية فيكون البيع هو تبديل مال بمال

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨

و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم ابدال المنافع بغيرها، (١) و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع، نعم ربما يستعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها

و يرد عليه:

اولاً: ان بيع الكلى بيع مع انه قبل البيع ليس طرف الاضافة كى يكون هناك تبديل.

و ثانياً: ان لازم ذلك عدم كون بيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه بيعا، فانها لا تصير ملكاً لأحد كى ينطبق عليه هذا التعريف.

و ثالثاً: ان الملكية لا حقيقة لها سوى الاعتبار و هو بسيط قائم بالمالك و المملوك،

فلا يعقل تبدل احد طرفيها مع بقائها، فلا محالة لا بد من تبديلها.

و بعبارة اخرى: المشتري لا- يملك المبيع الا باعتبار كونه ملكاً له، و خلع البائع الملكية عن نفسه و لبسها به و معه تتبدل الملكية لا

محالة فلا يتصور بقاء ملك الاضافة و تبديل طرفها.

فالحق فى تعريف البيع بنحو يكون جامعا و مانعا ان يقال: انه اعطاء شىء بازاء شىء، و هذا بحسب الموارد مختلف اثره، فقد يكون

اثره ملكية العوضين كما فى غالب موارد، و قد يكون اثره الانعتاق كما فى بيع العبد ممن ينعق عليه، فان اثر اعطاء البائع اياه بازاء

شىء انقطاع اضافته، و حيث لا يعقل دخوله فى ملك المشتري ينعق عليه قهراً، و قد يكون اثره السقوط كما فى بيع الدين ممن هو

عليه، و قد يكون اثره قيام المبيع مقام عوضه فيما له من التعلق و الاضافة بجهة كالات المشتراء من غلة العين الموقوفة للمسجد مثلاً.

ضابط ما يصح جعله معوضاً و عوضاً و ما لا يصح

فقد قال المصنف قدس سره فى ضابط ما يصح جعله مبيعاً

(١) و الظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع بغيرها تنقيح القول فى المقام بالبحث فى موضعين الاول فى بيان المراد

من العين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩

...

الثاني في انه هل يعتبر ان يكون المبيع عينا ام لا.

اما المقام الأول: فالمراد من العين هو الموجود المتعين الخارجى و ما لو وجد لكان من المتعينات الخارجيه، فتشمل العين الشخصية، و الكلى المشاع، و الكلى فى المعين، و الكلى الذمى. و تخرج المنفعة و الحق، و لا إشكال فى شىء من ذلك الا فى الكلى الذمى، فانه اشكل على جعله مبيعا بوجهين:

الأول: ان الملكية من الاعراض، فلا بد لها من معروض، و لا وجود للكلى الذمى حتى يكون معروض الملكية.

و اجاب عنه المحقق النراقى قده: بان البيع ليس هو التمليك، بل عبارة عن نقل الملك، و حيث انه لا محذور فى نقل الملك فى ظرف وجوده- و ان كان متأخرا فعلا لعدم كون النقل من الاعراض- فلا اشكال فى صحة البيع.

وقال: و الحاصل ان البيع نقل الملك بالغير بالفعل سواء كان الملك ايضا فعليا أو قويا مترقب الحصول.

وفيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع إذا تعذر تسليم الكلى، أو لم يحصل للبائع،

لانه يكشف انه باع ما ليس له، مع انه لا يكون باطلا بالاتفاق.

و ثانياً: ان النقل مطلقا لا بد و ان يكون بملاحظة مكان أو اضافته، و ليس له استقلال فى التحصل، فلو كان حقيقة البيع هو النقل كان بمعنى نقل الملك، فكما ان الملكية غير معقولة كما هو المفروض، كذلك النقل لا يكون فعليا، فلا نقل بالفعل و انما هو معلق على أمر متأخر، و التعليق فى البيع باطل بالاجماع.

و اجاب عنه السيد الفقيه: بان الملكية و ان كانت من الاعراض الخارجيه الا ان حقيقتها ليست الا اعتبارا عقلائيا، فيمكن ان يكون محلها موجودا اعتباريا فنقول:

العقلاء يعتبرون الكلى الذمى شيئا موجودا تتعلق به الملكية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠

...

وفيه: اولاً: انه لا يصح الجمع بين العرض الذى هو امر واقعى مقولى، و بين الاعتبار الذى لا ثبوت له الا فى افق الاعتبار.

و ثانياً: انه من المعلوم ان العقلاء فى باب اعتبار ملكية الكلى الذمى ليس لهم اعتبار ان احدهما متعلق بوجوده، و ثانيهما متعلق بملكيته.

فالحق فى الجواب ان يقال: ان الملكية انما هى من الاعتباريات و الاعتبار لا يحتاج الا الى طرف فى افق الاعتبار و هو كما يكون عينا خارجيه يمكن ان يكون كليا فى الذمة، و الظاهر ان المستشكل خلط بين الملكية التى هى من الاعراض الخارجيه- و هى الهيئة الحاصلة للجسم من احاطة شىء به- كالهيئة الحاصلة للرأس من احاطة العمامة به، و بين الملكية التى هى من الاعتباريات التى تعتبر لفائدة مرتبة على اعتبارها. و الذى لا يمكن ان يتحقق بلا محل موجود انما هى الملكية بالمعنى الأول، و اما الملكية الاعتبارية فهى لا تتوقف الا- على محل موجود فى افق الاعتبار بنفس الاعتبار، و عليه فكما يمكن ان يكون ذلك عينا موجودة فى الخارج يمكن ان يكون كليا فى الذمة، بل ربما يكون المالك ايضا كليا ككلى الفقير و السيد فى باب الزكاة و الخمس.

و بهذا البيان يظهر انه يمكن ان يكون المالك امرا اعتباريا كالحكومة التى هى من الامور الاعتبارية العقلانية و يعتبرونها لشخص أو لعدة اشخاص، و لذا ترى ان العقلاء يعتبرون لهم الملكية بما انهم هيئة حاكمة، و الفرق بين ملكيتهم بما هم كذلك و بين ملكيتهم

بما هم اشخاص انه لو مات احدهم أو جميعهم في الأول لا ينتقل المال الى الورثة، و لو انتقلت عنهم الحكومة يخرج المال عن تحت سلطانهم بخلافه في الثاني. و تمام الكلام في ذلك موكول الى محل آخر.

الاشكال الثاني: انه يعتبر في البيع كون المبيع مالا قبل البيع و الكلى في الذمة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١

...

ليس كذلك،

و يرد عليه: انه لم يدل دليل من عرف أو شرع على اعتبار ان يكون المبيع قبل البيع مالا، و تعريف المصباح لا حجية له، بل يعتبر شرعا و عرفا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه، و ضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض و معلوم ان الكلى كذلك.

و أما المقام الثاني: فالأرجح في النظر اعتبار كون المبيع من الاعيان و ذلك لان البيع من المفاهيم العرفية و الامضاء الشرعي متعلق به، و لعل اختصاص البيع بنقل الاعيان و تملكها و عدم شموله لنقل المنافع من الامور الواضحة عندهم بحسب المتفاهم العرفي.

و الظاهر انه الى هذا نظر الفقهاء حيث استدلوا للاختصاص تارة: بالتبادر، و اخرى:

بصحة سلب البيع عن تملك المنفعة بعوض، و ثالثة: بانصراف الادلة الى ما هو المعهود خارجا من جعل المعوض في البيع عينا.

لا يقال: ان البيع بحسب متفاهم اهل هذا الزمان و ان اختص بنقل الاعيان الا ان المعيار هو عرف زمان الشارع الاقدس.

فانه يتوجه عليه اولاً: انه ان ثبت ذلك في هذا الزمان يبني على كونه كذلك في زمانه صلى الله عليه و آله لأصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقري، الذي على جريانه بناء العقلاء و سيرة العلماء و لولاه لانسد عليهم باب الاجتهاد لعدم احراز كون الروايات ظاهرة في المعاني التي تكون الآن ظاهرة فيها في زمانه صلى الله عليه و آله الا بذلك.

و ثانياً: ان الشك في شمول البيع لنقل المنافع مانع عن التمسك بعمومات الصحة، و يتعين معه البناء على الاختصاص لأصالة الفساد.

و يؤيد ما اخترناه من الاختصاص: استقرار اصطلاح الفقهاء عليه في تعيين الثمن و المثمن، يعنى انهم إذا ارادوا تمييز البائع عن المشتري و المثمن عن الثمن جعلوا مالك العين بائعا و مالك المنفعة مشتريا، و الاجماع، و انه لا فرق بين الاجارة و البيع الا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢

بل يظهر من كثير من الاخبار (١) كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر، و بيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها، (٢) و كأخبار بيع الأرض الخراجية و شرائها.

(٣) و الظاهر انها مسامحة في التعبير كما ان لفظ الاجارة يستعمل عرفا في نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة (٤)

في ان البيع لنقل الاعيان و الاجارة لنقل المنافع بناء على ما حققناه في كتاب الاجارة من ان حقيقتها تملك المنفعة بعوض.

و استدلل للتعميم بوجهين:

الأول: ان ما عن المصباح من تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال كما يشمل نقل الاعيان يشمل نقل المنافع.

(١) الثاني: ما في المتن قال بل يظهر ذلك من كثير من الاخبار.

حيث اطلق البيع على نقل المنافع في جملة من النصوص

(٢) منها: النصوص الدالة على بيع سكنى الدار: كموتق اسحاق بن عمار «١» و منها: ما دل على بيع خدمة المدبر: كخبر السكوني «٢»

و منها: ما ورد في بيع الاراضى الخراجية «٣» و فيهما نظر:

اما الأول: فلما تقدم من عدم تامة تعريف المصباح و عدم حجيته.

و أما الثاني فلأن الاستعمال اعم من الحقيقة، و اصالة الحقيقة انما يرجع إليها لتشخيص المراد لا لتعيين الموضوع له بعد معلومية المراد،

فالأظهر اختصاص البيع بنقل الاعيان

(٤) قوله كالثمرة على الشجرة.

الظاهر ان مراده ليس ما إذا آجر الشجرة لثمرتها قبل وجودها كما افاده السيد قدس سره بل مراده ما إذا تعلقنا لإجارة بنفس الثمرة- فانها التي تكون يباعا قطعاً كما في رواية «٤»

(١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب التدبير من كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ٧١ من أبواب جهاد العدو و ما يناسبه من كتاب الجهاد.

(٤) الوسائل باب ٢ من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣

و أما العوض فلا اشكال في جواز كونها منفعة (١) كما في غير موضع من القواعد و عن التذكرة و جامع المقاصد و لا يبعد عدم الخلاف فيه، نعم نسب الى بعض الاعيان (و هو البهائي) الخلاف فيه، و لعله لما اشتهر في كلامهم من ان البيع نقل الاعيان و الظاهر ارادتهم بيان البيع نظير قولهم ان الاجارة لنقل المنافع.

الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام الواردة في بيع الثمار و ان لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر،
أى لا تشتري كما هو صريح ساير الاخبار

جعل المنفعة عوضاً

هذا كله في المعوض،

و أما في العوض فقد قال المصنف قدس سره:

(١) اما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة.

و الكلام في المقام يقع في موارد:

الأول: في بيان حقيقة المنفعة.

الثاني: في جواز جعلها عوضاً.

الثالث: في جواز جعل عمل الحر عوضاً.

الرابع: في الحقوق.

اما المورد الأول: فالمنفعة عبارة عما به يكون المال مالا، و بعبارة اخرى: عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل،

فمنفعة الدابة ليست ما هو فعل الراكب الذي هو من اعراضه لا- من اعراض الدابة، بل المضاييف لفعل الراكب الذي يصير فعليا بالاستيفاء الذي هو عبارة عن الانتفاع.

و بهذا البيان ظهر ان ما افاده السيد الفقيه في حاشيته من: ان الثمرة تعد منفعة الشجرة عرفا، لا يمكن المساعدة عليه، إذ حقيقة العين مغايرة لحقيقة المنفعة فلا يعقل انطباق احدهما على الاخرى.

و أما المورد الثاني: فقد استدل لعدم جواز جعلها عوضا بوجوه:

الأول: ما اشتهر في كلامهم من ان البيع نقل الاعيان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٤

و أما عمل الحر فان قلنا: انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال (١)

و الا ففيه اشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

الثاني: ان المنفعة غير موجودة: فغير قابلة للمملوكية، فلا يصح جعلها عوضا. و هو المحكى عن الشهيد.

الثالث: انه لعدم تعارف جعل المنفعة عوضا تكون ادلة نفوذ البيع منصرفه الى نقل غيرها.

و في كل نظر اما الأول: فلأن البيع - كما عرفت - انما هو عمل البائع، فهم في مقام بيان ما ينتقل من البائع، و هذا منهم نظير ما ذكره من ان الاجارة لنقل المنافع، مع انه لا كلام بينهم في صحة جعل العوض فيها عينا.

و أما الثاني: فلما عرفت من ان الملكية امر اعتباري، فيصح اعتبارها بالاضافة الى المنفعة التي هي مقدره الوجود بتبع وجود العين القابلة لاستيفاء المنافع عنها.

و أما الثالث فلان الانصراف الناشئ عن قلة وجود فرد لا يصلح لتقييد المطلقات، فالأظهر جواز جعلها عوضا.

جعل عمل الحر عوضا

(١) اما المورد الثالث: فقال المصنف قدس سره: و أما عمل الحر فان قلنا انه قابل للمعاوضة عليه من الأموال فلا اشكال. محصل كلامه: انه لا إشكال في جواز جعل عمل الحر عوضا إذا كان ذلك بعد وقوع المعاوضة عليه، كما إذا كان اجيرا لغيره فانه يجوز لذلك الغير جعله عوضا، و يكون كعمل العبد حينئذ الذي لا كلام في انه مال و يصح جعله عوضا و أما إذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه فجواز جعله عوضا مبني على كونه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥

...

من الأموال و ان لم يعد منها لا يجوز ذلك.

يقع الكلام في هذا المورد في جهتين:

الاولى: في انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه ام لا؟ الثانية: في انه على كل من التقديرين هل يصح جعله عوضا ام لا؟ اما الجهة الأولى: فالحق انه مال، لانه المالىة من الاعتبارات العقلانية و انما تعتبر للشئ من جهة كونه مما يرغب إليه و يميل إليه النوع، أو ان نظام الاجتماع يتوقف عليه،

كما في اعتبار المالىة للذهب و الفضة،

و هذا الذى يسمى بالمال تارة يعتبرونه ملكا لشخص و اخرى لا يعتبر ذلك كما في المباحات الاصلية، و على هذا فمن الواضح ان عمل الحر و ان لم يكن ملكا لفاعله - لان ملكية العمل انما تكون عن سبب و هو مفقود - الا انه مال و لا فرق بينه و بين عمل العبد، و لا بين قبل وقوع المعاوضة عليه و بين بعده.

و استدلل لعدم كونه مالا بوجوه:

الأول: ان المالية صفة وجودية: و لا بد لها من محل، و العمل المعدوم لا يكون محلا لها.

الثاني: انه لو كان عمل الحر مالا- و كان صاحبه ذا مال، لتعلق به الاستطاعة إذا كان قادرا على عمل، يكون عوضه مما تتحقق به الاستطاعة و خرج عن كونه فقيرا.

الثالث: انه لو كان مالا لكان حابسه ضامنا.

و في كل نظر اما الأول: فلما مر من ان الامور الاعتبارية تقوم بمحل يكون موجودا تقديرا، و المقام كذلك، فان عمل الحر يقدر وجوده بتبع وجود العامل و قدرته عليه و أما الثاني: فلأن الاستطاعة تتوقف على ملكا و صاحبه ذا مال، و عمل الحر و

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦

و أما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال (١)

ان كان مالا- الا انه ليس ملكا لعامله، فلا تتحقق به الاستطاعة نعم لمجرد سلطنة على تملكه للغير يخرج عن كونه فقيرا و لا يصدق عليه هذا العنوان.

و أما الثالث: فلأن الضمان لا بد له من سبب، و هو، اما الاتلاف، أو اليد، أو الاستيلاء، و شيء منها لا يكون في المقام اما الأول: فلأنه ليس مال العامل حتى يشمل، من اتلف مال الغير فهو له ضامن،

و أما الثاني: فلأن عمل الحر لا يكون تحت اليد و الاستيلاء لا بنفسه و لا بتبع الاستيلاء على الحر، و بعبارة اخرى: قاعدة اليد انما تجرى في صورة الاستيلاء، و الحر لا يدخل تحت استيلاء غيره و أما الثالث: فواضح.

فتحصل: ان الأظهر انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه.

و أما الجهة الثانية: فبناء على كونه مالا، ما ذكر وجها لعدم جواز جعل المنفعة عوضا جار هنا، و الجواب ما ذكرناه، و على فرض عدم كونه مالا استدلل على عدم الجواز- مضافا الى ذلك- بانه يعتبر في المبيع و الثمن ان يكونا من الأموال قبل البيع.

و فيه: انه لم يدل دليل على اعتبار ذلك لا من العرف و لا من الشرع، و تعريف المصباح لا حجية له، بل يعتبر عرفا و شرعا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه، و ضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض، و معلوم ان عمل الحر كذلك.

فالأظهر انه يصح جعل عمل الحر عوضا.

حقيقة الحق و اقسامه

و أما المورد الرابع: ففي المتن.

(١) و أما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال.

تنقيح القول في المقام انما يكون بالبحث في جهات:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧

...

الاولى: أنه: في الأدلة عناوين ثلاثة: الملك، و الحكم، و الحق اما الملك: فقد تقدم انه امر اعتباري و أما حقيقة الحكم فواضحة و مذكورة في محلها انما الكلام في حقيقة الحق بنحو يمتاز عن الملك و الحكم الحق في اللغة: هو الثبوت، و بهذا الاعتبار يطلق عليه سبحانه الحق من جهة ان ثبوته من اعلى مراتب الثبوت، و يقال للأمر الموافق للواقع انه حق من جهة ثبوته، و هكذا سائر موارد

استعماله.

و أما بحسب الاصطلاح فقد يقال: ان الحق هو الملك، و لعله المراد من قول السيد فى الحاشية: انه مرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه، و لذا عبر عن حق الخيار بملك فسخ العقد، غاية، الأمر المملوك، تارة: يكون العين بما لها من الشئون، و اخرى: جهة خاصة منها، و ثالثة: عمل من اعمال الحر، و فى الجميع الملكية واحدة و انما المملوك مختلف.

و به يندفع: ما اورد على هذا: بان الملك ملزوم للسلطنة المطلقة، مع ان الحق سلطنة خاصة على تصرف خاص.

و لكن يرد على هذا: انه ربما يضاف الحق الى ما لا يكون له اعتبار الملكية شرعا كحق الاختصاص بالخمير التى كانت خلا قبلا، أو كحق الاولوية فى الأرض المحجرة التى لا تملك الا بالاحياء.

و قد يقال: انه مرتبة ضعيفة من الملك.

و فيه: ان الملكية التى هى امر اعتبارى بسيطة لا- يكون لها مراتب، و اختلاف المملوك سعة و ضيقا اجنبى عن اختلاف مراتب الملكية.

فالحق ان يقال: انه عبارة عن اعتبار السلطنة على شىء أو شخص فى جهة خاصة، مثلا حق الشفعة عبارة عن السلطنة على الفسخ و الامضاء، و هكذا سائر الحقوق

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٨

كحق الحضانه و الولاية فلا اشكال (١) و كذا لو لم يقبل النقل كحق الشفعة و حق الخيار (٢)

و لا يخفى ان هذا ليس حقيقه شرعية له، إذ مضافا الى عدم الدليل عليه: ان الحق يستعمل كثيرا فى الاخبار و كلمات علمائنا الابرار فى الحكم، و عليه: فتشخيص كون مورد خاص من قبيل الحكم أو الحق بالمعنى الذى ذكرناه يتوقف على ملاحظة الخصوصيات و القرائن، و لا يستفاد ذلك من مجرد اطلاق الحق عليه.

الجهة الثانية: فى بيان اقسام الحقوق.

فقد جعل المصنف لها اقساماً:

(١) الاول: ما لا يقبل المعاوضة بالمال: كحق الحضانه و الولاية.

و المراد به بحسب الظاهر- لا سيما مع ملاحظة التمثيل- هو ما لا يقبل النقل و لا الإسقاط، و يحتمل بعيدا ان يكون المراد به ما كان له اسقاطه و نقله الا انه مجانا لا بالعوض، كحق القسم، فانه ذكر العلامة قدس سره: ان لكل من الأزواج نقله الى ضررتها و اسقاطه، الا انه ليس لها اخذ المال بازاء ذلك.

(٢) الثانى ما يقبل الاسقاط و لا يقبل النقل: كحق الشفعة و حق الخيار.

الثالث: ما يكون قابلا للنقل و الانتقال و الاسقاط كحق التحجير و اورد على هذا التقسيم بالنحو الذى استظهرناه المحقق النائينى بان كون شىء حقا و غير قابل للاسقاط لا- يعقل فانه لو لم يقبل الاسقاط فكيف تكون له السلطنة، و كيف يكون زمام امره بيده، بل الضابط للحق و الفرق بينه و بين الحكم كونه قابلا للاسقاط، و تبع فى هذا الضابط شيخنا السعيد الشهيد قدس سره.

و فيه: ان مقتضى سلطنة الانسان على شىء هو كون امره بيده لا أمر السلطنة بيده، و الانسان مسلط على العين- أو العمل- لا انه مسلط على سلطانه و مالك له، و بهذا البيان التزمنا بان الناس مسلطون على اموالهم «١» لا يدل على صحة الاعراض

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٩

لان البيع تمليك الغير (١)

و بالجملة: كما ان الحكم امره بيد الحاكم، كذلك الحق امره بيد المعبر و من بيده الاعتبار، فإذا لم يجعل المعبر امر رفع هذا الاعتبار و نقله الى الغير بيد من اعتبر له ليس له ذلك، فالحق ان من اقسام الحق ما لا يقبل الاسقاط. ثم معرفة ان الحق الفلاني هل هو قابل للاسقاط و النقل ام لا؟ لا بد و ان تكون من الدليل و ليس لذلك ضابط كلى يمتاز به الحقوق كل منها عن غيره، و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محل آخر. الجهة الرابعة: فى حكم جعل الحقوق عوضا. بعد ما لا كلام و لا إشكال فى عدم صحة جعل ما هو من قبيل القسم الأول- اى ما لا يقبل الانتقال و الاسقاط عوضا- وقع الخلاف فى القسمين الاخيرين، و هاهنا اقوال:

الأول: عدم صحة جعل شىء منهما عوضا، اختاره المحقق النائنى قدس سره.

الثانى: جواز جعل ما يقبل الانتقال خاصة عوضا الثالث جواز جعل كل منهما عوضا، غاية الأمر فى ما لا يقبل الانتقال يصح جعل اسقاطه عوضا.

قد استدل المصنف وفاقا لغيره من الاعلام لعدم جواز جعل ما لا يقبل النقل عوضا:

(١) بان البيع تمليك الغير.

مراده: ان حقيقة البيع هو التمليك من الطرفين، فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك فلا يصح جعله عوضا.

و لما كان صاحب الجواهر بعد ما نقل هذا من استاذه و ذكر فى وجهه: ان البيع من النواقل لا من المسقطات، فلا يصح جعله عوضا على معنى سقوطه، اشكل عليه بان من البيع بيع الدين على من هو عليه مع انه لا يفيد الا الاسقاط فيلتزم فى الحق ايضا بذلك

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٠

و لا ينتقض بيع الدين على من هو عليه لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط و لذا جعل الشهيد فى قواعد الابرار مرددا بين الاسقاط و التمليك.

و الحاصل انه يعقل ان يكون ان يكون مالكا فى ذمته فيؤثر تمليكه السقوط و لا يعقل ان يتسلط على نفسه (١)

(١) و تصدى المصنف قدس سره لجواب هذا الاشكال: بانه فرق بين الموردين، فانه فى بيع الدين على من هو عليه تحدث الملكية آنا ما، و تسقط، و لا- مورد لتقرير ذلك فى الحق بان ترجع حقيقة الاسقاط المجعول عوضا الى نقل الحق الى من هو عليه، و يؤثر ذلك فى سقوطه، و يدعى ان ما دل على انه لا يقبل النقل يكون المراد به النقل على وجه الاستقرار لا على هذا الوجه، فان نقل الحق الى من عليه و لو آنا ما محال لاستلزام ذلك اتحاد المسلط و المسلط عليه، و قد تقدم تنقيح ذلك.

و بهذا البيان الذى بينا مراد المصنف قدس سره يندفع جملة مما اورده المحشون عليه.

و قد استدل المحقق النائنى قدس سره على عدم جواز جعل نفس الحق عوضا: بان البيع حقيقته تبديل طرف الاضافة بمثله، و لازم ذلك دخول كل من الثمن و المثل، فى ملك مالك الاخر، و معلوم ان الحق ليس كذلك، فانه مباين مع الملك سنخا، فلا يصلح للحلول محل المثل فى الملكية كى يصدق البيع.

و استدلال قدس سره على عدم جواز جعل الاسقاط عوضا بان: نفس الاسقاط بما انه فعل من الافعال و اثره و هو السقوط بما انه اسم المصدر ليس من الافعال التي تقبل للملوكية نظير الخياطة، فان هذا المعنى معنى حر في غير قابل لان يتمول الا باعتبار نفس الحق، و قد عرفت ما فيه.

و يرد على ما افاده في نفس الحق: ان تعريف البيع بما ذكر مضافا الى ما مر ما فيه من المحاذير، انه ليس مورد آية أو رواية حتى يجعل صدقة أو عدم صدقه مبنى للاحكام الشرعية، و قد مر ان حقيقة البيع ليست الا جعل شيء بازاء شيء، فإذا جعل المبيع بازاء حق التحجير بان يصير هذا الحق لمالك المبيع في مقابل خروجه عن ملكه فقد جعل شيء بازاء شيء فهو بيع حقيقة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١

و السر ان مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد (١)

بخلاف الملك فانها نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج الى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه فافهم

و أما ما ذكر في الاسقاط فيرد عليه - مضافا الى ذلك - ان نفس الاسقاط و ان كان معنى حرفيا لا- يتمول، و الحق في نفسه غير الملك، الا انه لا مانع من صيرورة الحق سببا و واسطة في قابلية اسقاطه للملكية، و نظير ذلك ان العلم بنفسه لا يملك لكنه يصير سببا لزيادة مالية العبد المتصف به.

و بالجملة: عدم قابلية الحق للملوكية لا ينافي صيرورته واسطة في كون اسقاطه قابلا للتمول و المملوكية فتدبر فانه دقيق.

الجهة الرابعة: كل حق قابل للنقل هل يجوز نقله الى من عليه الحق فلا ام لا؟

(١) صريح المتن و المحقق النائيني قدس سره: عدم الجواز.

و استدلاله بان الحق لما كان نحو من السلطنة على من عليه الحق يعقل نقله إليه،

لان الانسان لا يمكن ان يتسلط على نفسه بالنحو الذي كان لطرفه.

و بالجملة: لا يعقل قيام طرفي السلطنة بشخص واحد.

و شيد بعضهم هذا الوجه بان المسلط و المسلط عليه متضائفان و التضاييف من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما في واحد و يرد عليه اولا ان المسلط عليه انما هو بمعنيين: الأول: طرف السلطنة، الثاني: من بضرره السلطنة، مثلا في حق الخيار و حق الشفعة الذين هما مورد كلام المصنف قدس سره، حل العقد في الأول و تملك الشريك ما اشتراه المشتري ببذل الثمن في الثاني مسلط عليهما بالمعنى الأول، و من عليه الحق في الموردين هو المسلط عليه بالمعنى الثاني، و في جميع الحقوق التي فيها من عليه الحق يكون الأمر على هذا المنوال، و عليه فنقل الحق الى من عليه الحق لا- يلزم منه اتحاد المسلط و المسلط عليه بمعنى قيام طرفي السلطنة بشخص واحد كي يكون امرا غير معقول. و ثانيا: انه لو سلم كون المسلط عليه هو من عليه الحق، فلا ارى محذورا في اجتماعهما في شخص واحد، و ليس كل ما هو من اقسام التضاييف من انحاء التقابل، بل ما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢

و أما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير و نحوه فهي و ان قبلت النقل و قبلت بالمال في الصلح الا ان في جواز وقوعها عوضا للبيع اشكالا (١) من اخذ المال في عوضى المبيعة لغه و عرفا (٢) مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين، و لما يصح ان يكون اجرة في الاجارة في حصر الثمن في المال. (٣)

كان بينهما تغاير في الوجود كالعلية و المعلولية منها و الا فالعالمية و المعلومية أو المحببة و المحبوبة من اقسام التضاييف، و ليستا من انحاء التقابل و تجتمعان في شخص واحد و بحب الانسان نفسه و يعلم بنفسه.

والسلطنة من هذا القبيل، فان معناها كون الشخص قاهرا على شخص و كون الغير تحت ارادته و اختياره، و هذا المعنى يمكن اجتماعه فى شخص واحد، بل سلطنة الانسان على نفسه من اعلى مراتب السلطنة، كيف و قد ورد. (الناس مسلطون على انفسهم) و لم يستشكل احد فى معقولية ذلك. فتدبر فانه دقيق.

فتحصل: ان الأظهر جواز نقله الى من عليه الحق.

الجهة الخامسة فى انه فى الحقوق القابلة للانتقال هل يصح جعلها عوضا فى خصوص البيع ام لا يجوز

(١) و قد اشكل المصنف قدس سره فى ذلك و استدلل لعدم جواز جعل ما يقبل النقل عوضا للبيع بوجهين

(٢) احدهما عدم صدق المال على الحق و لو بعد البيع، و قد اخذ المال فى عوضى المبايعه لغه و عرفا.

(٣) ثانيهما ظهور كلمات الفقهاء فى حصر الثمن فى المال و يرد على الدليل الأول ان البيع ليس هو التملك من الطرفين، بل هو

اعطاء شىء بازاء شىء و لو كان الشىء الثانى سقوط الحق فلا مانع من جعل سقوط الحق عوضا و ان لم يقبل النقل، و قد تقدم تامية

ما اورده صاحب الجواهر من النقص و عدم صحة جواب المصنف قدس سره عنه.

و يرد على الثانى: ان المال ان كان هو ما يبذل بازاء الشىء لكونه موردا لرغبة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣

ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشرعية بل هو باق على معناه العرفى كما سنوضحه ان شاء الله. الا ان الفقهاء قد

اختلفوا فى تعريفه، (١) ففى المبسوط و التذكرة و غيرهما، انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى و (٢) و

حيث ان فى هذا التعريف مسامحة واضحة.

العقلاء و ميلهم من جهة ما فيه من الاغراض العقلانية فالحق مال، و ان كان المال بحسب المفهوم العرفى اخص من ذلك كما ادعى،

فالحق و ان لم يكن مالا الا انه لا دليل على اعتبار المال بهذا المعنى فى عوضى المبايعه، و مجرد تعريف المصباح أو ما شابه لا يصلح

لذلك كما تقدم، فان حقيقة البيع اعطاء شىء بازاء شىء، و لا يعتبر فى صدقه سوى كون العوض أو المعوض مما يبذل بازائه الشىء

و الحق كذلك.

فتحصل ان الاظهر جواز جعل كل من القسمين عوضا غاية الامر فى القسم الاول يجعل سقوط الحق عوضا- و فى القسم الثانى يجوز

جعل سقوطه عوضا كما يجوز نقله عوضا.

تعريف الفقهاء للبيع

إشارة

(١) إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: انه قد عرف البيع بتعاريف: آخر الاول: ما عن جماعة كالشيخ فى محكى المبسوط و العلامة فى

التذكرة و غيرهما فى غيرهما من

(٢) انه انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى.

و اورد عليه جماعة منهم السيد الفقيه فى الحاشية: بان الانتقال اثر للبيع، و ايضا انه فعل، و الانتقال انفعال، و ايضا هو مناف لسائر

تصاريفه.

وفيه: ان ملكية المشتري فى اعتبار العقلاء و الشارع اثر للبيع، بمعنى انه موضوع لها، و أما الملكية فى اعتبار المتبايعين فهى عين النقل

و التملك لا انها اثره، فان ايجاد الملكية اعتبارا و وجودها كذلك متحدان بالذات و مختلفان بالاعتبار، و عليه فان اريد من الانتقال فى التعريف الملكية فى نظر المتبايعين لا يرد عليه شىء من هذه الايرادات، و ان اريد به الملكية فى اعتبار العقلاء أو الشارع، فيرد عليه الايراد الأول و الثالث دون الثانى كما لا يخفى. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤

عدل آخرون الى تعريفه بالايجاب و القبول الدالين على الانتقال (١) و حيث ان البيع من مقوله المعنى دون اللفظ مجردا أو بشرط قصد المعنى و الا لم يعقل انشاؤه باللفظ (٢) عدل جامع المقاصد الى تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة (٣)

فالأولى ان يورد على هذا التعريف: بان البيع بما له من المعنى المرتكز فى الازهان قائم بالبائع لا بالعوضين، و لانتقال قائم بهما، مع انه لا يعتبر الرضا فى مفهوم البيع و الا لم يكن بيع المكره و بيع غير المقذور على تسليمه يباع. (١) هذا هو التعريف الثانى و عن المشهور و هو تعريفه بالعقد المركب من الايجاب و القبول الدالين على الانتقال. و عن العلامة دعوى الاجماع عليه.

و اورد عليه صاحب الجواهر قدس سره: بان اللفظ من مقوله الكيف و البيع فعل و المقولات العشر متباينات لا يصدق بعضها على بعض.

و فيه: ان البيع فعل عرفى لا مقولى كالتكلم الذى هو من مقوله الكيف.

(٢) وارد عليه فى المتن بان البيع من مقوله المعنى دون اللفظ و الا لم يعقل انشاؤه باللفظ، و مراده بذلك: ان البيع - بحسب المرتكز العرفى - هو النقل و التملك الخارجى لا الوجود اللفظى للانشاء، و الا لما كان معنى لانشاءه، بل كان اظهاره اخبارا لا إنشاء و ظاهر التعريف المذكور بقرينة توصيف الايجاب و القبول بالدلالة ارادة الوجود اللفظى منهما.

و بهذا البيان ظهر اندفاع ما اورد على المصنف قدس سره بان البيع ليس من مقوله المعنى و الا لزم كونه كلاما نفسيا، إذ لا يعقل كونه من مقوله المعنى الا جعله من باب النقل القلبي و هو راجع الى الكلام النفسى، و قد بين فى محله بطلان الكلام النفسى.

و يرد على هذا التعريف - مضافا الى ذلك - ان البيع على ما يظهر من مشتقاته قائم بالبائع لا به و بالمشتري معا.

(٣) الثالث: ما فى جامع المقاصد من تعريفه بنقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٥

و يرد عليه مع ان النقل ليس مرادفا للبيع، (١) و لذا صرح فى التذكرة بأن ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت و جعله من الكنايات و ان المعاطاة عنده بيع مع حلوها عن الصيغة (٢) ان النقل بالصيغة ايضا لا يعقل انشاءه بالصيغة (٣) و لا يندفع هذا بان المراد ان البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغة فجعله مدلول الصيغة اشارة الى تعيين ذلك الفرد من النقل لا انه مأخوذ فى مفهومه حتى يكون مدلول بيعت نقلت بالصيغة لأنه ان اريد بالصيغة خصوص بيعت لزم الدور لان المقصود معرفة مادة بيعت و ان اريد بها ما يشمل ملكت و جب الاقتصار على

و اورد عليه المصنف بايرادات.

(١) احدها ان النقل ليس مرادفا للبيع.

و اجاب عنه المحقق الايروانى قدس سره: بانه بعد تقييد النقل فى التعريف بان يكون بالصيغة المخصوصة لا وجه لهذا الايراد.

الظاهر انه تخيل ان مراد المصنف قدس سره من الايراد اعمية النقل عن البيع، فأجاب عنه بذلك، و الظاهر انه يريد تغاير البيع و النقل مفهومهما، فان البيع إذا كان بمعنى التملك يكون عبارة عن التسليط، و لازم ذلك إذا كان الشىء مملوكا له هو النقل نظير ان المشى

مغاير للنقل و الانتقال فى المكان، لكنه لازم لهما مع انه ليس لازمه دائما، فان تمليك عمل الحر يكون بيعا و لا نقل لعدم كونه مالكا له قبله، و بيع الكلى فى الذمة يصح و لا نقل هناك، فهذا الايراد تام. نعم اذا كان المقصود الاشارة الى المعاملة المتداولة كى يكون التعريف لفظيا صح ذلك فانه يكفى فيه الملازمة الغالبية.

(٢) ثانيها: ان المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة.

و يمكن الجواب عنه: بان مراد المحقق قدس سره ليس دخل هذا القيد فى حقيقة البيع بل الاشارة به الى سنخ النقل، و عليه فلا تضر اخصيته.

(٣) ثالثها: انه ان اريد دخل هذا القيد فى ماهية البيع. يرد عليه: ان النقل بالصيغة لا يعقل انشاؤه بالصيغة، و ان اريد به الاشارة الى النقل الخاص يرد عليه: أنه ان اريد بالصيغة خصوص بعت لزم الدور، و ان اريد بها غير بعت من سائر الصيغ لزم الاقتصار على سائر الصيغ غير بعت.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦

مجرد التمليك و النقل.

فالأولى تعريفه بأنه انشاء تمليك عين بمال (١)

اشارة

و لا يلزم عليه شىء مما تقدم.

نعم يبقى عليه امور:

اشارة

و فيه: ان الظاهر ان مراده هو الشق الثانى، و عليه فيمكن ارادة الجامع بين صيغة بعت و غيرها من الصيغ من الصيغة، و لا يلزم محذور الدور لانه مع سعة دائرة الكاشف لا يلزم دور، و لا محذور لزوم الاقتصار. فالعمدة الاشكال الأول.

(١) الرابع: ما فى المتن من تعريفه: بانه انشاء تمليك عين بمال.

و ترد عليه امور:

احدها: ما عن المحقق الخراسانى قدس سره من: ان التمليك الانشائى إذا كان مادة بعت فلا يعقل انشاؤه بالصيغة، إذ القابل للوجود الانشائى نفس المعنى لا الموجود الانشائى.

ثانيها: ان هذا التعريف يصدق على الشراء ايضا لشموله للانشاء الصريح و الضمنى، مع ان مقصوده الصريح خاصة.

ثالثها: ما افاده بعض المحققين قدس سره من: ان ظاهر هذا التعريف تعلق الجار بالتمليك،

فيكون هو تعريفا للهبه المعوضة، فان العوض فيها للفعل و هو التمليك لا للعين، و فى البيع يكون العوض عوضا لما تعلق به التمليك.

رابعها: انه لا يمكن الالتزام بالتمليك فى جملة من الموارد: منها: اشتراء آلات المسجد من غلة العين الموقوفة عليه، فانه لا يملكها احد كما لا يملك الغلة.

و منها: انه لا يشمل بيع العبد ممن يعتق عليه، فانه ليس هناك تمليك و تملك و ذلك لوجهين:
الأول: انه إذا امتنع الملك الحقيقي شرعا أو عقلا لما كان فرق بين زمان طويل أو قصير، فلا يمكن الالتزام بحصول الملك آنا ما ثم
الانعتاق.

و دعوى انه يمكن الالتزام بالملك الحكمي،
مندفعة بان مرجع ذلك الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية، فان التزم بكونه يباع حقيقة لزم بطلان التعريف المذكور
و الا لزم بقاء العوضين على ملك مالهما لعدم المعاوضة الحقيقية.
الثاني: ان ظاهر الأدلة ترتب الانعتاق على نفس الشراء، فالالتزام بالملكية
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧

منها: انه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت

و الا لم يكن مرادفا له و يردده انه الحق كما سيجيء

و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه

لأن الانسان لا يملك ما لا على نفسه، (١) و فيه مع ما عرفت و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه (في ذمته) و رجوعه الى سقوطه
عنه (٢) نظير تملك ما هو مساو لما في ذمته و سقوطه بالتهاتر انه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغة و عرفا معنى غير
المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها من الالفاظ، و لذا قال فخر الدين ان معنى بعت في لغة العرب ملكت غيرى فإذا لم يعقل
ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها فلا يعقل البيع.

و منها: انه يشمل التمليك بالمعاطة

مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع على انها ليست ببيعا، و فيه ما سيجيء من كون المعاطاة بيعا لأن مراد النافين نفى صحته.

و لو آنا ما مناف لذلك.

و ما عن الجواهر من: ان الجمع بين هذه الأدلة و بين ما دل على عدم العتق الا في ملك يقتضى الالتزام بتقدم الملك على الانعتاق
تقدما ذاتيا.

يرد عليه: ان الملكية من الامور الاعتبارية و لا يعقل الاعتبار الا في الزمان،
فالملكية في غير الزمان مما لا نتقله.

(١) و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه، فان الانسان لا يملك ما لا على نفسه لعدم ترتب الاثر على هذه الملكية فيلغو
اعتبارها.

(٢) و ما ذكره قدس سره في الجواب عن ذلك من تعقل تملك ما في ذمته و رجوعه الى سقوطه عنه،
غير تام، فان السقوط ان كان لاجل ما اشرنا إليه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء و ان كان لكونه اثر تلك
الملكية فيرد عليه: ان ثبوت الشيء لا يكون علته لسقوطه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨

و منها: صدقه على الشراء،

فان المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع و فيه ان التمليك فيه ضمنى (١) و انما حقيقته التملك بعوض، و لذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدم على الايجاب أو تأخر، و به يظهر اندفاع الايراد بانتفاضة بمستأجر العين (٢) حيث ان الاستئجار يتضمن تمليك العين بمال اعنى المنفعة

و منها انتفاض طرده بالصلح على العين بمال و بالهبة المعوضة.

و فيه ان حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليس هو التمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الاصلى هو التسالم. (٣) و لذا لا يتعدى بنفسه الى المال. نعم هو متضمن

(١) قوله و فيه ان التمليك فيه ضمنى و انما حقيقته التملك بعوض.

و فيه ان الشراء حقيقته ليس هو اعطاء شىء بازاء شىء الذى هو حقيقة البيع، كما مر، و لا إنشاء تمليك عين بمال الذى هو البيع عنده، بل الشراء مطاوعة لذلك، و الذى يوجب ملكية المعوض للمشتري و العوض للبائع انما هو فعل البائع الذى تعلق به القبول (٢) و أما الاجارة: فقد فرق المصنف قدس سره بينها و بين البيع بان البيع تمليك العين بعوض و الاجارة تمليك المنفعة به، و لكن على القول بصحة جعل المعوض فى البيع منفعة لا بد من بيان فرق آخر بينهما و قد يقال: ان الفرق بينهما انما يكون فى ان البيع يتعلق بكل من العين و المنفعة، و إذا تعلق بالعين يكون اثره ملكيتها فيما يكون قابلا لذلك، و هذا بخلاف الاجارة فانها تتعلق بالعين خاصة و اثرها نقل المنافع.

توضيحه، ان من ملك شيئا ملك منافعه بالتبع و يكون له حق القبض على العين لاستيفاء المنافع، فالبيع انما هو اعطاء للعين أو المنفعة بازاء العوض، و أما الاجارة فانما هى لنقل ذلك الحق، بمعنى انها تتعلق بالعين لنقل ذلك الحق. و تمام الكلام موكول الى محله. (٣) و أما الصلح: فالفرق بينه و بين البيع هو ما ذكره المصنف قدس سره من: ان حقيقة الصلح هو التسالم، و يكون متعلقه فى بعض الموارد ملكية العين أو المنفعة، و فى بعض الموارد غير ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٩

للتمليك إذا تعلق بعين (١) لا انه نفسه و الذى يدل ذلك على هذا ان الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة فيفيد التمليك و قد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو مجرد التسليط، و قد يتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط أو الانتقال. و قد يتعلق بتقرير امر بين المتصلحين، كما فى قول احد الشريكين لصاحبه صالحتك على ان يكون الربح لك و الخسران عليك، فيفيد مجرد التقرير فلو كانت حقيقة الصلح هى عين كل من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا و هو واضح البطلان فلم يبق الا ان يكون مفهومه معنى آخر و هو التسالم فيفيد فى كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه، فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و هو يتضمن التمليك لا ان مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقته هو انشاء التمليك و من هنا لم يكن طلبه من الخصم اقرارا له بخلاف طلب التمليك.

و أما الهبة المعوضة و المراد (٢) بها هنا ما اشترط فيها العوض فليست انشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة (٣) و الا- لم يعقل تملك احدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر.

و لا ايراد عليه سوى ما ذكره من

(١) انه إذا تعلق الصلح بالعين يكون متضمنا للتمليك،

فانه يرد عليه: انه لا يتعلق بالعين، بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه الا بفعل أو نتيجة كالملكية، و لذا لا يصح جعل مفعوله الثانى العين كما لا يخفى.

(٢) و أما الهبة المعوضة: فتتصور على وجوه:

الأول: ان يهب المال و يشترط على المتهب هبة شىء.

الثانى: ان يهبه المال و يكون داعيه هبة المتهب شيئاً.

الثالث: ان يهب المال و يشترط النتيجة، أى كون ذلك المال ملكاً له.

الرابع: ان يهبه بازاء ذلك الشىء.

الخامس: ما اضافه السيد الفقيه و هو: ان يهبه فى مقابل هبته، بحيث تكون المقابلة بين الهبتين و مقتضى المقابلة بطلان احد المتقابلين بفقد الآخر.

(٣) اما فى الوجه الاول و الثانى: فيكون اعطاء المال اعطاء لا يازاء شىء بل مجاناً،

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠

مع ان ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب بالهبة بل غاية الأمر ان المتهب لو لم يؤد العوض، كان للواهب الرجوع

فى هبته. فالظاهر ان التعويض المشترط فى الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها فى كونه تمليكا مستقلاً (١)

يقصد به وقوعه عوضاً لا- ان حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فى كل من العوضين كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض الغير

المشترط فى ضمن الهبة الأولى،

فقد تحقق مما ذكرنا ان حقيقة تمليك العين بالعوض ليست الا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا، كان بيعاً و لا يصح صلحاً و لا هبة

معوضة و ان قصدهما إذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً و لا- هبة فلا- يقعان به، نعم لو قلنا بوقوعها بغير الالفاظ

الصريحة توجه تحققهما مع قصدهما فما قيل من ان البيع هو الاصل فى تمليك الاعيان بالعوض فيقدم على الصلح و الهبة المعوضة

محل تأمل،

بل منع لما عرفت من ان تمليك الاعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم لو اتى بلفظ التمليك بالعوض و احتمل ارادة غير حقيقته كان

مقتضى الاصل اللفظى حمله على المعنى الحقيقى فيحكم بالبيع، لكن الظاهر ان الاصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم و

سيجىء توضيحه فى مسألة المعاطاء فى غير البيع ان شاء الله.

و الفرق بينها و بين البيع حينئذ واضح غاية الأمر فى الصورة الأولى إذا لم يهب المتهب ذلك الشىء يكون للواهب الخيار، و لا يكون

ذلك فى الصورة الثانية.

و أما فى الوجه الثالث: فان قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام،

(١) و ان قلنا بصحته فذلك الشىء و ان كان يصير ملكاً له الا انه للشرط لا لعقد الهبة و المال الموهوب انما يعطى مجاناً لا يازاء

شىء، و هذا بخلاف البيع.

و أما فى الوجه الرابع: فهو بيع حقيقة بلسان الهبة، و سيأتى الكلام فى انه هل يصح البيع بلسان الهبة ام لا.

و أما فى الوجه الخامس: فقد افاد السيد قدس سره فى الفرق بينها و بين البيع: ان فى البيع المقابلة انما تكون بين المالىين، و فى هذه

الهبة تكون بين الفعلين.

و ما ذكره من الفرق على تقدير صحة هذه الهبة متين، الا ان الكلام فى صحتها، و ذلك لانه ان اريد بها تعليق هبته على هبة الآخر،

فلو لم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١

بقي القرض داخلا في ظاهر الحد و يمكن اخراجه بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة (١) لا معاوضة للعين بهما و لذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة (٢)

الطرف ايضا لتقيدها بهبة الآخر، فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه.

و ان اريد بها انه يملك هبته في مقابل تملك هبة الآخر فيرد عليه: ان في الهبة التمليك انما يتعلق بالمال و ليس هناك تمليك متعلق بهذا العمل من الحر، نعم يصح ذلك فيما إذا وقع عقد آخر على هذا العمل بحيث صار مملوكا بواسطة عقد آخر، و لكنه خارج عن المقام.

(١) و أما القرض: فقد فرق المصنف قدس سره بينه و بين البيع بان القرض حقيقته ليست هي المعاوضة بل هي تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة.

و يرد عليه: ان التمليك المزبور لا يخلو عن أحد وجهين: اما ان يكون تمليكا بازاء بدله في الذمة، فهو معاوضة حقيقة، و أما ان يكون تمليكا مجانا و اشترط في ضمنه ان تكون الذمة مشغولة بالمثل أو القيمة، فهذا غير معقول، إذ مرجعه الى اشتراط ضمان الانسان لمال نفسه.

فالحق ان يقال: ان حقيقة القرض تمليك للعين - اي لخصوصيتها - مجانا و جعل لماليتها في الذمة، ففي الحقيقة هو ينحل الى انشاءين: تمليك مجاني بالنسبة الى العين، و تضمين لمالية العين و استثمار لها في ذمة المقترض الى اجل معين: و عليه فالفرق بينه و بين البيع في غاية الوضوح.

و أما ما استشهد به المصنف قدس سره لعدم كون القرض من المعاوضات فهي امور:

(٢) منها: قوله لا يجرى فيه ربا المعاوضة.

و ذكر السيد قدس سره في بيان مراد المصنف قدس سره: انه لا- يشترط في تحقق الربا فيه ما يعتبر في تحققه في سائر المعاوضات من اشتراط كون العوضين من المكيل و الموزون و كونها من جنس واحد بل يجرى فيه مطلقا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢

و لا الغرر المنفى فيهما (١) و لا ذكر العوض (٢) و لا العلم به (٣) فتأمل. ثم ان ما ذكرنا تعريف للبيع المأخوذ في صيغة بعت و غيره من المشتقات

و اورد عليه: بان سعة دائرة الربا فيه لدليل خاص لا تنافي كونه من المعاوضات.

لكن: الظاهر ان مراده عدم جريان الربا الذي يجرى في البيع في القرض، و ذلك في مثل بيع الريال الذي يساوي اربعة دراهم مثلا و يكون بحسب الوزن اكثر منها بها، فان ذلك ربا محرم و هذا لا يجرى في القرض فان من اقترض الريال له ان يؤدي اربعة دراهم و للمقرض اشتراط ذلك و ليس ذلك غير جائز، و السر فيه ما ذكرناه من ان حقيقة القرض تمليك للعين مجانا و استثمار للمالية في ذمة المقترض، فما في ذمته مالية الريال لا عينه و هي عين مالية اربعة دراهم فيجوز تطبيقها عليها.

(١) و منها: عدم جريان الغرر المنفى فيه.

و فيه: ان جماعة من الأصحاب صرحوا بلزوم العلم بمقدار العين المقترضة و انه لا يجوز بالمكيال المجهول، و جماعة اخرى و ان كان ظاهرهم على ما عن الجواهر عدم اعتبار ذلك الا ان جريان الغرر في مطلق المعاوضات ليس متفقا عليه، فهذا لا يكون شاهدا على عدم كونه من المعاوضات عندهم.

(٢) و منها: عدم لزوم ذكر العوض فيه، فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين في مقام انشاء المعاوضة.

(٣) و منها: عدم لزوم العلم بالعوض، مع انه في المعاوضات لا بد من العلم به.

و اورد عليه و على سابقه: بان العين المقترضة اما ان تكون من المثليات أو تكون من القيميات، و على كل حال العوض معلوم و لا يحتاج الى الذكر.

و فيه: اولاً: ان بعض الاشياء ربما لا يعلم الانسان حين القرض انه مثلى أو قيمى فيقترض المال و يستعلم الحال قبل الاداء.

و ثانياً: انه ربما يعلم انه قيمى و لكن لا يعلم مقدار القيمة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٣

و يظهر فى بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان اخر غير ما ذكر (١)

احدها: التملك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري

و إليه نظر بعض مشايخنا حيث اخذ قيد التعقب بالقبول فى تعريف البيع المصطلح، و لعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ بل و صحه السلب عن المجرد، و لهذا لا يقال باع فلان ماله الا بعد ان يكون قد اشتراه غيره، و يستفاد من قول القائل بعث مالى انه اشتراه غيره، لا انه اوجب البيع فقط

الثانى: الأثر الحاصل من الايجاب و القبول و هو الانتقال

كما يظهر من المبسوط و غيره

الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول

و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد،

لا يعتبر تعقب القبول فى صدق البيع

(١) التنبيه الثانى: قال المصنف قدس سره: و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان اخر لا يخفى انه لم يظهر لنا وجه ما صنعه المصنف قدس سره فى المقام حيث ذكر اولاً تعريف المصباح و انتقل الى بيان امور اخر ثم عاد إليه بذكر سائر التعاريف، ثم كرر العود إليه فى هذا الموضوع، مع ان ما ذكره هنا بعينه ما تقدم من المعانى.

و لكن الذى يهمنى فى المقام بيان انه هل يعتبر فى صدق البيع تعقب القبول ام لا؟ و فيه اقوال:

الأول: ما فى المتن و هو: عدم اعتباره، و تبعه المحقق النائينى قدس سره.

الثانى: اعتباره اما بكونه اسماً لمجموع أو فعل البائع بشرط التعاقب على نحو الشرط المتأخر، اختاره السيد و المحقق الايروانى.

الثالث: اعتبار قابليته لتعقب القبول، اختاره بعض مشايخنا المحققين.

و الأظهر هو الأول، و ذلك يظهر من ملاحظة انشاء البائع، فانه إذا قال بعث اظهر بذلك اعتبار نفسه، و المشتري انما يقبل ذلك لا ان

فعله دخيل في ما ينشؤه البائع، هذا مضافا الى ملاحظة سائر مشتقاته كالبائع وغيره، مع انه لو نذر ان يبيع داره صح هذا النذر، و لو كان البيع فعل المجموع أو فعل البائع بشرط التعقب بالقبول لما صح منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤

قال: بل الظاهر اتفاقهم على ارادة هذا المعنى في عناوين ابواب المعاملات (١) حتى الاجارة و شبهها التي ليست هي في الأصل اسما لأحد طرفي العقد.

[المناقشة في هذه الاستعمالات]

اقول: اما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول فالظاهر انه ليس مقابلا للأول و انما هو فرد انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة على ارادة الايجاب المثمر إذ لا ثمرة في الايجاب المجرد فقول المخبر بعث انما اراد الايجاب المقيد، فالقيد مستفاد من الخارج لا أن البيع مستعمل في الايجاب المتعقب للقبول، و كذلك لفظ النقل (٢) و الا بدال و التمليك و شبهها مع انه لم يقل احد بأن تعقب القبول له دخل في معناها. نعم تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل إذ التأثير لا ينفك عن الأثر فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الايجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار كما تخيله بعض فتأمل. و منه يظهر ضعف اخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلا عن ان يجعل احد معانيها.

لكون جزء المنذور أو شرطه خارجا عن تحت القدرة و يؤيده قوله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار «١» إذ لو كان البيع اسما لفعل المجموع لما كانا يبيعين بل كانا معا بائعا.

(١) قوله بل الظاهر اتفاقهم على ارادة هذا المعنى في عناوين انواع المعاملات بل الظاهر عدمه فان مورد البحث في تلك الابواب نفس المعاملات و لذا يعنونون اعتبار الايجاب و القبول و يقولون، يعتبر في البيع الايجاب و القبول و لو كان مرادهم منه العقد كان هذا التعبير من الفساد بمكان- و سيصرح المصنف قدس سره بعد اسطر بخلاف ذلك- و يقول و الحاصل ان البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر الخ.

(٢) قوله و كذلك لفظ النقل النقل و التمليك انما هما للمعنى الجامع بين النقل بعوض أو مجانا- فعدم اعتبار القبول في صدقهما لا يلازم عدم اعتباره في البيع و قد استدلل للثاني:

بالتبادر، و بصحة السلب عن المجرد، و لهذا لا يقال باع فلان ماله الا بعد ما اشتراه غيره،

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥

و أما البيع بمعنى الاثر و هو الانتقال فلم يوجد في اللغة و لا في العرف و انما وقع في تعريف جماعة تبعا للمبسوط و قد يوجه بان المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول اعنى المبيعية و هو تكلف حسن و أما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني بأن اطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية. (١) و الظاهر ان المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشاعر لأنه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من انه حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقف على شيء كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر بمجرد الأمر و ان لم يصر واجبا في الخارج في نظر غيره و إلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم لزم في الخارج في نظر غيره و إلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا يبيع بينهما أو اقاله في البيع و نحو ذلك.

و الحاصل ان البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع المتوقف على تحقق الايجاب و القبول،

فاضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية، و لذا يقال انعقد البيع، و لا ينعقد البيع، ثم ان الشهيد الثانى نص فى

و بان البيع من العقود و لو تحقق البيع بمجرد انشاء البائع لزم كونه ايقاعا و باستعماله فى المتعقب بالقبول فى النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا يبيع بينهما أو اقاله البيع أو نحو ذلك.

و فى كل نظر اما الأولان: فلأن التبادر و صحة السلب انما يتمان فى مثل بعث دارى فى مقام الاخبار الذى قامت القرينة على كونه لبيان البيع المثمر، و لا يتمان فى غير هذا المورد.

و أما الثالث: فلأن العقد و الايقاع اصطلاحان، و المراد بالأول ما يعتبر فيه القبول، و بالثانى ما لا يعتبر، و لا كلام فى اعتباره فى صحة البيع و ترتب الاثر عليه.

و أما الرابع: فلأن الاستعمال اعم من الحقيقة، لا سيما مع قيام القرينة على ارادة موضوع الأثر.

(١) قوله لعلاقة السببية قد مر فى اول الكتاب ما فى اطلاق السبب و المسبب فى باب المعاملات و ان ذلك بمعزل عن الصواب فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٦

كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح (١) مجاز فى الفاسد لوجود خواص الحقيقة و المجاز كالتبادر و صحة السلب (٢) قال: و من ثم حمل الاقرار به عليه (٣) حتى لو ادعى ارادة الفاسد لم يسمع اجماعا، و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لقبل تفسيره باحدهما كغيره من الالفاظ المشتركة و انقسامه الى الصحيح و الفاسد اعم من الحقيقة، انتهى.

و قد استدلل للثالث: بان البيع اسم للصحيح العرفى، و الصحيح العرفى فى اجزاء السبب ما كان قابلا لان يلتزم منه المجموع، فيكون البيع معناه انشاء التمليك القابل للحقوق القبول.

و فيه ما سيأتى من فساد المبنى و ان البيع ليس موضوعا للصحيح العرفى، فالحق عدم اعتباره فى مفهوم البيع لا بنحو الجزئية و لا بنحو الشرطية.

نعم هو معتبر فى صحة البيع عرفا و شرعا.

البيع حقيقة فى الصحيح أو الأعم

إشارة

(١) قوله ثم ان الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح.

هذا هو التنبية الثالث و الكلام فيه يقع فى مقامين الاول فى بيان ما افاده المصنف قدس سره فى المقام الثانى فى بيان ما هو الحق و قبل التعرض للبحث فى المقامين لا بأس بالتعرض لما افاده الشهيدان

(٢) قوله و صحة السلب الموجود فى المسالك و عدم صحة السلب فيرد عليه مضافا الى ما تقدم انه لا كلام فى عدم صحة سلبه عن

الصحيح انما الكلام فى اختصاصه به.

(٣) قوله و من ثم حمل الاقرار به عليه.

و الظاهر ان السر فيه ظهور حال المسلم فى عدم اختيار الفاسد لا وضع البيع لذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧

و قال الشهيد الأول فى قواعد الماهيات الجعليه كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا يطلق على الفاسد (١) الا الحج لوجوب المضى فيه، و ظاهره ارادة الاطلاق الحقيقى و يشكل ما ذكره بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو احل الله البيع و اطلاقات أدلة سائر العقود فى مقام الشك فى اعتبار شىء فيها مع أن سيرة علماء الاسلام التمسك بها فى هذه المقامات. نعم يمكن ان يقال

(١) قوله قال الشهيد الاول... لا يطلق على الفاسد يمكن توجيه كلامه قده بقرينه ما فى ذيله فلو حلف على ترك الصلاة و الصوم اكتفى بمسمى الصحة و هو الدخول فيها، فلو افسدها بعد ذلك لم يزل الحنث، و يحتمل عدمه لانه لا يسمى صلاة شرعا و لا صوما مع الفساد، و أما لو تحرم فى الصلاة، أو دخل فى الصوم مع مانع من الدخول لم يحنث قطعا- بانه قده ليس فى مقام بيان المفاهيم و انها موضوعة للصحيحة، حتى يرد عليه ما تقدم، بل فى مقام بيان ان ما يتعلق به النذر انما هو الصحيح و انه لا ينذر الا ان لا يصلى صلاة صحيحة، و ان لا يبيع بالصحيح الشرعى، و انه بعد الفراغ عن ذلك يفصل بين ما هو الفاسد من الاول، و بين ما لو انعقد صحيحا ثم افسد فى الاثناء.

اما المقام الأول: فقد يقال: ان الفاظ المعاملات من البيع و غيره اسام للصحيحة و انما تستعمل فى غيرها مجازا.

و اورد عليه بايرادين:

الأول: ان لازم ذلك الالتزام بالحقيقة الشرعية فى المعاملات، مع انه بالبدهة ليس كذلك، كيف و قد كان الشارع المقدس يستعمل اسامها فيما كان يستعمل فيه العرف و لم يصرح فى مورد يكون مراده غير ما يفهمه العرف.

الثانى: ان لازم ذلك عدم جواز التمسك باطلاقات ادلة العقود ك (أحل الله البيع) «١» و نحوه لنفى اعتبار ما شك فى اعتباره فيها، إذ مع الشك المزبور لا محالة يشك

(١) البقرة: ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٨

ان البيع و شبهه فى العرف إذا استعمل فى الحاصل من المصدر (١) الذى يراد من قول القائل بعت عند الانشاء لا يستعمل حقيقة الا فيما كان صحيحا مؤثرا و لو فى نظرهم. ثم إذا كان مؤثرا فى نظر الشارع كان يباع عنده و الا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف فالبيع الذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعت عند العرف و الشرع حقيقة فى الصحيح المفيد للأثر و مجاز فى غيره، الا ان الافادة و ثبوت الفائدة مختلف فى نظر العرف و الشرع. و أما وجه تمسك العلماء باطلاق ادلة البيع و نحوه.

فى صدق الموضوع، و معه لا مجال للتمسك بالاطلاق مع ان سيرة علماء الاسلام على التمسك به فى هذه المقامات.

(١) و اجاب المصنف قدس سره عن الاول: بان البيع أو شبهه فى العرف إذا استعمل فى الحاصل من المصدر- اى المسبب و المنشأ- لا يستعمل الا فيما هو مؤثر و صحيح و لو فى نظرهم،

ثم إذا كان مؤثرا عند الشارع كان يباع عنده ايضا و الا كان صورة بيع، فالموضوع له انما هو الصحيح المفيد للأثر، و لا اختلاف فى

هذا المفهوم بين العرف و الشرع، و انما الاختلاف فى المصداق، فان اهل العرف يرون بعض البيوع مفيدا مؤثرا و الشارع لا يراه كذلك.

لا يقال ان تخطئة الشارع العرف انما تتصور فيما له واقع فى عالم العين و الوجود، و لا تتصور فيما لا واقع محفوظ له و كان فى ذاته مختلفا باختلاف الانظار كالبيع، فانه ان كان موضوعا لاعتبار الملكية فى نظر العرف و ان لم يعتبرها الشارع كان موضوعا للاعام،

و ان كان موضوعا لاعتبارها فى نظر الشارع عاد المحذور، و على اى تقدير لا معنى للتخطئة المذكورة. فانه يتوجه عليه: ان اعتبار الملكية كان المعبر هو العقلاء أو الشارع انما يكون عن مصلحة داعية إليه، و اهل العرف ربما يعتقدون وجودها فيعتبرون الملكية و الشارع المقدس يخطأهم فى ذلك لكونه محيطا بالواقعيات، و يرى انه ليس فى هذا الاعتبار منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩

فلان الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع، و شبهه فى الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف (١) أو على المصدر الذى يراد من لفظ بيع (٢) فيستدل باطلاق الحكم بحله أو بوجود الوفاء على كونه مؤثرا فى نظر الشارع ايضا فتأمل. فان للكلام محلا آخر.

مصلحة غير مزاحمة بالمفسدة كما فى بيع الربوى، فالتخطئة انما تكون فى المنشأ للاعتبار.

و اجاب قدس سره عن الايراد الثانى بوجهين

(١) احدهما: ان البيع و ان كان موضوعا للصحيح المؤثر الا ان المخاطب بالخطابات الشرعية بما انه اهل العرف فيحمل دليل امضاء البيع على امضاء ما هو الصحيح المؤثر عندهم، و لو كان مراده خلاف ما عليه العرف لزم عليه نصب القرينة، فمع عدمه يكون الموضوع هو البيع الصحيح عند العرف. و هذا التقريب لا دخل له بتخطئة الشارع نظر العرف أو تصويبه، إذ صريح عبارته ان الموضوع هو الصحيح المؤثر عند العرف. فلاحظ.

(٢) ثانيهما: حمل لفظ البيع أو شبهه الواقع فى ادلة الامضاء على المصدر الذى يراد من لفظ بيع اى انشاء تمليك عين بعوض، الذى هو فعل الموجب، و اختاره فى تعريف البيع، فإذا حكم الشارع عليه بالحل أو بوجود الوفاء يستكشف منه كونه مؤثرا فى نظر الشارع، و الا لما كان له حلية و لا وجوب الوفاء، و مقتضى اطلاقه كون انشاء النقل يوجب النقل شرعا. هذا محصل كلامه بتوضيح منا.

و المحقق النائنى قدس سره اورد على ما ذكره ثانيا فى وجه التمسك بالاطلاق: بان المطلقات الواردة فى الكتاب و السنة كلها واردة فى مقام امضاء المسببات دون الاسباب لانها اسام للمسيبات و اورد على ما ذكره اولاً: بانه إذا كان الدليل واردا فى مقام امضاء المسببات- اى المعاملات الرائجة عند العرف كالزوجة و المبادلة مع قطع النظر عن الاسباب التى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٠

...

يتوسل بها إليها- فلا يدل على امضاء الاسباب.

و بعبارة اخرى: المسبب له وجود غير وجود السبب، فامضاؤه لا يكون امضاء للسبب، نعم إذا لم يكن له سبب متيقن اصلا لا محالة يكون امضاؤه امضاء له و الا يلزم اللغوية، و فى المقام السبب المتيقن موجود كما هو واضح.

و دعوى ان اهل العرف حيث يرون حصول المسبب بسبب معين عندهم فامضاء المسبب يستلزم امضاء السبب.

مندفعة بان المتبع هو انظار اهل العرف فى تعيين المفاهيم لا فى التطبيق، فهم و ان رأوا حصول المسبب عند وجود امر خاص الا ان

امضاء المسبب لا دليل على كونه امضاء لنظرهم في التطبيق ايضا.

ولكن: يمكن دفع الثاني: بان مقتضى اطلاق دليل المسبب الافرادى امضاء كل فرد من افراد المسبب عند العرف، و لازم ذلك امضاء كل سبب يتسبب به إليه و الا كان اطلاق دليل المسبب مقيدا بغير ما حصل من ذلك السبب الذى يشكك فى امضائه، و لعله الى هذا يرجع ما نقله قدس سره عن التقريرات و ذكرناه بقولنا: و دعوى و عليه فهو حق و لكن الذى يرد عليه: ما تقدم فى أول الكتاب من أن ما هو المعروف من كون الانشاء عبارة عن ايجاد امر باللفظ أو شبهه مما لا أساس له.

و اجاب المحقق النائيني قدس سره، عن الاشكال بوجه آخر و هو: ان نسبة صيغ العقود الى المعاملات ليست نسبة الاسباب الى المسببات، بل نسبتها إليها نسبة الآلة الى ذى الآلة، و الارادة متعلقة بنفس المعاملة ابتداء بدهاء ان الموجد للملكية ليس قول بعث نظير الالتقاء الموجد للاحراق، بل الموجد لها ارادة البائع، فإذا لم يكن من قبيل الاسباب و المسببات فليس هناك موجودان خارجيان حتى لا يكون امضاء احدهما امضاء للآخر،

بل الموجد واحد، غاية الأمر انه باختلاف الآلة ينقسم الى اقسام عديدة، فإذا كان المتكلم فى مقام البيان و لم يقيد بنوع خاص يستكشف منه عمومه لجميع الانواع.

وفيه: مضافا الى ضعف المبنى لما اشرنا إليه فى اول الكتاب: ان وجود ذى الآلة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١

...

مغاير مع وجود الآلة بالوجدان، و الارادة و ان تعلقت حين البيع بذى الآلة ابتداء و بالآلة تتعلق تبعا الا انه فى مقام الجعل، لا بد من لحاظ الآلة مستقلا كى يرى صلاحية كل آلة عرفية لذلك أو آلة خاصة، و عليه فإذا كان الاطلاق مسوقا لبيان امضاء ذى الآلة لا يصح التمسك بالاطلاق لصلاحية كل آلة لذلك الا بالتقريب الذى ذكرناه، فلا فرق بين كونها من قبيل الاسباب و المسببات أو الآلة و ذى الآلة.

و أما المقام الثانى: فالكلام فيه يقع فى موضعين الأول: فى ان الفاظ المعاملات اسام للصحيحة أو الأعم.

الثانى: فى التمسك باطلاقات ادلة الامضاء.

اما الموضع الأول: فقد يقال - كما عن جملة من المحققين منهم المحقق الخراسانى قدس سره و المحقق النائيني -: انها ان كانت موضوعة للمسببات لا مجال للنزاع المذكور، إذ لو كانت اسامى للمسببات لا تتصف الا بالوجود و العدم دون الصحة و الفساد.

ولكن الحق فى المقام ان الصحة و الفساد لا يتصف بهما الا الموجود الخارجى، و اتصافه بهما انما يكون بلحاظ انطباقه على ما اخذ طرفا للحكم أو الاعتبار الشرعى و عدمه، و عليه فالمسببات ايضا تتصف بهما و ذلك لان فى باب المعاملات كالباع امورا اربعة: احدها: اعتبار المتعاملين للملكية.

ثانيها: اعتبار العقلاء و امضائهم لذلك.

ثالثها: اعتبار الشارع اياها.

رابعها: اظهار ذلك الأمر النفسانى بمظهر خارجى.

و لا ريب فى انها ان كانت اسامى للمسببات تكون اسامى للاعتبارات

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢

...

الصادرة من المتعاملين لا- الصادرة من العقلاء و الشارع، مثلا البيع اسم لفعل البائع و لا يطلق على الشارع و العقلاء البائع، و حيث ان الشارع المقدس لم يعتبر الملكية في كل مورد اعتبرها المتعاملان بل في بعض مواردھا- كما إذا كان مظهرا بلفظ أو غيره من المظاهرات الخارجية و كان المعتبر غير محجور عليه و غير ذلك من الخصوصيات- فكل اعتبار خارجي شخصي ان كان منطبقا على ما هو موضوع للاعتبار الشرعي و طرف له فهو صحيح، و الا فهو فاسد،

فالمعاملات و ان كانت اسامي للمسببات تتصف بالصحة و الفساد ايضا، و قد مر ان البيع اسم للمسبب، اي الاعتبار الصادر من البائع. الظاهر كونه اسما للاعم لا لخصوص الصحيح بالمعنى المتقدم، فان الصحة انما تنتزع عن مطابقتها المأتمى به لما هو طرف الاعتبار، فهي متأخرة عن الامضاء، فكيف يمكن اخذها في المرتبة السابقة عليه- فتدبر- فانه يمكن ان يقال بوضعها للخصص الخاصة الملازمة للامضاء الشرعي، مع ان المعاملات امور عرفية امضاها الشارع الاقدس و ضروري انه لم يتصرف في وضعها و لم يستعملها في غير ما وضعت تلك الالفاظ له في العرف، بل استعملها في معانيها، غاية الأمر اعتبار في امضائها قيودا.

التمسك بالاطلاق [إمضاء كل مظهر]

و أما الموضوع الثاني: فبناء على ما اخترناه من ان البيع مثلا اسم للاعتبار الصادر من المتعاملين و انه لا يعتبر في صدقه شيء آخر، و ان دعوى كون باب المعاملات من قبيل ايجاد امر باللفظ و نحوه فاسدة بل هي اعتبارات قائمة بالمتعاملين تظهر باللفظ و غيره منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣

...

□
الأظهر جواز التمسك باطلاقات ادلة امضاء كل ما هو مظهر لها، و ذلك لان ادلة امضاء المعاملات مثل قوله تعالى: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) «١» كما ان لكل واحد منها اطلاقا فراديا، و يدل على امضاء كل فرد من افراد البيع مثلا، كذلك له اطلاق احوالي، فمقتضى (أحل الله البيع)

امضاء كل فرد من افراد البيع في جميع حالاته، اي سواء ابرز بالعربي أو بالفارسي أو بغيرهما، و لازم ذلك امضاء كل مظهر. و لو تنزلنا عن ذلك و سملنا دخل شيء آخر غير الاعتبار القائم بالمتعاملين في المعاملات، و انه لا تصدق اساميا بمجرد تلك الاعتبارات، فلا يخلو ذلك من امور:

احدها: اعتبار امضاء العرف و العقلاء، بمعنى ان كل معاملة واقعة بين المتعاقدين مضاءة عند العرف فهي بيع أو غيره و الا فلا. ثانيها: اعتبار امضاء الشارع فيها.

ثالثها: اعتبار وجود المصلحة و المناسبة الواقعية، بمعنى ان كل معاملة واقعة عن المصلحة و المناسبة الواقعية فهي بيع أو غيره. رابعها: ان يكون البيع مثلا- موضوعا لأمر واقعي، و يكون نظر العرف و الشرع طريقا إليه، و عليه يكون النهي تخطئة للعرف في المصادق.

فلو كان المعتبر هو الأمر الأول، لو شك في دخالة شيء في امضاء العرف و العقلاء لما صح التمسك بالاطلاق لنفي اعتباره للشك في صدق الموضوع، و أما لو احرز ذلك و شك في دخالته في الامضاء الشرعي فيتمسك بالاطلاق لنفيه. و لو كان المعتبر هو الثاني لا يصح التمسك بالاطلاق لنفي اعتبار ما شك في اعتباره لا بالإطلاق اللفظي و لا بالإطلاق المقامي، اما الأول: فللشك في صدق الموضوع و أما الثاني فلو وجود القدر المتيقن في العلامات الرائجة عند العرف.

(١) البقرة ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤

الكلام في المعاطاة:

اعم ان المعاطاة على ما فسره جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر (١) و هو يتصور على وجهين:

احدهما: ان يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر الى تملكه.

الثاني: ان يتعاطيا على وجه التملك، وربما يذكر وجهان آخران:

و يمكن ان يكون اعتماد الشارع الاقدس عليه.

و لو كان المعتر هو احد الأخيرين يمكن التمسك بالاطلاق لنفى ما شك في اعتباره شرعا مع احراز عدم دخالته عرفا، بتقريب: ان للشارع جهتين: احدهما كونه مشرعا و جاعلا للاحكام، ثانيتهما: كونه من العرف و العقلاء، بل هو رئيسهم، فإذا قال احل الله البيع و لم يعين البيع الشرعى لا محالة يحمل على ارادة امضاء البيع العرفى، كما هو الشأن فى جميع المفاهيم الواقعة فى الادلة الشرعية، و عليه فيتمسك بالاطلاق لنفى اعتباره شرعا.

فتحصل مما ذكرناه: انه يصح التمسك بالاطلاق على جميع الوجوه و الاقوال الا- بناء على كون البيع و كذا غيره من المعاملات موضوعا للصحيح عند الشارع.

بيع المعاطاة

إشارة

المقصد الثاني فى المعاطاة:

(١) قال المصنف قدس سره: اعلم ان المعاطاة على ما فسره جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر لفظ المعاطاة لم يرد فى آية و لا رواية كى ينازع فى تعيين مفهومه، بل المراد بها البيع الذى ابرز بغير الصيغ المخصوصة من الافعال المقصود بها ابراز ذلك الاعتبار النفسانى و فيما ذكره قدس سره فى تعريفها مسامحة واضحة، إذ المعاطاة التى وقع النزاع فى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥

احدهما: ان يقع النقل من غير قصد البيع، و لا تصريح بالاباحة المزبورة بل يعطى شيئا ليتناول شيئا فدفعه الآخر إليه. (١) و الثانى: ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع و يرد الأول بامتناع خلو الدافع (الواقع) عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الاباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصة. (٢)

انها بيع صحيح لازم ام لا، لا يكون كلا طرفيها اعطاء الشىء عوضا، بل احدهما اعطاء بعوض، اى احد الشئيين عوض و الآخر معوض. و محل النزاع هو المعاطاة التى تتخلف عن البيع المنشأ باللفظ المخصوص فى الصيغة مع اشتغالها على جميع الجهات و الخصوصيات، و عليه فهى لا تتصور الا على وجه واحد و هو ما لو قصد بها التملك.

و أما المعاطاة بالمعنى الاوسع من ذلك فقد ذكروا انها تتصور على وجه:

احدها: ان يقصد بها التملك.

ثانيها: ان يقصد بها اباحة التصرفات.

(١) ثالثها: ما فى الجواهر و هو: ان يقع الفعل من المتعاطين من غير قصد البيع و لا تصريح بالاباحة، بل يعطى البقال مثلا شيئا ليتناول عوضه فيدفعه إليه.

(٢) و اورد عليه المصنف قده: بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الاباحة أو غير ذلك من العنوانات الخاصة. و لكن: الذى يظهر من كلام صاحب الجواهر قدس سره - بقرينه قوله فى ما بعد ذلك و لعل القائل باشتراط الصيغه فى البيع يشرعه ايضا على جهة الاباحة التى هى كالأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها محتاج الى قصد آخر بخلافها فانه يكفى فيها قصد هذا التسليط المطلق. انتهى ان مراده ان يقصد التسليط المطلق من دون ان يقصد شىء من الفصول الوجودية،

و نتيجة ذلك الاباحة المالكية، حيث انه يكون التسليط المطلق غير المتفصل

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٦

و الثانى: بما تقدم فى تعريف البيع من أن التملك بالعرض على وجه المبادلة هو (١) مفهوم البيع لا- غير. نعم يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود كبيع لبن الشاء مدة و غير ذلك كون التملك المطلق اعم من البيع، ثم ان المعروف بين علمائنا فى حكمها انها مفيدة لإباحة التصرف و يحصل الملك بتلف احدى العينين.

و عن المفيد و بعض العامة القول بكونها لازمة كالبيع و عن العلامة رحمه الله فى النهاية احتمال كونها بيعا فاسدا فى عدم افادتها لإباحة التصرف

يفصل وجودى هو الاباحة، لان فصلها امر عدمى و هو عدم قصد شىء من العناوين الخاصة من قبيل قطع اضافة الملك عن نفسه. و لكن يرد عليه: ان هذا يرجع الى الوجه الأول.

رابعها: ما فى الجواهر و هو: ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

(١) و يرد عليه: ما اوردته فى المتن من: ان التملك بالعرض هو حقيقة البيع لا شىء آخر.

خامسها: ما عن المحقق الرشتى - و قد ذكره فى توجيه الوجه الثالث المحكى عن الجواهر ردا على الشيخ قدس سره - قال:

و يمكن دفعه بان النقل فى المقام كاللفظ فى العقود قد يكون مسلوب المعنى، نعم لا بد فى الفعل الاختيارى من غرض، فإذا كان هو محض التوصل الى الآخر تم الفرض.

وفيه: ان هذا و ان كان يتصور فى اعطاء الظالم لدفع شره، فانه لا مبيع و لا مملك،

لكنه لا يتصور فى المعاطاة المعاملية.

سادسها: ما افاده بعض المحققين، و هو: ما اختلف فيه العوضان فى جهة التملك و الاباحة بان كانت الاباحة بازاء التملك.

سابعها: ان يقصد كل منها الاعراض عن ملكه بازاء اعراض صاحبه عن ملكه، و يملك كل منهما مال الآخر بالحيازة.

فتحصل: ان المعقول منها اربع صور.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٧

و لا- بد اولا من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة أو فى المقصود بها التملك (١) الظاهر من الخاصة و العامة هو المعنى الثانى، و حيث ان الحكم بالاباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا يجمع ظاهرا قصد التملك من المتعاطين نزل المحقق الكركى الاباحة فى كلامهم على الملك الجائز المترزل و انه يلزم بذهاب احدى العينين و حقق ذلك فى شرحه على القواعد و تعليقه على الارشاد بما لا مزيد عليه.

(١) قوله و لا بد اولا من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة أو فى المقصود بها التملك و قد عرفت ان محل النزاع

هو خصوص المعاطاة المقصود بها التمليك، و صاحب الجواهر ايضا لا ينكر ذلك و انما يدعى ان مورد النفي و الاثبات ليس شيئا واحدا بل المعاطاة- التي نفوا عنها افادة الملكية- هي ما قصد بها التمليك، و المعاطاة التي اثبتوا لها الافادة للاباحة هي ما قصد بها الاباحة.

و بالجملة: نزاع المعاطاة انما هو في المعاملات الرائجة عند العرف التي لا شبهة في ان المقصود بها التمليك، و مورد نزاع الفقهاء ايضا ذلك، فان كلماتهم كالصريحة في ان مورد النزاع هو ما يكون واجدا لجميع الجهات سوى الصيغة.

و ربما يقال: ان المعاطاة الرائجة بين الناس لا تسبب فيها الى شيء من الملكية و الاباحة، و ان انزاع المعاطاة بين العامة و الخاصة ان الخاصة يقولون انه يعتبر في انعقاد البيع الايجاب و القبول و لو بالفعل، و العامة يقولون انه ينعقد بمجرد التعاطى الخالى عن الانشاء، كما انه ينعقد بالانشاء.

اما دعواه ان المعاملة الرائجة هي ما لم يقصد فيها التمليك و نظرها بالتقابض الواقع بعد الصيغة فبيئة الفساد، يكذبها الوجدان، و أما دعوى ان نزاع الخاصة انما هو في ذلك فهي تندفع بملاحظة كلمات القوم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٨

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ الى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة (١) و رجح بقاء الاباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك. و نزل مورد حكم قدماء الاصحاب بالاباحة على هذا الوجه و طعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة، بقصد التمليك قائلا ان القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعظم الاصحاب و كبرائهم و الانصاف ان ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الاباحة بالملك المترزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الاصحاب مثل الشيخ في المبسوط و الخلاف و الحلى في السرائر و ابن زهرة في الغنية و الحلبى في الكافى و العلامة في التذكرة و غيرها بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف الا ان جعل محل النزاع ما إذا قصد الاباحة دون التمليك ابعد منه بل لا يكاد يوجد في كلام احد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى، و لننقل اولا

بقي الكلام في انه مع ظهور كلمات الاصحاب في ان المعاطاة التي قصد بها التمليك تفيد اباحة جميع التصرفات، لاحظ كلماتهم التي ذكرها المصنف في المتن و ستمر عليك فانك لا- ترتاب في ظهورها في ذلك افاد المحقق الكركي: ان مراد الأصحاب من الاباحة الملك المترزل

(١) و افاد صاحب الجواهر: ان مراد الاصحاب من المعاطاة المبيحة للتصرفات هي ما قصد به الاباحة لاما قصد به التمليك.

و الظاهر ان الذى اوجب التزامهما بما ذكرناه انه يلزم من التحفظ على ظواهر كلمات الفقهاء من كلتا الجهتين وقوع ما لم يقصد، و عدم وقوع ما قصد،

و بعبارة اخرى: تخلف العقود عن القصود بل قصد قطع اضافة الملكية عن نفسه ينافى بنفسه مع الاباحة المالكية- اى اباحة ملكه لغيره- و لذا قال صاحب الجواهر قدس سره:

ان القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعظم الاصحاب و لكن يمكن توجيه كلام المشهور و دفع الاستبعاد باحد وجهين نذكرهما بعد نقل كلمات القوم التي ذكرها المصنف قدس سره في الكتاب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٩

كلمات جماعة ممن ظفروا على كلماتهم ليظهر منه بعد تنزيل الاباحة على الملك المترزل كما صنعه المحقق الكركي و ابعديه جعل محل الكلام في كلمات قدمائنا الاعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد اباحة التصرفات دون التمليك.

فنقول: و بالله التوفيق قال في الخلاف: إذا دفع قطعة الى البقلى أو الشارب فقال اعطني بها بقبلا- أو ماء فاعطاه، فانه لا يكون يباعا

كذلك سائر المحقرات، و إنما يكون اباحة له فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفا مباحا من دون ان يكون ملكه، و فائدة ذلك ان البقلى إذا اراد ان يسترجع البقل أو اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعه كان لهما ذلك لأن الملك لم يحصل لهما، و به قال الشافعى و قال أبو حنيفة: يكون بيعا صحيحا و ان لم يوجد الايجاب و القبول و قال ذلك فى المحقرات دون غيرها، دليلنا ان العقد حكم شرعى و لا دلالة فى الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت.

و أما الاباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها انتهى. و لا يخفى صراحة هذا الكلام فى عدم حصول الملك. و فى ان محل الخلاف بينه و بين ابى حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة كما يظهر ايضا من بعض كتب الحنيفة حيث انه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال، قال و ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى و ايضا فتمسكه بأن العقد حكم شرعى يدل على عدم انتفاء قصد البيعية و الا لكان الاولى بل المتعين التعليل به إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفا لا معنى للتمسك بتوقيفية الاسباب الشرعية كما لا يخفى.

و قال فى السرائر بعد ذكر اعتبار الايجاب و القبول و اعتبار تقدم الاول على الثانى ما لفظه فإذا دفع قطعة الى البقلى أو الى الشارب فقال: اعطنى فانه لا يكون بيعا و لا عقدا لان الايجاب و القبول ما حصل، و كذلك سائر المحقرات و سائر الاشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان أو غير ذلك، و إنما يكون اباحة له فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه أو دخل فى ملكه و لكل منهما ان يرجع فيما بذله لأن الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما، و إنما ذلك، على جهة الاباحة انتهى فان تعليقه عدم الملك بعدم حصول الايجاب و القبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك مع

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥٠

ان ذكره فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا و لا ينافى ذلك قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة الخ، كما لا يخفى. و قال ابن زهرة فى الغنية بعد ذكر الايجاب و القبول فى عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى و معلومية العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه و اعتبرنا حصول الايجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الايجاب من البائع بأن يقول بعنيه بألف فيقول بعتك بألف فانه لا ينعقد بذلك بل لا بد ان يقول المشتري، بعد ذلك اشترت أو قبلت حتى ينعقد و احترازا ايضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو ان يدفع الى البقلى قطعة و يقول اعطنى بقلا فيعطيه، فان ذلك ليس بيع. و إنما هو اباحة للتصرف يدل على ما قلناه الاجماع المشار إليه و ايضا، فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به و ليس على صحته بما عداه دليل. و لما ذكرنا (من اعتبار الايجاب و القبول للفظيين) نهى صلى الله عليه و آله عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصاة على التأويل الآخر و معنى ذلك ان يجعل اللبس بشيء و النبذ له و القاء الحصاة بيعا موجبا، انتهى. فان دلالة هذا الكلام على ان المفروض قصد المتعاطين التمليك من وجوه متعددة منها ظهور ادلته الثلاثة فى ذلك، و منها احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد، و قال فى الكافى بعد ذكر انه يشترط فى صحة البيع امور ثمانية ما لفظه و اشترط الايجاب و القبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع الى ان قال: فان اختلف شرط من هذه لم ينعقد البيع، و لم يستحق التسليم و ان جاز التصرف مع اخلال بعضها للتراضى دون عقد البيع و يصح معه الرجوع انتهى.

و هو فى الظهور قريب من عبارة الغنية.

و قال المحقق رحمه الله فى الشرائع و لا- يكفى التقابض من غير لفظ و ان حصل من الامارات ما دل على ارادة البيع، انتهى. و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على انه لا عبرة بقصد البيع من الفعل، و قال فى التذكرة فى حكم الصيغة الأشهر عندنا انه لا بد منها فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقيقير مثل اعطنى بهذا الدينار ثوبا فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه و به قال الشافعى مطلقا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥١

لأصالة بقاء الملك و قصور الافعال عن الدلالة على المقاصد و عن بعض الحنفية و ابن شريح في الجليل، و قال احمد يعتقد مطلقا و نحوه قال مالك: فانه قال: يعتقد بما يعتقد (كذا في التذكرة) الناس بيعا، انتهى. و دلالة على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه ادونها جعل مالك موافقا لأحمد في الانعقاد من جهة انه قال يعتقد بما يعتقد الناس بيعا و قال الشهيد في قواعد بعد قوله قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي و ذكر امثلة لذلك ما لفظه. و أما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الاباحة لا الملك و ان كان في الحقيير عندنا انتهى و دلالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى هذا كله مع ان الواقع في ايدي الناس هي المعاطاة بقصد التملك و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس مع انهم صرحوا بارادة المعاملة المتعارفة بين الناس. ثم انك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك بل صراحة بعضها فالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد انهم ارادوا بالاباحة الملك المتزلزل فقال المعروف بين الاصحاب ان المعاطاة بيع و ان لم يكن كالعقد في اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد و لا يقول احد من الاصحاب بانها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية. و قد رجح عنه في كتبه المتأخرة عنها و قوله تعالى: احل الله البيع يتناولها لأنها بيع، بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها لأنهم يقولون هي بيع فاسد.

و قوله تعالى: (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) فانه عام الا ما اخرجه الدليل و ما يوجد في عبارة جمع من متأخري الاصحاب من انها تفيد الاباحة و تلزم بذهاب احدي العينين يريدون به عدم اللزوم في اول الامر و بالذهاب يتحقق اللزوم لامتناع ارادة الاباحة المجردة من اصل الملك إذ المقصود للمتعاطين انما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة، و لم يجز التصرف في العين و كافة الاصحاب على خلافه و ايضا فان الاباحة المحضة لا تقتضى الملك اصلا و رأسا فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده، و انما الافعال لما لم يكن دلالتها على المراد في الصراحة كالأقوال و انما تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التراد ما دام ممكنا فمع تلف احدي العينين يمتنع التراد و يتحقق اللزوم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٢

لأن احدهما في مقابل الآخر و يكفي تلف بعض احدي العينين لامتناع التراد في الباقي إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر، انتهى. و نحوه المحكى عنه في تعليقه على القواعد و زاد فيه ان مقصود المتعاطين اباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فان حصل مقصودهما ثبت ما قلنا و الا لوجب ان لا تحصل اباحة بالكلية بل يتعين الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل و عليه يتفرع النماء و جواز وطى الجارية و من منع فقد اغرب انتهى و الذي يقوى في النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و انهم يحكمون بالاباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التملك و ان الاباحة لم تحصل بانشائها ابتداء بل انما حصلت كما اعترف به في المسالك من استلزام اعطاء كل منهما سلطته عليها الأذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة.

و حاصله ان المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف إذ الاباحة ان كانت من المالك فالمفروض انه لم يصدر منه الا التملك و ان كانت من الشارع فليس عليها دليل و لم يشعر كلامهم بالاستناد الى نص في ذلك مع ان الغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيد جدا مع ان التأمل في كلامهم يعطى ارادة الاباحة المالكية لا الشرعية و يؤيد ارادة الملك ان ظاهر اطلاقهم اباحة التصرف شمولها للتصرفات التي لا تصح الا- من المالك كالوطى و العتق و البيع لنفسه و التزامهم حصول الملك مقارنة لهذه التصرفات، كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخيار أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع بعيد. و سيجيء ما ذكره بعض الاساطين من ان هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، لكن الانصاف ان القول بالتزامها لهذه الأمور اهن من توجيه كلماتهم، فان هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الاصل عدم الملكية و لم يساعد عليها دليل معتبر و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة

مع ان المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه فى خمس أو زكاة و كوطى الجارية، و مما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك انه قد صرح الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر كظاهر العلامة فى القواعد بعدم حصول الملك

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٥٣

باهداء الهدية بدون الايجاب و القبول و لو من الرسول. نعم يفيد ذلك اباحة التصرف لكن الشيخ استثنى و طى الجارية. ثم ان المعروف بين المتأخرين ان من قال بالاباحة المجردة فى المعاطاة قال: بأنها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة و معقد اجماع الغنية و ما بعد ما بينه و بين توجيه المحقق الثانى من ارادة نفى اللزوم و كلاهما خلاف الظاهر و يدفع الثانى تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات و تصريح غير واحد بأن الايجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة.

و أما الأول فان قلنا بأن البيع عند المتشعبة حقيقة فى الصحيح و لو بناء على ما قدمناه فى آخر تعريف البيع، من ان البيع فى العرف اسم للمؤثر منه فى النقل. فان كان فى نظر الشارع أو المتشعبة من حيث انهم متشعبة و متدينون بالشرع صحيحا مؤثرا فى الانتقال كان بيعا حقيقيا، و الا كان صوريا نظير بيع الهازل فى نظر العرف فيصح على ذلك نفى البيعة على وجه الحقيقة فى كلام كل من اعتبر فى صحته الصيغة أو فسره بالعقد لأنهم فى مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع إذا عرفت ما ذكرنا

و بعد ملاحظة كلمات القوم يمكن توجيه كلام المشهور و دفع الاستبعاد باحد وجهين احدهما: ما افاده المحقق الخراسانى قدس سره و هو: ان الأصحاب ملتزمون بالاباحة قبل التصرف المتوقف على الملك و قبل التلف- و الملكية بعد احدهما- و عليه فهم ملتزمون بافاداة المعاطاة المقصود بها الملكية الملكية غاية الأمر مشروطة بالتصرف أو التلف و يكون المقام نظير توقف الملكية فى باب الصرف على القبض، و انما يباح التصرف قبل حصول الملكية للسيرة، و على ذلك فلا يلزم تخلف العقود عن القصد، فان ما قصده المتعاملان يقع، و الاباحة ليست من مقتضيات العقد، بل مقتضاه الملكية، و انما يباح التصرف للسيرة.

ثانيهما: ان عدم تخلف العقود عن القصد ليس امرا لا يقبل التخصيص، فإذا حكم الشارع الأقدس بان ما قصده المتعاملان- و هى الملكية- لا يقع لبطان هذا البيع

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٥٤

...

و انما يباح التصرفات تعبدا لا محذور فيه و بعبارة اخرى: ان ما التزم به القوم هى الاباحة الشرعية لا الاباحة المالكية، و باب هذه الاباحة باب ترتب الحكم على موضوعه لا ترتب الامر التسيبى على سببه.

و ربما يوجه كلام المشهور بوجهين آخرين احدهما: ما افاده المحقق الثانى قدس سره، و هو: ان عدم ترتب الملكية على المعاطاة المقصود بها التمليك انما هو لاجل ان الفعل لا يكون بالحمل الشائع الصناعى مصداقا للبيع، فقصد و ايجاد ما هو غير مصداقه لا يفيد الملك (و سيأتى توضيح ذلك عند ذكر الادلة على الأقوال)،

و أما ترتب الاباحة عليه مع عدم قصدها فلأن الاباحة المالكية ليست الا التسليط الخارجى و ادخال المالك العين تحت استيلاء الغير، و الفعل بنفسه مصداق للتسليط الخارجى و لا- يعتبر فيه قصدها، و لا- يضر قصد خلافها، كما هو الشأن فى جميع العناوين الثانوية المترتبة على الفعل قهرا كالايلام المترتب على الضرب، فانه يترتب عليه و ان قصد به خلاف الايلام.

و يرد على هذا ما ذكره هو قده من: ان لازم ذلك هو الالتزام باباحة التصرفات فى المقبوض بالعقد الفاسد، مع ان عدم جواز التصرف فيه اجماعى،

مضافا الى ان الاباحة المالكية انما هى من الامور التى يتوقف تحققها على القصد،

ولا- تحصل بدونها، و الفعل الخارجى انما يكون مشتركا بينها و بين التمليك و القرض و العارية و نحو ذلك، و يتميز كل عن غيره بالقصد.

و الانصاف ان هذا التوجيه ابعده من أصل المطلب.

ثانيهما: انه للملك مراتب: ملك العين، ملك المنفعة، ملك الانتفاع، و الاخير مساوق للاباحة، فبناء المشهور على افادة المعاطاة المقصود بها الملكية للاباحة التزام بوقوع بعض ما قصد، و هذا غير وقوع ما لم يقصد، و لا محذور فى ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥٥

فالأقوال فى المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم (١) ستأ اللزوم مطلقا كما هو ظاهر عن المفيد (٢) و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة رحمه الله فى التذكرة الأشهر عندنا انه لا بد من الصيغة و اللزوم بشرط كون الدال على التراضى أو المعاملة لفظا حكي عن بعض معاصرى الشهيد الثانى (هو السيد حسن (قده)) و بعض متأخرى المحدثين (لكن فى عد هذه الأقوال فى المعاطاة تأمل)

و فيه: ان الاباحة ليست عبارة عن ملك الانتفاع، بل ملك الانتفاع ليس له معنى معقول، و انما يكون جواز الانتفاع من آثار ملك المنفعة أو اباحة المالك، مع ان البيع ليس الا- تمليكا للعين و المنفعة و ليس هو تمليكا للانتفاع، بل ملكية الانتفاع- على فرض معقوليتها- تابعة لمك المنفعة، فالصحيح ما ذكرناه.

و لكن مع ذلك كله يرد على المشهور امران:

الأول: ما افاده الشيخ الكبير قدس سره و هو: ان الاصحاب لم يفرقوا بين التصرفات المتوقفة على الملك، و التصرفات غير المتوقفة عليه، و حكموا باباحة جميعها، و الالتزام بهذا مع القول بعدم الملك بعيد، و سيأتى تمام الكلام فيه عند نقل المصنف قدس سره كلامه.

الثانى: انهم ملتزمون باباحة التصرفات المتوقفة على الملك من أول تحقق المعاطاة، و جوازها متوقف على الملك بنحو الجواز المشروط، و عليه فلا يجتمع ذلك مع القول بعدم حصول الملكية.

ثم مع الاغماض عن ذلك كله لا بد فى اثبات هذه الدعوى من اقامة الدليل عليه فى مقام الاثبات و ستعرف عدم الدليل عليه.

الاقوال فى المعاطاة

(١) إذا عرفت ما ذكرناه فالاقوال فى المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم سبعة

(٢) احدها افادتها الملك اللانزم، و هو المحكى عن المفيد و مال إليه فى محكى المسالك، و فى محكى شرح الارشاد و اختاره المحدث الكاشانى و جمع من محققى متأخرى الأصحاب.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥٦

و الملك الغير اللانزم ذهب إليه المحقق الثانى (١) و نسبه الى كل من قال بالاباحة و فى النسبة ما عرفت و عدم الملك مع اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبارة كثير بل ذكر فى المسالك أن كل من قال بالاباحة يسوغ جميع التصرفات و اباحة ما لا يتوقف على الملك. و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى اهداء الجارية من دون ايجاب و قبول. و القول بعدم اباحة التصرف مطلقا نسب الى ظاهر النهاية. لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها و

المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطة بل لم نجد قائلًا به الى زمان المحقق الثاني الذي قال به، و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه الى الاصحاب، نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير حيث قال فيه الأقوى ان المعاطة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فان تلفت لزمت، انتهى. ولذا نسب ذلك إليه في المسالك لكن قوله بعد ذلك و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر في أن مراده مجرد الانتفاع إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك. و أما قوله و الأقوى الى آخره فهو اشارة الى خلاف المفيد رحمه الله و العامة القائلين باللزوم و اطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و اطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار ايضا، و كذا اللزوم و يؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه أن الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقفها على الايجاب و القبول، ثم قال: و هل يستغنى عن الايجاب و القبول في هدية الاطعمة الاقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال، انتهى. و صرح بذلك ايضا في الهدية فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطة فكيف يقول بها في البيع،

(١) ثانيها- انها تفيد الملك غير اللازم، اختاره المحقق الكركي، قال: المعروف بين الأصحاب انها- اي المعاطة- بيع و ان لم تكن كالعقد في اللزوم خلافا لظاهر المفيد، و لا يقول احد من الأصحاب بانها بيع فاسد سوى العلامة قدس سره في النهاية، و قد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنه. ثالثها- انها تفيد الملكية اللازمة بشرط كون الدال على التراضي أو المعاملة لفظا، منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٧ و ذهب جماعة تبعًا للمحقق الثاني الى حصول الملك و لا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطة معاملة الملك في التصرف فيه (١) بالعتق و البيع و الوطى و الايضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك.

حكى ذلك عن بعض معاصري الشهيد الثاني و بعض متأخري المحدثين، و لعل المراد اعتبار ان يكون هناك لفظ دال على المساومة و ان كان الانشاء بالمعاطة. و عليه فلا يرد عليه ما عن المصنف قدس سره في الحاشية: لكن في عد هذا من الأقوال في المعاطة تأملا، فان هذا يصح إذا كان مرادها انشاء البيع باللفظ، فانه حينئذ يخرج عن المعاطة، غاية انه لا يعتبر لفظ مخصوص. و لا يتم على ما ذكرناه. رابعها- انها تفيد اباحة التصرفات غير المتوقفة على الملك، و هو الظاهر من حواشي الشهيد على القواعد. سادسها- انها لا تفيد الاباحة أيضا، ذهب إليه الشيخ في النهاية و ان رجع عنه. سابعها- انها معاملة مستقلة تفيد الملكية، اختاره الشيخ الكبير. هذه هي الأقوال في المسألة

دليل المختار في المعاطة

و الأظهر انها تفيد الملك و اللزوم، فلا بد من البحث في موردين لاثبات المدعى: الأول: في انها تفيد الملك، أو الاباحة، ام لا تفيد شيئا منهما. الثاني: في انها هل تفيد اللزوم ام لا. اما المورد الأول: فالكلام فيه يقع اولاً: فيما استدل به أو يمكن الاستدلال به على المدعى. ثم فيما استدل به على عدم افادتها الملكية.

اما الأول: فقد استدل له بوجه:

(١) الاول: السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطاء و الايضاء و التوريث و غير ذلك من آثار الملك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٨

...

و اورد المصنف عليه بما اورد قدس سره على الاستدلال بالآية و سيأتي بعد صفحات و هو: ان غاية ما ثبت بالسيرة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك، و ثبوت الملكية من اول الأمر باباحتها متوقف على ثبوت الملازمة عقلاً أو شرعاً، و لم يثبت شيء منهما، اما الملازمة الشرعية فلأن المشهور قائلون باباحة جميع التصرفات و لا يقولون بالملك من الأول، و أما الملازمة العقلية فلأن القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك و لو آنا ما لا من الأول. ثم قال: اما السيرة على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.

و يرد عليه قده امور:

الأول: انه ما الفرق بين السيرة على التوريث و السيرة على جواز التصرفات،

حيث لم يناقش في الثانية و ناقش في الأولى، فان تطرق هذا الاحتمال في الأولى تطرق في الثانية طابق النعل بالنعل.

الثاني: ان السيرة قائمة على الفرض على التصرفات المتوقفة على الملك، و لازم ذلك ثبوت الملكية من الأول، فان اباحة التصرفات لا تدور مدار فعليّة التصرفات، بل هي تثبت من اول الأمر، و عليه فان ثبتت الملكية من الأول ثبت المطلوب، و الا فقد ابيح تلك التصرفات لغير المالك، و هو مناف لأدلة توقفها على الملك.

و بعبارة اخرى: هذه الاباحة مع انها اباحة مشروطة بالملك تكون ثابتة من الأول فلا يعقل الالتزام بعدم الملك.

الثالث: انه يمكن الالتزام بحدوث الملكية آنا ما في التوريث قبل الموت ان امكن الالتزام به في سائر ما يتوقف على الملك، فلم يظهر وجه تفرقة بينهما.

و الحق ان يورد على هذا الوجه: بان السيرة في هذه الازمنة و ان ثبتت الا ان اتصالها الى زمان المعصوم غير ثابت، إذ لعل هذه نشأت عن افتاء المراجع بالملكية أو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٩

...

اباحة التصرفات، ألا ترى ان جواز الصلاة في اللباس المشكوك فيه مما افتي به اكثر المتأخرين، فإذا فرضنا افتاء الجميع به في بعض الاعصار يكون عمل الناس جميعاً عليه،

فيتوهم ثبوت السيرة، مع ان عدم الجواز في القديم كان كالمجمع عليه.

الثاني: سيرة العرف و العقلاء في كل ملء و نحلة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية، و حيث لم يردع عنها الشارع الا قدس فيستكشف امضاؤه لها،

و لا يتوهم ان ادلة توقف البيع و العتق و الوطاء على الملك رادعة، فان السيرة ليست على جواز تلك التصرفات لغير المالك، بل على المعاملة مع المأخوذ بها معاملة الملك و ربما يقال: انه يكفي في الرادعية ادلة الاستصحاب، فان مقتضاها الحكم ببقاء الملكية ما لم

يعلم زوالها، و لا دليل على زوالها فيجب الحكم ببقائها، فتكون تلك الادلة رادعة عن ثبوت الملك بالمعاطاة. و اجيب عنه: بان رادعية تلك الادلة غير معقولة لاستلزامها الدور، إذ رادعية الادلة عن السيرة متوقفة على عدم حجيتها، و الا فلا محالة تكون مخصصة لها، و عدم حجيتها متوقف على رادعتها، و هذا دور واضح. و اورد عليه: بان اثبات حجية السيرة أيضا دورى، إذ هي متوقفة على عدم الردع عنها و لو بالعموم، و عدم الردع فى المقام يتوقف على حجيتها.

ورد ذلك: بان فى حجية السيرة لا نحتاج الى اثبات عدم الردع، بل يكفى فيها عدم ثبوت الردع. و لكن يرد عليه: ان فى حجية العمومات و صلوحها للرادعية أيضا يكفى عدم ثبوت التخصيص، إذ الدليل العام حجة ما لم يثبت خلافه.

و الحق فى الجواب عن اصل الاشكال - اى عن رادعية ادلة الاستصحاب -

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦٠

و يدل عليه أيضا عموم قوله تعالى: (و احل الله البيع) حيث انه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع (١) بل قد يقال بأن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي لكنه محل تأمل (٢)

ان يقال: ان عمل العقلاء و معاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية انما يكون لبنائهم عليها و جزمهم بها، و ليسوا شاكين فى ذلك، و عليه فلا يعقل رادعية ادلة الاستصحاب المتضمنة لبيان حكم الشك من دون تعرض للموضوع كما هو الشأن فى جميع الادلة المتضمنة لبيان الأحكام، فان بناء العقلاء متكفل لعقد الوضع، و تلك الادلة متكفلة لعقد الحمل، فلا يتواردان على محل واحد كى تصلح العمومات للرادعية.

(١) الثالث: قوله تعالى (احل الله البيع) «١» و الاستدلال به يتوقف على اثبات

دلالة الآية على حصول الملكية بالبيع. و اثبات صدق البيع عليها فالكلام يقع فى موضعين الاول فى اثبات دلالة الآية على افادة البيع الملكية.

و محصل الكلام فيه: ان محتملات الحل ثلاثة: الحل الوضعى اى الصحة و النفوذ،

و التكليفى اى الجواز و الرخصة، و الاعم منهما، و لعل الجامع بينهما هو جعله مرخى العنان فى مقابل المنع و التقييد.

اما على الأول: فالآية تدل على امضاء البيع مطابقة، و هذا الوجه هو الذى اراده المصنف بقوله

(٢) بل قد يقال بان الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفى، لكنه محل تأمل.

و الظاهر ان منشأ تأمله هو ظهور الحل فى الحلية التكليفية المؤكد هذا الظهور بمقابلة (و حرم الربا).

و لكن يرد عليه، انه من جهة استناده الى نفس البيع ظاهر فى ارادة الوضعى منه، و هكذا فى الحرمة المنسوبة الى الربا.

(١) البقرة: ٢٧٥.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦١

...

و أما على الثانى: اى ارادة الحلية التكليفية من احل، فحيث انه لاموهم لحرمة البيع لا بما هو فعل و لا بما هو تسيب للملك، فلا بد من تقدير التصرفات، و عليه فيمكن استفادة ملكية البيع من الآية بوجوه:

احدها، الملازمة العرفية بين حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، وبين الملكية كما تقدم. ثانيها: ان جواز التصرفات المتوقفة على الملك كالباع والوطء ونحوهما، من آثار الملكية، فإذا دلت الآية على جوازها دلت على الملكية بالملازمة العقلية،

وهذا الوجه هو الوجه الأول في كلامه، و مورد نقضه و إبرامه و تأمل فيه بما ذكرناه في السيرة مع الجواب عنه فراجع. ثالثها: ان الآية الشريفة و ان دلت على اباحة التصرفات الا انها لا تدل على حلية مجرد التصرفات المتوقفة على الملك، بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع، و مرجع ذلك الى حلية الاكل عن هذا السبب، و لازم ذلك عرفا ثبوت الملكية، كما ان اللازم العرفي لما تضمن حرمة الاكل عن سبب عدم الملكية كقوله عليه السلام ثمن العذرة سحت. و هذا الوجه هو الذى ركن إليه فى آخر الامر.

و بما ذكرناه ظهر ان ما اورده المحقق الايروانى قدس سره عليه من ان المصنف قدس سره التجأ الى اختيار ما جعله محل التأمل، غير تام، فان ما اختاره غير ما تأمل فيه.

و أما على الثالث: فحيث ان احل انتسب الى البيع و لا معنى لحليته التكليفية و التقدير خلاف الأصل، فلا محالة يراد به حينئذ الحلية الوضعية، و عليه فتدل الآية بالمطابقة على صحة البيع و مملكيته.

فتحصل: ان الآية على جميع التقادير تدل على صحة البيع و مملكيته، و مقتضى اطلاقها الاحوالى - بالتقريب الذى ذكرناه قبل الشروع فى مبحث المعاطاة - هو امضاء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦٢

و أما منع صدق البيع، عليه عرفا فمكابرة (١) و أما دعوى الاجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعة كابن زهرة فى الغنية (٢) فمرادهم بالبيع، المعاملة اللازمة التى هى احد العقود، و لذا صرح فى الغنية بكون الايجاب و القبول من شرائط صحة البيع (٣) و دعوى ان البيع الفاسد عندهم ليس يباعا قد عرفت الحال فيها.

كل بيع و عدم اعتبار شىء مما شك فى اعتباره فى اظهاره و ابرازه، ففى المقام يشك فى اعتبار اللفظ فيه فيتمسك باطلاقها و يحكم بعدم اعتباره و تحققه بالاظهار بالفعل

(١) الموضع الثانى: فى انه هل يصدق عليها البيع ام لا؟ ربما يقال بالعدم، لان العناوين المنشأة بالقول أو الفعل لا بد و ان يكون القول أو الفعل مصداقا لذلك العنوان بالحمل الشائع الصناعى، و الا لا يتحقق ذلك العنوان و ان قصد تحققه، فلو مشى بقصد انشاء البيع لما تحقق، و التعاطى الخارجى حيث لا يكون بالحمل الشائع مصداقا للبيع الذى هو عبارة عن تبديل احد طرفى الاضافة بمثله، فقصد و ايجاد ما هو غير مصداقه لا يوجب تحقق عنوان البيع.

و فيه أن القول أو الفعل ليس مصداقا للبيع فى شىء من الموارد بناء على كونه موضوعا للمسبب، اى اعتبار المتبايعين، نعم لا كلام فى ان نفس ذلك الاعتبار النفسانى ما لم يبرز باللفظ أو الفعل لا يكون ممضى عند العقلاء و الشارع، و ابرازه لا بد و ان يكون بما يكون مبرزا له عند العقلاء، و حيث عرفت ان حقيقة البيع هو اعطاء شىء بازاء شىء و هذا المعنى عند العرف يبرز باعطاء شىء خارجا و اخذ ما بازائه، فلا اشكال، و ان شئت ان تعبر مسامحة بان الفعل الخارجى مصداق لهذا العنوان على هذا المبني فلا مشاحة

(٢) و أما دعوى الغنية الاجماع على عدم كونها بيعة فمراده نفي اللزوم أو الصحة لا الحقيقة.

(٣) قوله و لذا صرح بالغنية بكون الايجاب و القبول من شرائط صحة البيع الظاهر ان مراده الاستشهاد بكلامه حيث جعل الايجاب و القبول من شرائط الصحة لا أصل للتحقق - على ان المعاطاة عنده بيع - فيكون المراد من قولهم المعاطاة ليست بيعة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦٣

و مما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض) (١)

و أما قوله (الناس مسلطون على اموالهم) (٢) فلا دلالة فيه على المدعى لأن عمومها باعتبار انواع السلطنة (٢) فهو انما يجدى فيما إذا شك في ان هذا النوع من السلطنة ثابتة المالك و ماضية شرعا في حقه ام لا. اما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه ماضية شرعا

انها ليست بيعا صحيحا أو لازما- و عليه- فلا يرد على المصنف انه يفيد عكس المدعى كما افاده السيد قدس سره ثم انه قد وجه كلام المصنف قدس سره بما هو خلاف الظاهر جدا

(١) الرابع: قوله تعالى: (لا- تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض. «١») و تقريب الاستدلال به: انه بعد ما لا ريب في ان المراد من الأكل هو معناه الكنائى- لا معناه الموضوع له و هو واضح- يكون المراد بالاكل احد معينين:
الأول: كونه كناية عن مطلق التصرفات حتى المتوقفة على الملك و عليه فتجرى في هذه الآية الوجوه الثلاثة التي ذكرناها لدلالة الآية المتقدمة على صحة المعاطة لو اريد باحل الحلية التكليفية، فلا نعيد.
الثانى: جعل الاكل كناية عن التملك،

و عليه فهي بالمطابقة تدل على صحة المعاطة و كونها موجبة للملكية، و دعوى عدم كونها تجارة عن تراض مكابرة واضحة.

(٢) الخامس: النبوى: الناس مسلطون على اموالهم. «٢» تقريب الاستدلال به:

انه يدل على ان الناس مسلطون على اموالهم بجميع انحاء التصرفات و من جملة البيع المعطائى.
و اورد عليه بايرادات:

(٣) الاول: ما فى المتن و هو: ان عمومها انما هو باعتبار- انواع السلطنة

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦٤

لكن شك في ان هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد ام لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سبب المعاطة فى الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على اموالهم.

فلو احرز ثبوت سلطنة خاصة له كتمليك ماله غيره، و شك في انه هل يحصل بمجرد التعاطى ام، لا بد من القول الدال عليه، فلا يجوز التمسك به على مملكية المعاطة.

ان كان مراده قدس سره انه فى مقام اثبات مشروعية كل نوع فى الجملة و ليس له اطلاق افرادى،

فيرد عليه: ان له اطلاقا افراديا، و يدل على ثبوت السلطنة على كل تصرف من التصرفات، و لذا لو شك فى ان فردا خاصا من نوع من التصرف كالأكل هل يكون جائزا ام لا يتمسك به،

و السر فيه ان السلطنة هى القدرة، و من المعلوم انها لا تتعلق بالمال بل بالتصرف فيه و حذف المتعلق يفيد العموم، فمعنى النبوى: ان الناس قادرون على كل تصرف فى اموالهم، و الاختصاص بنوع منه بلا وجه.

و ان كان مراده انه فى مقام امضاء المسببات لا الأسباب،

فيرد عليه: ان هذا اشكال اورد على الاستدلال بآية الحل ايضا بناء على كون الفاظ المعاملات اسامى للمسببات لا الأسباب، و قد تقدم

الجواب عنه.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني قدس سره و هو: ان المستفاد منه كونه في مقام بيان عدم محجورية المالك لا في مقام تشريع السلطنة بانحائها.

و فيه: ان حمل السلطنة- التي هي القدرة على التصرفات مطلقا- على ارادة عدم المحجورية- اي عدم المانع من التصرف- خلاف الظاهر.

الثالث: ما افاده جمع من المحققين، و هو: ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٥

...

السلطنة في موضوع المال، و لا يدل على السلطنة على اذهاب هذا الموضوع و ازالة السلطان.

و فيه: انه ان اريد بذلك انه يدل على ثبوت السلطنة على المال لا على رفع هذه السلطنة،

فيرد عليه: ان هذا يتم في الاعراض، و لا يتم في البيع الذي حقيقته اعطاء المال للغير، و لازمه رفع السلطنة عن نفسه،

و ان اريد به ان الظاهر من الحديث التسلط على التصرفات في موضوع المال.

و بعبارة اخرى: مع اضافة المال إليه، و اخراج المال عن الملك ليس منها كما هو واضح،

فيرد عليه: ان الظاهر من الحديث ثبوت السلطنة مع انحفاظ الاضافة حال السلطنة لا حال التصرف كما لا يخفى.

فالحق ان شيئا مما اورد على الاستدلال بالنبوي ليس بوارد.

و ربما يستدل لمملكية المعاطاة بالآية الشريفة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» و سيأتي تنقيح القول فيها عند ذكر ادلة اللزوم فانتظر.

و قد ظهر مما ذكرناه مدارك سائر الاقوال،

اذ من يقول بانها مفيدة للملك لكنها ليست بيعة يستند في عدم كونها بيعة الى ما تقدم في آية حل البيع، و في كونها معاملة مستقلة

ممضاة الى عموم آية التجارة عن تراص.

و أما من يقول باباحة التصرفات دون الملك فقد استند في الاباحة الى ما تقدم من السيرة، و الآية، و إلى عدم كونها مفيدة للملك

بما سيمر عليك.

و أما من يقول بانها لا تفيد الملكية و لا الاباحة فقد استند الى ان الآيات انما هي في مقام امضاء المسببات، فلا نظر لها الى الاسباب،

و السيرة اما غير ثابتة على الاباحة أو غير مفيدة.

(١) المائدة آية ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٦

و منه يظهر ايضا عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة، و كيف كان ففي الآيتين مع السيرة كفاية، اللهم الا يقال انهما

لا تدلان على الملك،

(١) و انما تدلان على اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع و الوطي و العتق و الايضاء و اباحة هذه التصرفات انما

تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات من الاجماع و عدم القول بالانفكاك دون المقام الذي لا يعلم ذلك

منهم حيث اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التصرفات،

و صرح في المسالك بأن من اجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الامر انه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك

يكشف عن سبق الملك عليه آنا ما فان الجمع بين اباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار و لا يتوقف على الالتزام بالملك من اول الأمر ليقال ان مرجع هذه الاباحة ايضا الى التمليك. و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التورث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم (٢) كما لا يخفى

(١) قوله اللهم الا ان يقال انهما لا تدلان على الملك.

ضمير التثنية ترجع الى الآيتين التين مفادهما شيء واحد، و السيرة و حاصل، ما يفيد و ان اشرنا إليه سابقا ان غاية ما يدل عليه هذه الادلة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك و استنزاه ذلك لثبوت الملكية من اول الامر و عدم ملائمتها مع الملكية قبل التصرف المذكور،

يتوقف على ثبوت الملازمة عقلا أو شرعا، و لم يثبت تلك اما الملازمة الشرعية فلعدم الدليل عليها بل المشهور قائلون باباحة جميع التصرفات و لا- يقولون بالملك من الاول و أما الملازمة العقلية فلان القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك و لو آنا

(٢) و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التورث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قد مر الكلام على ما افيد عند ذكر الادلة على افادة الملكية للمعاطاة و اجبنا عن ذلك باجوبة ثلاثة فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٧

و دعوى انه لم يعلم من القائل بالاباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك (١) كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و عدم جواز وطى الجارية المأخوذة بها. و قد صرح الشيخ رحمه الله بالاخير في معاطاة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك مدفوعاً بأنه و ان لم يثبت ذلك الا- انه لم يثبت ان كل من قال باباحة جميع هذه التصرفات قال: بالملك من اول الأمر فيجوز للفقهاء حينئذ التزام اباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا- من اول الأمر فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً (٢) هذا مع امكان اثبات صحة المعاطاة في الهبة و الاجارة ببعض اطلاقاتها و تميمه في البيع بالاجماع المركب هذا مع ان ما ذكر من ان للفقهاء التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه.

(١) قوله و دعوى انه لم يعلم من القائل بالاباحة جواز مثل هذه التصرفات حاصل هذه الدعوى ان انكار الملازمة الشرعية بين اباحة جميع التصرفات و الملكية الثابتة بالاجماع و غيره في المقام يبتنى على اختيار المشهور في المقام اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك و هذا غير ثابت فلا وجه لإنكارها و حاصل رده قده ان الملازمة تحتاج الى دليل و مجرد عدم الدليل على عدمها لا يكفي في ثبوتها.

(٢) قوله بان المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً محصل ما ذكره قده ان الآية الشريفة تدل على حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك الا انها لا تدل على مجرد ذلك بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع، و مرجع ذلك الى حلية الاكل من هذا السبب، و لازم ذلك عرفاً ثبوت الملكية،

كما ان اللازم العرفي لما تضمن حرمة الاكل عن سبب عدم الملكية كقوله عليه السلام ثمن العذرة سحت و بذلك يظهر ان ما افاده المحقق الايرواني من ان المصنف التجأ الى اختيار ما تأمل فيه اولاً

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٨

...

غير تام- فان ما تأمل فيه هو كون المراد من حلية البيع فى الآيه الكريمة الحلية الوضعية فتدل الآيه بالدلالة المطابقية على ثبوت الملكية، و ما يختاره هو اراده الحلية التكليفية فتدبر

ادلة عدم افادة المعاطاء الملكية

و قد استدل لعدم افادتها الملكية بوجوه:

الأول: اصالة عدم الملك المعتضده بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثانى.

وفيه: ان الأصل انما يستند إليه مع عدم الدليل، و قد عرفت وجوده:

الثانى: الاجماع المدعى فى الغنية و القواعد هنا و فى المسالك فى مسألة توقف الهبة على الايجاب و القبول.

وفيه: اولاً: ان الاجماع المنقول ليس بحجة.

و ثانياً: ان مدرك المجمعين معلوم.

الثالث: الخبر المروى عن النبى صلى الله عليه و آله الناهى عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصاة «١» بتقريب: انه يدل على النهى عن انشاء البيع بهذه الافعال، و بضميمة عدم القول بالفصل يثبت ذلك فى سائر الافعال، و حيث ان ظاهر النهى فى امثال المقام الارشاد الى الفساد فيدل على عدم صحة البيع المعطاتي.

وفيه: اولاً: انه نبوى عامى ضعيف و ثانياً: ان الظاهر منه- و لا- اقل من المحتمل- النهى عن تعيين المبيع بهذه الافعال، و الوجه فى البطلان حينئذ كونه يباعا غرريا لا النهى عن انشاء البيع بها.

و ثالثاً: ان عدم القول بالفصل بين هذه الافعال و غيرها لم يثبت.

الرابع: قوله عليه السلام: انما يحلل الكلام و يحرم الكلام. «٢»

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١٣.

(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب احكام العقود حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦٩

...

وفيه: انه سيأتى عند تعرض المصنف قدس سره لهذا الخبر بيان المراد منه، و ستعرف انه اجنبى عن ما استدل به له.

الخامس: جملة من النصوص «١» الخاصة المتضمنة لذكر الصيغة الواردة فى بيع المصحف، و بيع اطنان القصب، و بيع الآبق مع الضميمة، و فى المزارعة و فى غيرها، ففى الموثق: لا- تشتت كتاب الله و لكن اشتر الحديد و الجلود و قل: اشترى منك هذا بكذا و كذا.

و نحوه غيره.

وفيه: انه لا- إشعار فى هذه النصوص بالاشتراط فضلا عن الدلالة، لورودها فى مقام بيان احكام اخر لاشتراط الصيغة، و ليس لها مفهوم كى تدل على عدم الصحة إذا كانت المعاملة بغير اللفظ.

فتحصل انه لا دليل على عدم افادة المعاطاء الملكية، فالمتع هو ما دل على افادتها تلك.

كلام بعض الاساطين و ما يرد عليه

و الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد ذكر محاذير للقول بافاده المعاطة الاباحة قبل التصرف و التلف و الملكية بعد احدهما، و تلك المحاذير انما تكون على قسمين:

احدهما: ما يرجع الى بطلان القول بافاده المعاطة المقصود بها الملكية الاباحة، و هو الأول و الثالث مما عدده فى كلامه ثانيهما ما يرجع الى بطلان القول بحدوث الملكية آنا ما قبل التصرف أو التلف.

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب ما يكتسب به و باب ١٩ و ١١ من ابواب

عقد البيع و شروطه و باب ٨ من ابواب كتاب المزارعة و غيرها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٧٠

و لذا ذكر بعض الاساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة مع فرض قصد المتعاطين التمليك، و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة. منها ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد.

و منها ان يكون ارادة التصرف من المملكات فيملك العين أو المنفعة بارادة التصرف بهما أو معه دفعة و ان لم يخطر ببال المالك الأول الأذن فى شىء من هذه التصرفات لأنه قاصد للنقل من حيث الدفع لأنه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال اعتق عبدك عنى و تصدق بمالى عنك.

و منها ان الاخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حق المقاصة و الشفعة و الموارث و الربا و الوصايا يتعلق بما فى اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه أو عدم العلم به فينفى بالاصل، فتكون متعلقة بغير الاملاك و ان صفة الغنى و الفقر تترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك. و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافا الى غرابة استناد الملك الى التصرف.

و منها جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين مع التفريط معيناً للمسمى من الطرفين و لا رجوع الى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت، و مع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بانه المطالب لانه تملك بالغصب أو التلف فى يد الغاصب غريب و القول بعدم الملك بعيدا جدا مع ان فى التلف القهرى ان ملك التالف قبل التلف فعجيب و معه بعيد لعدم قابليته، و بعده ملك معدوم و مع عدم الدخول فى الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفى الملك مخالف للسيرة و بناء المتعاطين.

و منها ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النية فهو بعيد و ان اوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئا بالشبهة، و الجانى عليه و المتلف له «١» جانيا على مال الغير و متلفا له.

و منها ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلناه حدوثه مملكا له دون العين فبعيدا و معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الاكثر و شمول الاذن له خفى

(١) تذكير الضمير فى عليه و له باعتبار المأخوذ بالمعاطة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٧١

و منها قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه الى اذن المالك فيه اذن فى التمليك فيرجع الى كون المتصرف فى تمليكه نفسه موجبا قابلا، و ذلك جار فى القبض بل هو اولى منه لاقترانته بقصد التمليك دونه، انتهى. و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول

لا- ان الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الاصول و العمومات إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداوله بين الفقهاء. اما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للقصود. (١) ففيها اولا ان المعاطاة ليست عند القائل بالاباحة المجردة من العقود و لا من القائم مقامها شرعا فان تبعية العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه انما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الاثر المقصود عليه، فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه. (٢) اما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الاثر المقصود عليها، كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم من ان السبب الفعلي لا- يقوم مقام السبب القولي في المبيعات. نعم إذا دل الدليل على ترتب اثر عليه حكم به و ان لم يكن مقصودا.

و كيف كان: فمن جملة المحاذير التي ذكرها:

(١) ان لازم ذلك ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود: و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك بجوابين:

الأول: الجواب الحلّي

(٢) و حاصله: ان التبعية المزبورة انما هي في العقود الصحيحة، إذ لا يعقل صحة العقد مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه، و أما العقد الفاسد فعدم ترتب الاثر المقصود عليه لا محذور فيه بل لا معنى للفساد الا ذلك، و أما ترتب شيء آخر عليه بتعبد من الشارع فلا ينافي شيئا من القواعد،

و المقام كذلك، فان القوم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعا صحيحا، فلا تترتب عليها الملكية و ان قصد بها تلك و انما تترتب عليها الاباحة الشرعية لا المالكية بتعبد من الشارع المستكشف من السيرة و غيرها، و ليس ذلك تسببا بالعقود و لا مضمونها حتى يقال وقع بالعقد ما لم يقصد،

فما قصد و ان لم يقع الا انه لا محذور فيه لان لازم الفساد ذلك، و ما وقع و ان لم يقصد الا انه لم يقع بالعقد حتى يقال انه وقع ما لم يقصد بل انما هو حكم شرعي:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٢

و ثانيا ان تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فانهم اطبقوا على ان عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد، الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع انها لم يقصد الا ضمان كل منهما بالآخر (١) و توهم ان دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه الا بعضهم معطوفا على الوجه الأول و هو اقدمها على الضمان فلاحظ المسالك و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة الا مقرونه به غير مفسد عند أكثر القدماء (٢)

و بهذا البيان ظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه و المحقق النائيني قدس سره عليه بان تبعية العقد للقصد مشتركة بين العقود و المعاملات الفعلية و ليست حكما تعبديا كي تختص بمورد دون آخر.

وجه الاندفاع: ان المصنف قدس سره لم يدع انه لا محذور في تخلف العقد عن القصد في المعاملات الفعلية بل ادعى انه لا يلزم ذلك. فتدبر فيما ذكرناه.

الجواب الثاني: النقض، و هو ان التخلف في المقام انما يكون نظير التخلف في الموارد الخمسة، يعني ليس تخلفا حقيقة لا انه تخلف جائز.

(١) المورد الاول: ان الاصحاب اتفقوا على ان المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد عندهم الضمان فيما يقتضيه صحيحه، مع انها يقصد الاضمان كل منهما بالآخر.

و فيه: ان السبب للضمان في هذا المورد ليس هو العقد بل القبض كان الوجه فيه الاقدام ام قاعدة اليد، فما لم قصد به الضمان

بالمسمى هو العقد، و ما ترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض، فلا يكون نظيرا للمقام.

(٢) المورد الثاني: الشرط الفاسد، فانه لم يقصد المعاملة الا مقرونة به، و هو غير مفسد عند اكثر القدماء.

و فيه: ان مبنى عدم مفسديته عدم تقييد البيع به، و كون الشرط التزاما فى التزام،

بمعنى ربط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى، و لازم ذلك ان تخلفه يوجب الخيار لا البطلان، فلا يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٧٣

و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل (١) و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته على قول كثير (٢) و ترك ذكر

الأجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على قول نسبة فى المسالك و كشف اللثام الى المشهور. (٣)

نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه ان التخلف عن القصد يحتاج الى الدليل المخرج عن ادلة صحة العقود، و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للاصل. و أما ما

(١) المورد الثالث: انه لو باع ما يملك و ما لا يملك بعقد واحد فانهم التزموا بوقوع بيع ما يملك و صحته مع انه لم يقصد الا بيعه مقرونا بما لا يملك.

و فيه: ان مدرك صحته انحلال العقد عليهما الى عقدين، و عليه فاحدهما صحيح و لم يتخلف عن القصد، و ثانيهما باطل اى ما قصد لا يقع و لا يقع ما لم يقصد حتى يلزم المحذور المذكور.

(٢) المورد الرابع: بيع الغاصب لنفسه، فانه إذا اجازته المالك يقع للمالك مع ان الغاصب قصد وقوعه لنفسه.

و فيه: ان منشأ الصحة على المشهور ان الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الأمر بينى على انه المالك، فالتخلف انما يكون فى هذا الاعتقاد المقارن لا فى العقد. و تمام الكلام فى محله.

(٣) المورد الخامس: إذا قصد بالصيغة فى النكاح الانقطاع و ترك ذكر الاجل فانهم حكموا بوقوعه دائما، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

و فيه: انهم التزموا بان النكاح حقيقة واحدة، و الفرق بين الدوام و الانقطاع هو الفرق بين المطلق و المشروط بشيء، و عليه فحيث ان النكاح من الانشائيات فإذا ترك ذكر الأجل لا تتحقق الخصوصية الزائدة لعدم انشائها و انما يقع المطلق لقصده و انشائه و الانصاف: ان شيئا مما ذكرناه ليس ايرادا على المصنف قدس سره، لانه ليس بصدد بيان موارد تخلف العقد عن القصد بل فى مقام بيان ان مثل هذا التخلف الذى هو تخلف صورى لا حقيقى واقع كثيرا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٧٤

ذكره من لزوم كون ارادة التصرف مملكا (١) فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق و ادلة توقف بعض التصرفات على الملك (٢) فيكون كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطى و البيع و العتق و شبهها.

(١) و منها ان تكون ارادة التصرفات من المملكات القهرية الموجبة لحصول الملكية قبل التصرف أو معه بنحو تكون الارادة سببا لها، و هذا مناف لدليل سلطنة المالك،

و لا- يقاس باعتق عبدك عنى و تصدق بمالى عنك، فانه فى هذين الموردين توكيل فى التمليك، و التملك قبل التصرف، و هذا بخلاف المقام فان كلا من المتعاطيين يقصد الملك حال التعاطى و لا يقصد الملك حال التصرف.

(٢) و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك: بان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك، و دليل جواز التصرف

المطلق، و استصحاب بقاء الملك الى آن قبل التصرف، هو ذلك، اى حصول الملك بعد ارادة التصرف، و يكون كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقع على الملك.
و يرد عليه امران:

الأول: ان غرض الشيخ الكبير قدس سره ليس عدم الدليل على مملكية ارادة التصرف كى يصح الجواب عنه بان مقتضى الجمع بين القواعد ذلك، إذ لا يعتبر فى الدليل على السببية ورود دليل بالخصوص، بل غرضه ان القول بذلك غريب لا نظير له فى الفقه، فلا ينفع هذا الجواب.

الثانى: ان تنظير المقام بتصرف الواهب و ذى الخيار فى غير محله، فان فى ذينك البابين الواهب و من له الخيار يقصدان الفسخ و الرجوع بالتصرف و لهما ذلك، فالتصرف بنفسه يكون رجوعاً أو كاشفاً عنه، و هذا بخلاف المقام فانه ليس هناك قصد التمليك و التملك على الفرض، فيقال كيف تكون ارادة التصرف مملكة مع عدم قصد المملكية.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٧٥

و أما ما ذكره من تعلق الاخماس و الزكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها (١) مع ان تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك.

و أما الايراد على المصنف قدس سره كما ذكره المحقق النائيني بانه ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير كون ارادة التصرف من المملكات بل انه جعل محط الاشكال كون نفس التصرف ملكا،
فغير صحيح، فان ما نقله الشيخ قدس سره كالصريح فيما استفاده منه و لعل المحقق النائيني لاحظ شرح القواعد و لم يجده موافقا لما ذكره المصنف قدس سره.

و الحق فى الجواب عما ذكره الشيخ الكبير ان يقال: انه يمكن ان يلتزم المشهور بان السبب للملكية هى المعاطاة، و انما يكون التصرف أو ارادته شرطا للملكية نظير القبض الذى هو شرط لحصولها فى بيع الصرف.
و منها: ان يصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك، فان الاخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و غيرها مما هو مترتب على الاملاك تتعلق بما فى اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه. و اجاب المصنف قدس سره عنه بقوله:
(١) و أما ما ذكره من تعلق الاخماس و الزكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها.
و هذا يحتمل معنيين:

احدهما: ان تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك لا مانع منه سوى الاستبعاد فيلتزم به. و دفعه بمخالفته للسيرة حيث ان بناء المتشعبة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية بحيث لو سألوا عن وجه تعلق المذكورات به اجابوا بكونه كسائر الاملاك، رجوع الى الاستدلال بالسيرة على الملك، و المفروض عدم تماميته عند هذا القائل و الا لالتزم بالملك.
ثانيهما: ان الالتزام بعدم تعلقها به لا محذور فيه سوى الاستبعاد، و دفعه بقيام السيرة على التعلق، رجوع إليها، فيخصص بها ما دل على عدم تعلقها بغير الاملاك.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٧٦

و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه. (١)

و الظاهر هو الأول، لان كاشف الغطاء استبعد التعلق كما لا يخفى.
و فيه: ان هذا الجواب لا يفيد فى دفع ما افاده الشيخ الكبير، فانه يقول: لا كلام فى تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة، و المفروض

انه ليس بملك، فيلزم ان يكون غير الملك، بحكم الملك و هذا في نفسه بعيد لا انه لا دليل عليه.

و الحق ان يقال: انه لو كان اشكال و استبعاد فانما هو في الاخماس و الزكوات و حق الشفعة، و أما سائر المذكورات كالاستطاعة و حق الديان و النفقات و غيرها فتعلق بغير الا ملاك لتحقيق الاستطاعة بالبذل و الاباحة، و الدين يجب اداؤه من مال اذن صاحبه في الاداء منه إذا كان حالا و النفقة واجبة من مال يجوز له الانفاق منه، و الوارث يرث من الميت كل ما تركه من حق أو مال، مع انه يمكن الالتزام على هذا المسلك بمالكية المورث آنا ما قبل الموت، و تصح الوصية ايضا، و الربا يجرى في البيع و ان لم يفد الملك و هكذا البقية.

و أما تعلق الخمس و الزكاة و حق الشفعة، و المراد به ان المباح له بالمعاطة له الاخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك به، فان ثبت بدليل فيكون هو المخصص لما دل على توفقه على الملك، لكن يبقى استبعاد الشيخ بحاله، و الا فالقائلون بالاباحة منكرون للتعلق.

و منها: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر.

(١) و اجاب المصنف عنه بقوله ظهر جوابه و لكن الجواب المتقدم الذي ذكره عن مملكية التصرف من انه مقتضى الجمع بين القواعد لا يكفي في المقام لانه يقتضى مالكية المتصرف لما في يده تصحيحا لتصرفه المتوقع على الملك، و لا يقتضى مالكية غير المتصرف، نعم الجواب الذي ذكرناه يكون جوابا عن هذا الايراد ايضا كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٧

و أما كون التلف مملكا للجانبين، فان ثبت باجماع أو سيرة (١) كما هو الظاهر كان كل من المالين مضمونا بعوضه فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع و بين عموم على اليد ما أخذت و بين اصالة عدم الملك الا في الزمان المتيقن بوقوعه فيه توضيحه ان الإجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذي اليد رعاية لعموم على اليد ما أخذت فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فإذا قدر التلف من مال ذي اليد، فلا بد من ان يقدر في آخر ازمته امكان تقديره رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله كما يقدر ملكية المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد.

و منها: كون التلف من جانب مملكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين، و انه لا رجوع بالمثل أو القيمة.

(١) و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك بقوله: و أما كون التلف مملكا للجانبين فان ثبت الى آخر ما ذكره.

توضيحه: ان مقتضى عموم على اليد «١» و ان كان هو الضمان ببدله الواقعي، الا انه لما قام الاجماع على عدم ضمان المثل و القيمة، يدور الأمر بين ان يكون المال قبل التلف ملكا لذى اليد فيبقى عموم على اليد على حاله، و بين ان يكون باقيا على ملك مالكة الأول فيكون الاجماع و السيرة مخصصين لعموم على اليد، و قد ثبت في محله ان التخصص مقدم على التخصيص عند الدوران، و عليه فلاجل ذلك- بضميمة استصحاب عدم الملك الى أن قبل التلف- يحكم بحصوله قبله آنا ما هذا هو مراده قده لاما افاده بعضهم من ان غرضه ثبوت ملكية التلف بالاجماع و السيرة:

و لكن يرد على المصنف قدس سره امران:

الأول: ان اليد في المقام يد امانية شرعية أو مالكية و لا تكون مشمولة لقاعدة على اليد على التقديرين.

الثاني: ان التمسك بالعموم- اي تقديم التخصص على التخصيص- انما هو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٨

و أما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة (١) فالظاهر على القول بالاباحة ان لكل منهما المطالبة ما دام باقيا (٢) و إذا تلف فظاهر اطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه (٣) نعم لو لا قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

فيما إذا لم يكن الحكم معلوما، و أما إذا علم ذلك و شك في كون ما علم عدم ثبوت حكم العام له من افراد العام كى يكون ذلك تخصيصا أو غيره فلا مورد للتمسك باصالة العموم حفظا للعام عن ورود التخصيص عليه.

فالحق في الجواب عن الشيخ الكبير: انه في صورة التلف من الجانبين لا- ضمان لعدم المقتضى، مع انه يمكن الالتزام بالملكية كل منهما قبل التلف، و في صورة التلف من جانب واحد انما يكون الطرف الآخر مالكا لما في يده بسبب المعاطاة المشروط تأثيرها في الملكية عندهم بالتصرف المتوقع على الملك أو التلف.

(١) و منها: انه لو غضب المأخوذ بالمعاطاة غاصب، فلا بد و ان يكون المطالب هو المالك المبيح لا المباح له، و هو خلاف ظاهر الاصحاب، و القول بتملكه بالغصب، فيكون حق المطالبة له من هذه الجهة بعيد.

(٢) و اجاب المصنف قدس سره عنه: بان لكل منهما المطالبة ما لم يتلف، ما المالك فلمالكه، و أما المباح له فلفرض ان له السلطان على المأخوذ، و الانتزاع من الغاصب من مراتب السلطنة.

(٣) و أما في صورة التلف فالمطالب للقيمة هو المباح له لصيرورته مالكا بالتلف.

و يرد على المصنف قدس سره: ان المالك بعد كون عوض المال تحت يده ليس له حق المطالبة و الا- لزم الجمع بين العوض و المعوض.

و منها: ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلناه ملكا للمباح له دون العين فبعيد،

أو مع ملكية العين فكذلك، و كلاهما مناف لظاهر الاكثر، و مع عدم كونه ملكا له و دخوله في ملك المالك- حيث ان شمول الاذن له خفى- فلازمه عدم جواز التصرف فيه، و هو خلاف السيرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٩

و أما ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكى عن بعض ان القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء بالأخذ بل حكمه حكم اصله، و يحتمل ان يحدث النماء في ملكه بمجرد الاباحة (١) ثم انك مما ذكرنا تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره مع انه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد و الانصاف انها استبعادات في محلها.

و بالجملة فالخروج عن اصالة عدم الملك المعترضه بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثاني و بالاتفاق المدعى في الغنية و القواعد هنا و في المسالك في مسألة توقف الهبة على الايجاب و القبول مشكل و رفع اليد عن عموم ادلة البيع، و الهبة و نحوهما المعترضه بالسيرة القطعية المستمرة و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني بناء على تأويله لكلمات القائمين بالاباحة اشكل،

(١) و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك: بان القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء بالاخذ، بل حكمه حكم اصله، و يحتمل ان يحدث النماء في ملكه بمجرد الاباحة.

و فيه: ان الاحتمال الاول هو الذي اجاب عنه الشيخ الكبير بان شمول الاذن له خفى، و أما الاحتمال الثاني فهو الذي استبعده.

و لكن يمكن الجواب عنه: بان الاباحة الثانية اباحة شرعية لا المالكية، فلا تتوقف على الاذن.

و منها: انه في التلف، ان ملك التالف قبل التلف فعجيب للزوم تقدم المسبب على السبب، و ان ملكه معه فبعيد، لانه لا استقرار له

حتى يملكه، و ان ملكه بعده فهو ملك المعدوم.

و فيه: انه يلتزم بالأول و يقال بتأثير المعاظة في الملكية و شرطها التلف بنحو الشرط المتأخر، أو يقال بكونه كاشفا عن السبب.

و منها: ان التصرف ان لم يتوقف على النية فهو بعيد، و ان توقف عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطنا بالشبهة.

و فيه: انه بنفسه شرط التأثير في الملكية لامع النية، فلا بعد فيه، مع انه لو توقف

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٨٠

فالقول الثاني لا يخلو عن قوة و عليه فهل هي لازمة ابتداء مطلقا (١) كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله أو بشرط كون الدال على

التراضى لفظا كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني و قواه جماعة من متأخري المحدثين أو هي غير لازمة مطلقا فيجوز لكل

منهما الرجوع في ماله كما عليه اكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت

عليها كان الواطئ للجارية من غيرها زانيا لا واطنا بالشبهة.

و منها: قصر التملك على التصرف مع الاستناد فيه الى ان اذن المالك في التصرف اذن في تملك نفسه، فيتحد الموجب و القابل.

و هذا بعينه يجرى في القبض الذي هو اول تصرف يصدر من المتعاطيين، بل هو اولي لكونه مقرونا بقصد التملك دونه.

و فيه: اولاً: ان حصول الملكية قبل التصرف أو معه ليس من حيث الاذن في تملك نفسه بل هو بنفسه مملك.

و ثانياً: ان هذا لا يجرى في القبض لعدم توفقه على الملك كى يقتضى الجمع بين الادلة حصول الملكية قبله أو معه.

و ثالثاً: انه لو كانت مملكية التصرف من باب الاذن في التملك فلم لا يلتزم بحصول الملكية بالتعاطي، إذ لا فرق بين هذا الفعل الذي

ينشأ به التملك و غيره؟ و لكن الانصاف ان ما افاده الشيخ الكبير جملة منه استبعادات في محلها، و قد مر ان القول بالاباحة مما لا

يمكن اثباته بالدليل، و انه يقتضى القول بالملك. فراجع.

اصالة اللزوم [و أدلتها]

– استصحاب بقاء الملك

(١) قوله فهل هي لازمة ابتداء مطلقا هذا هو المورد الثاني: و هو ان الملك الحاصل بالمعاظة لازم ام جائز؟ و الكلام فيه يقع في

مقامين:

الأول: فيما استدل به للزوم.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٨١

وجوه اوقفها بالقواعد هو الاول بناء على اصالة اللزوم في الملك للشك في زواله (١) بمجرد رجوع مالكة الاصل، و دعوى ان الثابت

هو الملك المشترك بين المترلز و المستقر و المفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من

اول الأمر فلا ينفع الاستصحاب (٢) بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول (٣) مدفوعة مضافا الى امكان دعوى كفاية تحقق

القدر المشترك في الاستصحاب (٤) فتأمل.

و قد استدل للزوم بامور.

احدها استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ للشك في زواله بعد القطع بوجوده فيستصحب بقائه، و إليه اشار المصنف بقوله.

(١) بناء على اصاله اللزوم في الملك للشك في زواله.

و اورد عليه بايرادين.

(٢) الاول: انه من قبيل استصحاب الكلي في القسم الثاني و هو لا يجرى، لان الفرد القصير، و هو الملك المتزلزل، مقطوع الارتفاع بعد الرجوع، و الملك اللازم مشكوك الحدوث فيجرى استصحاب عدم حدوثه.

(٣) الثاني: ان هذا الاصل محكوم باستصحاب علقه المالك الاول.

و المصنف قدس سره لم يتعرض في المقام للجواب عن الاول و اجاب عن الثاني.

(٤) اولاً بان الاستصحاب يجرى في القسم الثاني من اقسام الكلي.

و ثانياً: بان استصحاب بقاء الملك من قبيل استصحاب الشخص لا الكلي، و علله بما سيمر عليك.

و على فرض الشك في كون المستصحب شخصياً ام كلياً يجرى الاصل و ان كان على فرض ثبوت كونه كلياً لا يجرى فيه الاصل. تحقيق القول في المقام يقتضى البحث في مواضع:

الأول: في ان الملك المستصحب في المقام هل هو كلي أو شخصي؟ بمعنى انه القدر المشترك الجامع بين الملك المتزلزل و المستقر، أو هو شخص معين لعدم كون الجواز و اللزوم من الامور المنوعة أو المفردة؟ الثاني: في انه لو ثبت كونه شخصياً هل يجرى الأصل فيه ام لا، و لو ثبت كونه كلياً فهل يجرى فيه الاصل ام لا، و لو شك في ذلك فهل يكون مجرى الاستصحاب ام لا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٨٢

بان انقسام الملك الى المتزلزل و المستقر، ليس باعتبار اختلاف في حقيقته و انما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الاصل،

و منشأ هذا الاختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب (١) و يدل عليه مع انه يكفي في الاستصحاب الشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك و مع ان المحسوس بالوجدان. انشاء الملك في الهبة اللازمة و غيرها على نهج واحد (٢) ان اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع فان كان الأول كان اللازم التفصيل بين اقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع و قصد عدمه أو عدم قصده و هو بديهي البطلان إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه و ان كان الثاني لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ و هو باطل في العقود (٣) لما تقدم ان العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد

الثالث: في انه في المقام هل يكون اصل حاكم عليه.

و بعبارة اخرى: هل يجرى استصحاب بقاء علقه المالك الأول ام لا؟

(١) اما الموضع الاول: فالمصنف قدس سره ذهب الى ان اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب.

و استدلل له بوجهين:

(٢) احدهما: ان الملكية ليست من الامور الواقعية أو التعبدية الشرعية حتى يقال انا لا نعرف حقيقتها، بل هي امر اعتباري يعتبرها المتعاقدان و عليه فحيث نرى بالوجدان و الحس ان انشاء الملك في البيع و الهبة على نهج واحد فيستكشف من ذلك اتحاد حقيقة الملك.

(٣) الثاني: ان اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون التخصيص بجعل المالك أو الشارع.

فان كان الأول لزم التفصيل بين اقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع و عدمه، و هو بديهى البطلان لعدم دخل قصد المالك فى الرجوع و عدمه.

و ان كان الثانى لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو باطل فى العقود.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٣

و ان امكن القول بالتخلف هنا فى مسألة المعاطاء بناء على ما ذكرنا سابقا انتصارا للقائل بعدم الملك من منع وجوب امضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين،

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ما افاده السيد الفقيه فى الحاشية، و هو: ان الظاهر ان الاختلاف بينهما اختلاف فى حقيقتها، فان الملكية فى انظار العرف قسمان، و انهم يرون الملكية الموجودة فى الهبة مغايرة مع الموجودة فى العقود اللازمة.

و فيه: انه بعد توجه الى ان الملكية من الامور الاعتبارية و يعتبرها المالك لغيره،

لا يشك احد فى ان المعتبر فى الموردین شىء واحد، و ان الاختلاف انما هو من ناحية الحكم الشرعى بجواز الفسخ و الرجوع فى مورد دون آخر.

الثانى: ما افاده ايضا فيها، و هو: ان اختلاف السبب إذا لم يكن موجبا لاختلاف المسبب لا يكون مقتضيا لاختلاف الاحكام.

و فيه: ان المصنف قدس سره يدعى ان اللزوم و الجواز من احكام السبب نفسه لا من احكام المسبب، فلا وجه لهذا الايراد.

الثالث: ما افاده قدس سره ايضا و تبعه المحقق الايروانى قدس سره، و هو: انه على فرض اتحاد الحقيقة يكفى فى الاشكال التعدد الفردى كما فى الحيوان المردد بين زيد و عمرو فى الدار إذا كان قاطعا بخروج احدهما المعين.

و فيه: ان المصنف قدس سره يدعى عدم التعدد الفردى ايضا و ان الملك لا يختلف فى الحقيقة النوعية و لا فى الخصوصية الزائدة على الحقيقة، فالمتيقن هو الملك الشخصى المتعين من جميع الجهات حتى من جهة السبب اى المعاطاء، و انما الشك فى ان هذا الشخص هل يكون سببه محكوما باللزوم أو الجواز، فهو نظير ما لو علم بدخول زيد فى الدار و شك فى خروجه من جهة الشك فى انه هل دخل فيها بانيا على البقاء الى ساعة أو الى ساعتين.

الرابع: ما افاده السيد ايضا ايرادا على الوجه الثانى الذى ذكره المصنف قدس سره برهانا لمختاره، و هو: ان التخصيص بالنسبة الى النوعين من المعاملة كالبيع و الهبة مثلا انما يكون

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٤

لكن الكلام فى قاعدة اللزوم فى الملك تشمل العقود ايضا.

من قبل المتعاقدين، و بالنسبة الى النوع الواحد كالبيع انما يكون من قبل الشارع و لا بأس بامضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ، فان هذا المقدار من الاختلاف مغتفر.

و فيه: ان لازم ما افاده فى القسم الأول دوران اللزوم و الجواز فى النوعين مدار قصد المنشئ، و هو بديهى الفساد.

و أما ما ذكره فى القسم الثانى فيرد عليه: ان المصنف لا يدعى استحالة امضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ، بل يدعى انه إذا لم يرد دليل الا على امضاء ما انشأه المتعاقدان كان لازم ذلك وقوع المنشأ على نحو ما قصده، و هذا امر بديهى.

الخامس: ان اختلاف السبب مستلزم لاختلاف المسبب، إذ المتباينان لا يعقل تأثيرهما فى شىء واحد.

و فيه: ان المؤثر فى الملك انما هو الجامع بين السببين، و الاختلاف انما يكون فى خصوصيات السبب المؤثر فى اللزوم و الجواز.

فتحصل: ان شيئاً مما اورد على المصنف قدس سره لا يرد عليه.

و يشهد لعدم كونهما من مقومات الملك و عدم كون الاختلاف بينهما فى حقيقة الملك - مضافا الى ما ذكره المصنف قدس سره:-
وجهان آخران.

احدهما: انه يلزم ان لو انشأ الملكية و لم يقصد اللزوم أو الجواز- و لو بالقصد الى الملكية التى من شأنها ذلك- ان لا تقع الملكية، إذ
الجامع لا يعقل وجوده بدون الفصل المميز.

الثانى: انه لو كانا من مقوماتها لزم امتناع معروضية الملكية الواحدة تارة للزوم و اخرى للجواز مع وضوح خلافه، فان المبيع المنشأ
باللفظ تكون الملكية الحاصلة منه فى زمان الخيار جائزة و بعده لازمة.

و بما ذكر كما ظهر ان الملكية ليست نوعين، كذلك ظهر انها ليست ذات مراتب

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٥

...

و ان الملك الجائر و اللازم ليسا فردين من الملك، نعم لا ننكر ان الاحكام الشرعية التكليفية و الوضعية تابعة للملاكات و لازم ذلك
ان الملك المتخصص بكونه عن سبب تقتضى المصلحة الحكم عليه أو على سببه باللزوم تارة و بالجواز اخرى، و لكن مثل هذه
الخصوصية لا يعقل ان تكون من مفردات الملك الاعتبارى كما لا يخفى.

فتحصل مما ذكرناه: ان الجواز و اللزوم حكمان شرعيان جعللا للسبب أو للمسبب لا يعقل ان يكونا من مقومات الملك و قيوده، و الا
لزم تقدم ما هو متأخر، فالملك فى الموردين شىء واحد.

و أما الموضوع الثانى: فالكلام فيه يقع فى جهات:

الأولى: إذا كان الملك فى الموردين شيئاً واحداً فعلى القول بجريان الاستصحاب فى الاحكام لا كلام فى جريان هذا الأصل.

و أما على القول بعدم جريانه فيها فقد يقال بعدم جريانه فيه لكونه من الاحكام.

و لكن يمكن ان يقال: ان الوجه فى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام انما هو محكوميته لاستصحاب عدم الجعل كما حققناه فى
محلّه، و عليه ففى المقام بما ان جعل الملكية المستمرة مما لا شك فيه، و انما يكون منشأ الشك فى بقاء الملك بعد الفسخ و الرجوع
الشك فى جعل حق الفسخ و الرجوع و الأصل يقتضى عدمه.

فاستصحاب عدم جعل الحكم بنحو يكون باقيا فى زمان الشك الجارى فى سائر المقامات- كما لو شك فى جعل وجوب صلاة
الجمعة فى زمان الحضور خاصة ام الى يوم القيامة، فانه يجرى فيه اصالة عدم جعل الوجوب لها فى زمان الغيبة الحاكم على
استصحاب بقاء الحكم.

لا يجرى فى المقام، و على ذلك فمقتضى الأصل بقاء الملكية.

الجهة الثانية: بناء على تعدد الملك اللازم و الجائر، هل يجرى استصحاب بقاء القدر المشترك بينهما ام لا؟

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٦

...

المصنف قدس سره فى الأصول اختار جريان استصحاب الكلى فى امثال المقام- اى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى- و لكن
فى المقام بعد ما اشار الى مختاره قال:

فتأمل، و قد صار هذا الأمر بالتأمل سبباً للايراد على هذا الأصل بايرادات.

و حيث ان بعضها ايراد على جريان الأصل في هذا القسم مطلقا فقد اغمضنا عن ذكره، لأن محله في الاصول و قد اشبعنا الكلام فيه في زبدة الاصول.

و بعضها ايراد على جريانه في خصوص المقام.

و هو امور:

الأول: ما عن المحقق الخراساني قدس سره و هو: ان الشك في بقاء الكلى في المقام من قبيل الشك في المقتضى، حيث انه يشك في ان الملك الحادث بالمعاطاة هل هو لازم يكون فيه اقتضاء البقاء حتى بعد الفسخ، ام يكون جائزا لا يكون فيه اقتضاء البقاء بعده، فيكون نظير الحيوان المردد بين الفيل و البق.

و فيه: ان الشك في المقتضى الذى ذهب المصنف قدس سره في الاصول الى عدم جريان الاستصحاب فيه هو ما إذا كان عمر المستصحب و امده في عمود الزمان مشكوكا فيه تكوينيا أو تشريعا، كالزوجية المرددة بين الانقطاع و الدوام، و الحيوان المردد بين البق و الفيل، و أما إذا كان عمره معلوما و انه غير محدود بالزمان و كان الشك في رفعه- و لو كان منشأ الشك الشك في وجود المصلحة الداعية في الامور الاعتبارية- فهو من الشك في الرفع. و تمام الكلام في محله.

و المقام من قبيل الثانى، إذ الملكية الحاصلة بالمعاطاة كانت لازمة أو جائزة تكون باقية في عمود الزمان، و انما الشك في رفعه بالفسخ.

الثانى: ان الأصل المزبور لا يثبت عنوان اللزوم.

و فيه: ان الآثار مترتبة على الملكية الجامعة لا على عنوان اللزوم، فلا حاجة الى اثباته.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٧

...

الثالث: ما افاده المحقق النائيني قدس سره و هو: ان استصحاب الكلى انما يجرى إذا كان له مع قطع النظر عن الارتفاع و البقاء نوعان: كالحادث المردد بين الأصغر و الأكبر، و أما في المقام فلا اختلاف في الملك الا بنفس الارتفاع و البقاء، إذ لو ارتفع بالفسخ فهو جائز، و لو بقى بعد فهو لازم، فإذا كان تنوعه بنفس اللزوم و الجواز- اى البقاء و الارتفاع- فلا يجرى الاستصحاب فيه، إذ معنى استصحاب الملك حينئذ هو استصحاب الملك الباقي- اى اللازم- و هو على الفرض مشكوك الحدوث.

و مرجع هذا الاشكال في الحقيقة الى أن النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهم، و فى كل منهما أحد ركنى الاستصحاب منتف، إذ الملك الجائز مقطوع الارتفاع،

و اللازم مشكوك الحدوث من الأول.

و فيه: ان تنوع الملك ليس باللزوم و الجواز، بل هما على هذا المسلك قسمان من الملك، و يمتاز كل منهما عن الآخر، مع قطع النظر عن البقاء و الارتفاع، غاية الأمر ليس لكل منهما اسم خاص، و الا فلا فرق بين الملك و الحادث، فكما ان الثانى ينقسم الى الأصغر و الأكبر و الكاشف عن الاختلاف الاختلاف فى الأثر، كذلك الأول فتدبر.

فالحق ان يقال: ان استصحاب بقاء الكلى فى القسم الثانى انما يجرى فى الموضوعات من جهة ان استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل لا يترتب عليه عدم الكلى، لعدم كون الترتب شرعيا، و ليس بقاء الكلى فيها عين بقاء الفرد، فان ذلك و ان تم فى عالم العين الا انه لا يتم فى عالم الاعتبار و التشريع كما فصل ذلك فى محله.

و لا يكون جاريا فى الاحكام من جهة ان جعل الجامع فيها انما يكون بجعل الفرد.

فلو علم بعدم وجود فرد، و كان مقتضى الاصل عدم وجود الفرد الآخر- لا يكون الشك فى بقاء الكلى باقيا، إذ لا وجود له سوى

وجود الفرد و المقام من قبيل الثاني، فان الملكية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٨٨

و بالجملة فلا اشكال في اصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا،

و كذا لو شك في ان الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز (١) كالصلح من دون عوض و الهبة

انما هي من الاعتبارات الشرعية، فإذا فرضنا العلم بارتفاع الملك الجائز على فرض حدوثه، و جرت اصالة عدم حدوث الملك اللازم، ثبت من ذلك عدم بقاء الملك الجامع بينهما.

لا يقال: ان استصحاب عدم حدوث الملك اللازم يعارض استصحاب عدم حدوث الملك الجائز فيتساقطان فيرجع الى استصحاب بقاء القدر المشترك.

فانه يقال: أن الملك اللازم بما انه يترتب عليه جميع آثار الملك الجائز- غير ارتفاعه بالفسخ- فاستصحاب عدم حدوث الملك الجائز لعدم الاثر لا يجرى، نعم لو كان يثبت به ان الحادث هو الملك اللازم كان جاريا، لكنه لا يثبت.

فتحصل: ان الأظهر عدم جريان استصحاب القدر المشترك في المقام.

و لعله الى هذا نظر المصنف قدس سره حيث امر بالتأمل، كما ان هذا هو مراد السيد الفقيه في حاشيته، فلا يرد عليه شيء مما اورده عليه.

و لا- يخفى انه بناء على ما اخترناه و حققناه في الاصول من جريان الأصل في الفرد المردد- من جهة ان الموجود و ان كان مرددا عندنا و لكن لا يضر ذلك بتيقن وجوده سابقا فيستصحب بقاء ذلك المتيقن سابقا.

لا مانع من استصحابه، و معه لا حاجة الى استصحاب بقاء القدر المشترك، إذ اثر القدر المشترك اثر لكل واحد من الفردين، فلا مانع من اجراء الاستصحاب في الشخص الواقع المعلوم سابقا.

الجهة الثالثة: انه بناء على عدم جريان الاستصحاب في الكلى في امثال المقام و جريانه في الشخصى، لو شك في ان الملك اللازم و الجائز قسمان ام هما شيء واحد،

فهل يجرى الاستصحاب فيه لو شك في زواله بالفسخ ام لا؟

(١) و المصنف قدس سره ذهب الى جريانه قال و كذا لو شك في ان الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز.

و اورد عليه السيد فى الحاشية- و جمع من المحققين- بانه مع هذا الشك لا يكون

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٨٩

...

المستصحب محرزا فكيف يكون جاريا.

و لكن يمكن توجيه ما افاده المصنف قدس سره: بان عدم جريان الاستصحاب في الكلى في القسم الثانى انما يكون من جهة جريان اصالة عدم حدوث الفرد الطويل، و الافع عدم جريان الاصل فيه للتعارض أو لغيره لا ريب في جريان الاصل في الكلى.

و فى المقام بما انه لم يحرز كون الملك اللازم فردا أو نوعا آخر لا تجرى اصالة عدم حدوثه، و معه لا مانع من اجراء الأصل في الملك الموجود كان كليا ام شخصا.

فتدبر فانه دقيق.

و أما الموضوع الثالث: فقد قيل: انه يعارض هذا الأصل اصلا ان آخرا، و هما مقدمان للحكومة.

احدهما: اصاله بقاء علقه المالك الأول، فانه يشك في ان علقه المالك الأول هل انقطعت بالمره بالمعاطاه، ام بقيت مرتبه ضعيفه منها اثرها جواز الرجوع فيستصحب بقائها- بعد كون قوة العلقه و ضعفها من مراتب شىء واحد لا أنهما امران متباينان- فإذا جرى هذا الأصل لا يبقى شك في بقاء الملك كى يستصحب، فان الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق و عدمه. و فيه: ان العلقه الثابته للمالك لم تكن الا للملكيه، و تتبعها السلطنه على التصرفات، اما الملكيه فهى قد زالت بالبيع و الا لزم اجتماع المالكين على شىء واحد- و لم يبق منها شىء لعدم ثبوت المراتب لها- و أما السلطنه فهى تابعه للملكيه فلا محاله تكون زائله. و دعوى ان للشخص سلطنه على ماله و سلطنه على تسليط الغير عليه حدوثا و بقاء و بالبيع زالت السلطنه عليه، و كذلك السلطنه على تسليط الغير حدوثا، اما السلطنه على تسليط الغير بقاء فهى مشكوكه الارتفاع فيستصحب بقاؤها، و نتيجة ذلك منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٣، ص: ٩٠ نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة (١)

جواز رفع سلطنه الغير بالفسخ.

مندفعه بان السلطنه على رد الملك سلطنه جديده ان ثبتت فانها تثبت فى ظرف عدم الملك، فكيف تكون من آثار الملك. فالحق ان حق الفسخ ان ثبت فهو حق حادث بعد زوال العلقه الاولى.

ثانيهما: استصحاب بقاء حق الفسخ الثابت فى زمان ثبوت خيار المجلس، فانه يشك فى زواله و بقائه بعد الافتراق، فيستصحب بقاؤه. و فيه: ان ذلك الحق قد زال بالافتراق قطعاً لقوله عليه السلام فإذا افترقا وجب البيع «١» فلو كان الحق باقياً فهو حق آخر مشكوك الحدوث تجرى اصاله عدم ثبوته.

و الكلى الجامع بينهما لا يجرى الاصل فيه لان الاستصحاب حينئذ من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى، و المختار عندنا عدم جريان الأصل فيه الا إذا عد الفردان مرتبتين من شىء واحد حتى فيما إذا احتمل حدوث الفرد الآخر مقارنة لحدوث الفرد الزائل قطعاً. مضافاً الى انه من قبيل استصحاب الحكم الشرعى، و المختار عدم جريانه. فتحصل مما ذكرناه: ان استصحاب بقاء الملك يجرى و يحكم بواسطته باللزوم.

(١) قوله نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة و ذلك فيما إذا تعلق الغرض بتعيين السبب لا الملكيه بعد الفسخ إذ لا أصل يعين الواقع فى الخارج، و أما فيما إذا كان الغرض متعلقاً ببقاء الملك بعد الفسخ و عدمه، فيكون مدعى اللزوم منكراً و مدعى الجواز مدعياً لموافقه قول المدعى للزوم للاصل.

دليل السلطنه

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار، حديث ٤.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٣، ص: ٩١

و يدل على اللزوم مضافاً الى ما ذكر عموم قولهم (قوله) الناس مسلطون على اموالهم (١) فان مقتضى السلطنه ان لا يخرج عن ملكيته (ملكه) بغير اختياره فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنه المطلقة فاندفع ما ربما يتوهم ان غاية مدلول الروايه سلطنه الشخص على ملكه و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الاصلى. و لما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله فى الشرائع على

لزوم القرض بعد القبض بأن فائدة الملك السلطنة و نحوه العلامة رحمه الله في موضع آخر

(١) هذا هو الدليل الثاني: و هو قوله صلى الله عليه و آله الناس مسلطون على اموالهم «١» و تقريب الاستدلال به وجهان: احدهما: التمسك بعموم هذا الدليل و اطلاقه الزماني أو الاحوالى الشامل لما بعد الفسخ بان يقال: ان مقتضى عموم ثبوت السلطنة للمالك بعد فسخ المالك الأول و رجوعه، و لازم ذلك عدم تأثير الفسخ و رجوعه. و فيه: ان موضوع السلطنة هو مال الانسان و ملكه، و ثبوته بعد الفسخ غير محرز، إذ لو كان الفسخ مؤثرا لما كان الموضوع باقيا، و مع الشك في صدق الموضوع لا مجال للتمسك بالاطلاق. ثانيهما: التمسك باطلاق هذا الدليل الشمولى لجميع انحاء التصرفات، و من جملتها دفع مزاحمة الاجانب و منهم المالك الأول، و لازمه عدم تأثير فسخه. و بعبارة اخرى: خروج المال من ملكه بغير اختياره مناف لسلطنة المالك على ماله، فمقتضى اطلاق دليل السلطنة عدم خروجه و عدم تأثير رجوع المالك الأول. و اورد عليه بايرادات: الأول: ان الدليل انما يدل على سلطنة المالك على ماله لا على عدم ثبوت السلطنة لغيره، فلا يدل على عدم ثبوت هذا الحق للمالك الأول. و فيه: ان لازم السلطنة التامة على جميع التصرفات سلطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على ما يزاحم سلطنته، و الا لم تكن سلطنة مطلقة، فتملك الغير بلا رضا منه مناف

(١) البحار، ج ٢، ص ٢٧٢، الطبع الحديث و ج ١، ص ١٥٤، الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٢

...

للسلطنة المطلقة فليس له ذلك.

الثاني: ان دليل السلطنة انما يدل على عدم محجورية المالك و استقلاله فى التصرفات، و لا يدل على ازيد من ذلك. و يرد عليه: ما تقدم عند ذكر الاستدلال به على مملكية المعاطاة. فراجع.

الثالث: ان حق الفسخ على فرض ثبوته للمالك الأول فى المقام انما هو بمعنى حق فسخ العقد. و بعبارة اخرى: متعلقه العقد لا العين فلا ينافى ثبوته السلطنة.

و فيه: ان نتيجة ثبوت هذا الحق بما انها خروج المال عن ملكه بغير رضا منه، فثبوته ينافى السلطنة المطلقة الثابتة به للمالك، فينتفى به.

الرابع: ان السلطنة المنافية لسلطنة المالك انما هى السلطنة على التصرف فى ماله، و أما التصرف المزيل للموضوع فلا ينافى السلطنة المنافية فى المال.

و بعبارة اخرى: ان هذا الدليل كسائر الأدلة انما يدل على ثبوت الحكم فى ظرف ثبوت الموضوع و لا يكون متعرضا لبقاء الموضوع و ارتفاعه، و عليه فكما ان هذا الدليل لا يدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض، كذلك لا يدل على عدم سلطنة الغير على ازالتها.

و ان شئت قلت: ان هذا الدليل كما لا يدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية، كذلك لا يدل على السلطنة على ابقائها كي تكون سلطنة الغير على ازلتها منافية لسلطنة المالك على ماله. و لا- يتوهم انا ندعى عدم دلالته على تسلط المالك على تمليك ماله للغير. لما عرفت في البحث عن مملكية المعاطاة الفرق بين تمليكه ماله للغير و بين ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض، و ان هذا الدليل يدل على ثبوت الأول دون الثاني، و عليه فهو يدل على عدم سلطنة احد على تملك مال الغير بلا عوض أو معه، و لا يدل على عدم سلطنته منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٣ و منه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام

لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه (١)

حيث دل على انحصار سبب حل مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحل بغير رضاه و توهم تعلق الحل بمال الغير و كونه مال الغير بعد الرجوع اول الكلام مدفوع بما تقدم من ان تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك ايضا، فلا يحل التصرف فيه و لا تملكه الا بطيب نفس المالك

على ازالة الملكية عنه بالرجوع- فتدبر فانه دقيق.

فالأظهر انه لا يدل على اللزوم.

(١) هذا هو الثالث: من ادلة اللزوم و هو ما دل على انه: لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه «١».

و تقريب الاستدلال به بوجهين كما في دليل السلطنة، بل التقريب الثاني المتقدم هناك في المقام اوضح، فان صريح مدلوله عدم جواز التصرف في مال الغير بلا رضاه، و الجواب عن الوجهين ما تقدم.

و يمكن ان يجاب عن التقريب الثاني- الذي هو العمدة في المقامين- في هذا المقام بجواب آخر و هو:

ان الحلية من جهة استنادها الى المال لا إلى المعاملات ظاهرة في الحلية التكميلية، ألا ترى انه لم يحتمل احد في قوله عليه السلام كل شيء حلال ان يدل على نفوذ المعاملات.

و بالجملة: لا ريب في ظهورها في الحلية التكميلية، و قد تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح: ان الحرمة التكميلية لا تستلزم الفساد، و عليه فهذا الدليل اما لا يشمل الفسخ للعلم بعدم حرمة تكليفها، أو يشملها و لا يدل على عدم نفوذه.

(١) هذا المضمون في كثير من الاخبار راجع الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي و المستدرك ج ١، ص ٢٢٢، و فروع الكافي ج ١، ص ٤٢٦ و الاحتجاج ص ٢٦٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٤

و يمكن الاستدلال ايضا بقوله تعالى: (و لا- تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض). (١) و لا- ريب ان الرجوع ليست تجارة و لاعن تراض، فلا يجوز اكل المال و التوهم المتقدم في السابق غير جار هنا لأن حصر مجوز اكل المال في التجارة انما يراد به اكله على ان يكون ملكا للأكل لا لغيره (٢) و يمكن التمسك ايضا بالجملة المستثنى منها حيث ان اكل المال و نقله عن مالكة بغير رضی المالك اكل و تصرف بالباطل عرفا (٢) نعم بعد اذن المالك الحقيقي و هو الشارع و حكمه التسلط على فسخ المعاملة من

دون رضى المالك يخرج عن البطلان.

آية التجارة عن تراض

(١) هذا هو الدليل الرابع: و هو قوله تعالى: (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم «١»).

وقد استدل المصنف رحمه الله بكل من المستثنى و المستثنى منه.

اما الأول: فقد استدل به بتقريبين:

الأول: ما فى اول الخيارات و هو انه يدل على جواز الاكل مطلقا بسبب التجارة عن تراض حتى فيما بعد الفسخ، و لازم ذلك عدم نفوذ الفسخ.

وفيه: ما تقدم فى دليل السلطنة من انه تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية، حيث انه لا يعلم بقاء الملك بعد الرجوع.

مع انه يتوقف الاستدلال على ارادة جميع التصرفات من الأكل لا التملك.

(٢) التقريب الثانى: ما ذكره فى المقام من انه حصر مجوز الاكل فى التجارة،

و المراد به اكله على ان يكون ملكا للاكل، و من المعلوم ان الفسخ ليس تجارة و لاعن تراض.

وفيه: انه قد سيصرح فى مبحث الاكراه بان الاستثناء منقطع غير مفرغ، و هو لا يفيد الحصر، و هذا هو الظاهر من هذا الاستثناء كما

سيمر عليك، و عليه فلا دلالة لهذه الجملة على الحصر، فلا وجه للاستدلال بها.

(٣) و أما المستثنى منه فقد استدل به بتقريب: ان اكل مال الغير و تملكه بغير رضاه

(١) النساء: ٢٩.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٩٥

ولذا كان اكل المارة من الثمرة الممرور بها اكلا بالباطل لو لا اذن المالك الحقيقى. و كذا الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير

ذلك من الاسباب القهرية هذا كله مضافا الى ما دل على لزوم خصوص البيع، مثل قوله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار ما لم

يفترقا. (١)

اكل و تصرف بالباطل عرفا.

وفيه: اولاً: انه و ان كان المراد بالباطل هو الباطل العرفى لا الشرعى، الا انه حيث يكون اذن المالك الحقيقى موجبا للخروج عن كونه

باطلا و يحتمل فى المقام اذنه فى الفسخ، فكون الفسخ من الباطل مشکوك فيه، و مع الشك فى صدق الموضوع كيف يتمسك

بحكمه.

و ثانياً: انه يحتمل اختصاص الآية بالمعاوضات من جهة التعبير ب اموالكم بينكم الظاهر فى اعطاء مال و اخذ مال، و الرجوع ليس منها،

فانه رد للملك، و يستتبع ذلك رجوع العوض لا انه تملك بعوض.

و ثالثاً: ان الفسخ إذا كان حلا للعقد فلا تشمله الآية الشريفة لانه ليس سببا للاكل،

بل هو انما يرفع السبب المملك، و بعده يكون الملك بالسبب الأول.

فتحصل: انه لا يصح الاستدلال على اللزوم بهذه الآية الشريفة.

دليل لزوم خصوص البيع

(١) الخامس: قوله عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. «١» و تقريب الاستدلال به بعد فرض صدق البيع على المعاطاء و البيع على المتعاطى.
واضح.
و اورد عليه.

تارة: بانه يدل على اللزوم الحيثى لا اللزوم من جميع الجهات، و لذا لا ينافى ثبوت خيار الحيوان و الشرط و نحوهما.
و اخرى: بانه فى مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسك باطلاقه.
و ثالثة: بما افاده المحقق النائينى قدس سره و هو انه: انما يدل على اللزوم و الجواز

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الخيار حديث ٣ و بمضمونه اخبار اخر فى ذلك الباب.
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٩٦
و قد يستدل ايضا بعموم قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) بناء على ان العقد

الحقيين لا اللزوم الحكمى، و فى المعاطاء ان ثبت اللزوم فهو حكمى.
و فى الجميع نظر.

اما الأول: فلكونه خلاف اطلاق الخبر.

و أما الثانى: فلأنه فى مقام جعل الخيار قبل التفرق، و اللزوم بعده، و لذا فى بعض النصوص قال عليه السلام بعد ذلك: فإذا افترقا فلا خيار لهما.

و أما الثالث: فلأن اللزوم مطلقا حكمى، بمعنى انه مجعول شرعى لا من منشآت المتعاقدين، و لذا لو اوقعا العقد غير قاصدين له بل للجواز لا يتصف العقد الا به كما لا يخفى.
فالأظهر صحة الاستدلال بهذا الوجه لزوم المعاطاء.

آية الوفاء بالعقد

(١) هذا هو الوجه السادس و هو قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» و تنقيح القول فيه برسم امور:

الأول: ان العقد غير العهد، فان العهد، هو الجعل و القرار، و هو يشمل العهود الالهية،

اى التكاليف و سائر مجعولاته، و لو كان ذلك من قبيل المناصب كالخلافه، كما فى قوله تعالى: لا ينال عهدى الظالمين «٢».

و أما العقد: فهو ربط شىء بشىء، و منه عقد الازار لربطه، و عقده اللسان لارتباطه المانع عن ارساله.

و العقد فى اصطلاح الفقهاء فى قبال الايقاع، و هذا معنى شامل للارتباطات الواقعة فى النفس و الارتباطات المتعلقة بالاعتباريات، فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالآخر.

(١) المائدة، آيه ٢.

(٢) البقرة، ١٢٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٧

هو مطلق العهد كما في صحيحه عبد الله بن سنان، أو العهد المشدد كما عن بعض اهل اللغة (١) و كيف كان فلا- يختص باللفظ فيشمل المعاطاة

و بما ذكرناه ظهر ان ما في المتن تبعا لجملة من اللغويين و تبعه جمع من المحشين.

(١) من تفسيره بالعهد أو المشدد منه، غير صحيح.

كما ان ما افاده المحقق النائيني قدس سره في وجه عدم صدق العقد على المعاطاة: بان العقد انما يسمى عقدا لكونه مفيدا للعهد المؤكد و الميثاق، اى التزام المتبايعين بما أنشئاه و الفعل قاصر عن افادة هذا المعنى، فانه انما يفيد تبديل احد طرفى الاضافة بمثله، و لا يدل على الالتزام المزبور، و هذا بخلاف اللفظ فانه يدل عليه بالالتزام.

غير تام، فان العقد لا دخل للفعل و القول فيه، بل هو امر نفساني، يكون الكاشف عنه تارة القول و اخرى الفعل.

الثانى: ان الوفاء عبارة عن التمام أو ما يقاربه، و الايفاء عبارة عن الانتماء و الانتهاء، و عليه فان كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده، و ان كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على ملكية عين بعوض كان الوفاء به اتمامه و عدم رفع اليد عنه بحله و نقضه. و بذلك يظهر امران.

الأول: ان ما افاده بعضهم من ان المراد بالوفاء بالعقد فى المقام تسليم العوضين،

غير تام، إذ العقد لم يتعلق بترتيب آثار الملك، فهو اجنبى عن الوفاء به.

الثانى: ان ما افاده المحقق الايروانى قدس سره من ان العقد على النتيجة لا يكون مشمولاً للآية- إذ العقد عليها اما ان يؤثر فى وقوعها او لا، و على كل حال لا عمل خارجى له من العاقد حتى يخاطب بخطاب اوفوا. فى غير محله.

الثالث: ان الأمر بالوفاء اما ان يكون ارشاديا، أو يكون امرا مولويا نفسيا، و على الأول: حيث انه لا معنى لكونه ارشادا الى الصحة- لما عرفت من ان الوفاء بالعقد فى المقام عبارة عن اتمامه و عدم رفع اليد عنه و هذا فرع نفوذه و صحته- فلا محالة يكون

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٨

و كذلك قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) فان الشرط لغه مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ.

ارشادا الى اللزوم.

و قد ادعى المحقق النائيني ظهوره فى ذلك بدعوى انه كما يكون للأمر و النهى فى باب المركبات ظهور ثانوى فى الارشاد الى الجزئية و المانع، كذلك فى المعاملات يكون، ارشادا الى حكم وضعى، و هو فى المقام اللزوم و عدم تأثير الفسخ و الرجوع، فعلى هذا دلالة على لزوم المعاطاة واضحة، و لكن لم يثبت هذا الظهور.

و ان كان مولويا نفسيا: فيمكن تقريب دلالة على اللزوم و عدم تأثير الفسخ بوجهين:

احدهما: ان وجوب الوفاء و عدم جواز الفسخ لو كان فانما هو بمناسبات عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، و لا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق، و من عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.

ثانيهما: الاجماع على انه لو كان حراما كان غير مؤثر، و انه لو كان مؤثرا لما كان حراما.

فتحصل: ان الأظهر دلالة هذه الآية الشريفة على اللزوم في المعاطاة.

دليل الشرط

(١) هذا هو الوجه السابع: وهو قوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم. «١» و تقريب الاستدلال به على المشهور: ان الشرط لغة: مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ. وفيه ان الاستدلال به على اللزوم انما يتوقف على امرين: صدق الشرط على المعاملات كالبيع. ودلالته على اللزوم.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٩

...

اما الأول: فمع قطع النظر عما سيأتي في مبحث الشروط من الكلام في صدق الشرط على الالتزامات المعاملية، حيث انه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام لا يصدق الشرط على الالتزام الابتدائي. وبعبارة اخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، ولذا قال في محكي القاموس: الشرط الزام الشيء أو التزامه في البيع ونحوه، ولا يصدق على الالتزام المستقل الابتدائي، فلا يصدق الشرط على البيع. و أما الثاني: فالأظهر انه انشاء حكم تكليفي لا وضعي، وذلك لان مضمونه لو كان عدم انفكاك الشرط عن المؤمن كان يحتمل ارادة اللزوم منه أو الصحة، ولكن بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه- وهذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك ارشادا الى صحته أو لزومه بل هو صفة في المؤمن- فلا محالة يكون ظاهرا في كونه أمرا بالوفاء بالشرط تكليفا. و عليه فيجرب فيه ما ذكرناه في دليل وجوب الوفاء بالعقد. فراجع.

الثامن: السيرة العقلانية، فانها قائمة على لزوم كل معاملة صحيحة.

وبعبارة اخرى: ان العقلاء- بما هم عقلاء- ملتزمون بعدم جواز الرجوع في كل معاملة بنوا على صحتها، و حيث ان الشارع الاقدس لم يردع عنها- لما ستعرف من عدم تامة ما استدل به على عدم اللزوم- فيستكشف من ذلك امضاؤه لها. التاسع: النصوص الخاصة استدلت بها السيد الفقيه قدس سره.

مثل صحيح جميل عن الامام الصادق عليه السلام الوارد فيمن اشترى طعاما و ارتفع أو نقص في القيمة و قد اکتال بعضه فابى صاحب الطعام ان يسلم له ما بقى و قال: ان لك ما قبضت، فقال: ان كان يوم اشتراه ساعره على انه له فله ما بقى. «١»

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب احكام العقود حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠٠

و الحاصل ان الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع، مما لا ينكر الا ان الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم

المعاطاة (١) بل ادعاه صريحا بعض الاساطين في شرح القواعد و يعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به قائل الى زمان بعض متأخرى المتأخرين فان العبارة المحكية عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به فان المحكى عنه انه قال: ينعقد البيع، على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبائع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالابدان، انتهى.

وجه الدلالة: انه عليه السلام حكم بالزوم بمجرد المساعرة، و ان لم يكن الانشاء باللفظ و نحوه غيره.

و فيه: ان هذه النصوص واردة في مقام بيان حكم آخر فلا يصح التمسك باطلاقها.

فتحصل مما ذكرناه: ان الاستصحاب، و السيرة و دليل وجوب الوفاء بالعقد، و دليل لزوم البيع بالخصوص، تدل على لزوم المعاطاة.

ادلة عدم لزوم المعاطاة و الجواب عنها

المورد الثانى: فيما استدل به على عدم اللزوم:

و هو امور.

(١) احدها: الاجماع.

و تقريبه من وجهين:

الأول: الاجماع البسيط على عدم اللزوم، و قد ادعاه غير واحد.

و فيه: اولاً: انه غير ثابت، كيف و ان ظاهر ما عن العلامة قدس سره في التذكرة و المختلف من نسبة اعتبار الصيغة فى اللزوم الى الأشهر و الاكثر وجود قائل معتد به بعدم الاعتبار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠١

و يقوى ارادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم و كانه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمه الله انه لا بد فى البيع عندهما من لفظ مخصوص و قد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعا و هو نص فى عدم اللزوم و لا يقدح كونه ظاهرا فى عدم الملكية الذى لا نقول به و عن جامع المقاصد يعتبر اللفظ فى العقود اللازمة بالاجماع.

نعم قول العلامة رحمه الله فى التذكرة ان الاشهر عندنا انه لا بد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به فى المسألة و لو كان المخالف شاذ العبر بالمشهور و كذلك نسبه فى المختلف الى الأكثر و فى التحرير ان الأقوى ان المعاطاة غير لازمة، ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو اكثرهم الى انها ليست مملكة، و انما تفيد الاباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا (١) إذ القول باللزوم فرع الملكية و لم يقل بها البعض من تأخر عن المحقق الثانى تبعاله، و هذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور

(١) و ثانيا: ان اغلب المجمعين بانون على عدم افاده المعاطاة للملكية، فيكون الاتفاق تقييدا لا يفيد. و لا يكون كاشفا إذ القول باللزوم فرع الملكية و لا يقول الاكثر بها.

و ثالثا: ان مدرك المجمعين معلوم، فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم.

الثانى: الاجماع المركب.

بتقريب: ان الأصحاب بين من يقول بعدم افادتها الملك، و من يقول بعدم لزومها.

فالقول باللزوم احداث للقول الثالث.

و فيه: اولاً: انه ليس اجماعا لوجود القائل باللزوم.

و ثانيا: ان ليس اجماعا تعديدا كاشفا عن رأى المعصوم كما تقدم.

و ثالثا ان كون الأصحاب على قولين لا يفيد فى الاجماع المركب ما لم يكن اجماعا على عدم الثالث، و فى المقام، حيث ان القائلين بعدم افادتها الملك لم يصرحوا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٢

لان قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع. نعم يمكن ان يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور ان اصحابنا بين قائل بالملك الجائر و بين قائل بعدم الملك رأسا.

فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل.

و كيف كان فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عن قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل لما ذكرنا و ان كان هذا لا يقدر فى الاجماع على طريق القدماء كما بين فى الأصول.

و بالجملة فما ذكره فى المسالك من قوله بعد ذكر قول من لم يعتبر مطلق اللفظ فى اللزوم ما احسنه و ما امتن دليله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه فى غاية الحسن و المتانة و الاجماع، و ان لم يكن محققا على وجه يوجب القطع الا ان المظنون قويا تحققه على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على انشاء التملك سواء لم يوجد لفظ اصلا ام وجد، و لكن لم ينشأ التملك به بل كان من جملة القرائن على قصد التملك بالتقابض. و قد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار (١) بل يظهر منها ان ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفا بين اهل السوق و التجار،

بعدم اللزوم على تقدير القول بالملك، فلا يفيد.

الثالث: الاخبار الخاصة التى اشار إليها المصنف قدس سره بقوله.

(١) و يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار.

و يمكن ان يكون نظره الى ما تقدم فى ادلة افادة المعاطاة الملك من الخبر الوارد فى بيع المصحف «١» و الوارد فى بيع اطنان القصب «٢».

و يمكن ان يكون نظره الى ما سينقله من الأخبار التى ادعى اشعارها أو ظهورها.

فان كان نظره الى الأول فيرد عليه ما تقدم، و ان كان الى الثانى فسيأتى ما فيه.

(١) الوسائل، باب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٣

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيرة التى يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضى (١) نعم ربما يكتفون بالمصافقة فقول البائع برك الله لك أو ما ادى هذا المعنى بالفارسية. نعم يكتفون بالتعاطى فى المحقرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم الاكتفاء فى اللزوم بمطلق الانشاء القولى غير بعيد للسيرة و لغير واحد من الاخبار كما سيجىء ان شاء الله تعالى فى شروط الصيغة

(١) الرابع سيرة المتشرعة، فان بناءهم فى البيوع الخطيرة التى يراد بها عدم الرجوع على عدم الاكتفاء بالمعاطاة، و فى المحقرات ينكرون على من امتنع عن الرجوع مع بقاء العينين إذا كان انشاء البيع بالتعاطى.

وفيه: ان هذه السيرة لم يثبت كونها مستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام، بل يحتمل قويا كونها مستندة الى فتوى المراجع و الفقهاء، فلا تفيد.

الخامس: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و حاصله: ان اللزوم على قسمين: لزوم حكيمى، و لزوم حقى. و الأول: انما هو ما يجعله الشارع الأقدس فى موارد لمصلحة تدعو الى ذلك كما فى الهبة بذى الرحم، و اثر هذا عدم جواز جعل الخيار و عدم صحته الاقالة، و يقابل هذا الجواز الحكيمى كما فى الهبة بغير ذى الرحم، و اثره عدم جواز الاسقاط. و الثانى: انما يكون بانشاء المتعاقدين كما فى البيع اللفظى، فان البائع ينشأ باللفظ امرين: احدهما: تبديل أحد طرفى الاضافة بمثله، ثانيهما: الالتزام ببقاء بدلية المبيع للثمن.

و الأول مدلول مطابق للفظ، و الثانى مدلول التزامى له و يقابل هذا الجواز الحقى و هو ما جعل فيه الخيار. و فى المعاطاة ليس شىء من اللزومين، اما الأول: فلعدم الدليل عليه، و أما الثانى: فلأن الفعل قاصر عن افادة الالتزام ببقاء البدلية و ان قصد المتعاقدان ذلك، إذ مجرد البقاء القلبى ما لم ينشأ لا- يفيد فى باب المعاوضات، و الفعل من جهة عدم كونه مصداقا لهذا العنوان لا يصلح لكونه انشاء له، فادلة اللزوم من جهة تضمنها اللزوم الحقى منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٤

بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطاة تارة على عدم افادة المعاطاة اباحة التصرف، و اخرى على عدم افادتها اللزوم جمعا بينه و بين ما دل على صحته مطلق البيع، كما صنعه فى الرياض و هو قوله عليه السلام انما يحلل الكلام و يحرم الكلام و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقة الاسلام فى باب بيع ما ليس عنده و الشيخ فى باب النقد و النسبة عن ابن ابى عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نجيج، قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يجيئنى و يقول اشتر لى هذا الثوب و اربحك كذا و كذا فقال:

أليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك قلت: بلى، قال: لا بأس انما يحلل الكلام و يحرم الكلام. (١) و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات اخر مجردة عن قوله عليه السلام انما يحلل انتهى. كلها تدل على انه لا بأس بهذه المواعدة و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل ان يشتريه من صاحبه. و نقول ان هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها:

- الذى لا يمكن القول به فى المعاطاة- لا تشملها، و تختص بالبيع اللفظية، فتكون المعاطاة جائزة لا بالجواز الحكيمى التعبدى و لا بالجواز الحقى من جهة عدم تحقق منشأ اللزوم.

وفيه: اولاً- ان اللزوم مطلقا يكون بجعل الشارع، و لذا لو قصد المتعاقدان الجواز فى البيع اللفظى لما حكم به، غاية الأمر فى بعض الموارد جعل حق الخيار و الاقالة، و فى بعض الموارد لم يجعل ذلك و الا فاللزوم مطلقا انما يكون بجعل منه و عليه فالادلة الدالة على لزوم البيع انما تكون دالة على لزوم المعاطاة كالباع اللفظى بلا فرق بينهما اصلا.

و ثانياً: ان الفعل كما يكون قاصرا عن افادة الالتزام ببقاء البدلية، كذلك اللفظ قاصر عن افادته، إذ ليس ذلك لازما لقصد تبديل المال بالمال كى يكون اللفظ الدال عليه دالا عليه بالدلالة الالتزامية.

(١) السادس: خبر خالد بن نجيج «١» - أو الحجاج- المذكور فى المتن.

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٥

الأول: ان يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل (١) بمعنى ان تحريم شىء، و تحليله لا- يكون الا بالنطق

بهما فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام و لا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون الاقوال.

و تقريب الاستدلال به: انه عليه السلام حصر المحلل و المحرم في الكلام- اي اللفظ- فلا يكون الفعل محللا و محرما. و فيه أن هذا الحديث مجهول على تقدير و حسن على تقدير آخر، إذ لو كان الخبر مرويا عن ابن نجیح فهو مجهول، و لو كان عن ابن الحجاج يكون حسنا، و حيث لم يثبت كونه عن ابن الحجاج فمن حيث السند لا يتم الاستدلال به. و أما من حيث الدلالة فقد ذكر المصنف قدس سره للمراد من الجملة التي ذكرت علة، اي قوله عليه السلام انما يحلل الكلام و يحرم الكلام- احتمالات اربعة، و ستمر عليك.

و هنا احتمال خامس لعله الظاهر من الخبر ذكره صاحب الجواهر قدس سره و المحقق الخراساني و المحقق الاصفهاني و المحقق الايرواني.

و حاصله: ان المراد بالكلام الالتزام البيعي، و المراد بالمحلل و المحرم الممنوعين إليه محللي الإيجاب للمبيع على المشتري و الثمن على البائع، و محرمية المبيع على البائع و الثمن على المشتري، و اطلاق الكلام على الالتزام شائع، مثل (كلام الليل يمحوه النهار). فالتحصّل من الخبر: ان المشتري حيث انه ان شاء اخذ و ان شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة، و انما الواقع صرف المواعدة و المقاوله، فلا بأس لعدم كونه حينئذ من بيع ما ليس عنده، و هذا بخلاف ما إذا تحقق ايجاب البيع، و انطبق هذه الجملة على جوابه عليه السلام على هذا في غاية الوضوح، و عليه فهذا الخبر اجنبي عما استدل به له و هو اعتبار اللفظ في اللزوم. و أما الاحتمالات التي ذكرها المصنف قدس سره فشيء منها لا يخلو عن الاشكال، و هي اربعة.

(١) الاول: ان يكون المراد بالكلام اللفظ، فيكون المراد انحصار المحلل و المحرم باللفظ دون القصد المجرد، و دون الفعل مع القصد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠٦

الثاني: ان يراد بالكلام: اللفظ مع مضمونه كما في قولك: هذا الكلام صحيح أو فاسد لا مجرد اللفظ اعني الصوت و يكون المراد ان المطلب الواحد يختلف الحكم الشرعي حلا و حرمة باختلاف المضامين المؤدات بالكلام مثلا: المقصود الواحد و هو التسليط على البضع مدة معينة يتأتى بقولها ملكتك بضعي أو سلطتك عليه أو آجرتك نفسي أو احللتها لك و بقولها متعت نفسي بكذا، فما عدا الاخير موجب لتحريره و الاخير محلل (١) و على هذا المعنى ورد قوله عليه السلام انما يحرم الكلام في عدة من روايات المزارعة. منها ما في التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر، فقال لا ينبغي له ان يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض ازرع في ارضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط و لا يسمى بذرا و لا بقرا فانما يحرم الكلام.

و يرد عليه امور:

منها: لزوم تخصيص الاكثر، فان التذكية تحلل الحيوان، و ذهاب الثلثين يحلل العصير المغلى بالنار، و انقلاب الخمر خلا يحلل الخمر، و الحيازات تحلل الأموال، و موت المورث يحلل المال للورثة، الى غير تلكم من الموارد. و منها: ان لازم هذا عدم افادة المعاطاة الاباحة و لا التملك، و هو خلاف الاجماع.

و منها: عدم انطباقه على جواب الامام عليه السلام، فانه في صدد بيان ان بيع ما ليس عنده فاسد، و ان مجرد المقاوله لا بأس به، و عليه فالتعليل المذكور غير مربوط بهذا كما لا يخفى.

(١) الثاني: ان يكون المراد ان المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الالفاظ المفيدة له، مثلا التسليط على البضع مدة معينة يتحقق

بتمتع نفسى بكذا، و يكون هذا محللا له، و لا يتحقق بملكتهك بضعى بكذا، و يكون هذا محرما له.
و يرد عليه:

اولا: انه لا ينطبق على المورد، فان فى المورد مضمونين احدهما: المواعده:

و ثانيهما: البيع، و الامام عليه السلام بصدد بيان ان الاول لا بأس به و الثانى فيه باس
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٧

الثالث: ان يراد بالكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده محللا و عدمه محرما أو بالعكس أو باعتبار محله و غير محله، فيحل فى محله و يحرم فى غيره (١) و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة فى المزارعة.

الرابع: ان يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله و المواعده و من الكلام المحرم ايجاب البيع و ايقاعه (٢) ثم ان الظاهر عدم ارادة المعنى الاول لأنه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث ان ظاهره حصر اسباب التحليل و التحريم فى الشريعة، فى اللفظ يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور فى الخبر جوابا عن السؤال مع كونه كالتعليل له لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات اخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة و لا دخل لاشتراط النطق فى التحليل و التحريم فى هذا الحكم اصلا، فكيف يعلل به

و ثانيا: ان التحريم على هذا ليس مستندا الى الكلام.

و ثالثا: ان المناسب لهذا المعنى تنكير الكلام فى الموردین:

(١) الثالث: ان يكون المراد بالكلام فى الموردین الكلام الواحد، و يكون تحليله و تحريمه باعتبار وجوده و عدمه، أو باعتبار محله و غير محله، مثل: عقد النكاح يحلل إذا كان العاقد محلا، و يحرم إذا كان محرما.

و يرد عليه: ان التحليل و التحريم باعتبار الوجود و العدم فى غاية البعد، فانه مضافا الى ان الظاهر منه ما هو بالحمل الشائع كلام- أ لا ترى انه لم يحتمل احد ارادة العدم فى غير المقام، مثلا لم يحتمل احد فى قوله تعالى و لله على الناس حج البيت ان المراد عدم الحج- ان تقدير العدم ينافى وحدة السياق.

مع ان نسبة المحللية الى عدم الشيء لا تصح، إذ العدم لا يؤثر فى الصحة.

و أما باعتبار وقوع الكلام فى محله و فى غير محله فهو ايضا لا يتم، إذ الايجاب الواقع فى غير محله لا يكون محرما، لان عدم الحلية انما يكون لعدم حصول الايجاب الصحيح لا لحصول الايجاب الفاسد.

(٢) الرابع: ان يراد بالكلام المحلل خصوص المقاوله، و من الكلام المحرم ايجاب

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٨

و كذا المعنى الثانى، إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما، فتعين المعنى الثالث و هو ان الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة الا وجوده قبل شراء العين التى يريد بها الرجل لأنه بيع ما ليس عنده و لا يحلل الا عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع، لم يحصل الا التواعد بالمبايعه هو غير مؤثر فحاصل الرواية ان سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة منحصر فى الكلام عدما و وجودا و المعنى الرابع، و هو ان المقاوله و المراضاه مع المشتري الثانى، قبل اشتراء العين محلل للمعاملة و ايجاب البيع معه محرر لها و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام فى التحليل كما هو المقصود فى مسألة المعاطاة.

نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه آخر (١) بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو ايجاب البيع: بأن يقال أن

حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا يتأتى الا مع انحصار ايجاب البيع فى الكلام إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام الا- ان يقال ان وجه انحصار ايجاب البيع فى الكلام فى مورد الرواية هو عدم امكان المعاطاة فى خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول،

البيع. و بعبارة اخرى: يكون المراد ان العبارة الواحدة يختلف حكمها باعتبار قصد الانشاء منها أو صرف المقاوله.

و يرد عليه: ان المقاوله لا تكون محلله لشيء، كما ان البيع الفاسد لا يحرم شيئاً.

و يمكن تصوير احتمالات اخر فى الخبر، الا انه لا يهمننا التعرض لها، و قد عرفت ان الأظهر هو ما اخترناه تبعاً للاساطين، و عليه فالخبر اجنبى عن المقام.

(١) قوله: نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه آخر.

هذا لا يتم بناء على الاحتمال الذى استظهرناه.

و أما بناء على ما استظهره المصنف قدس سره من الخبر فغاية ما يمكن ان يقال فى تقريب دلالة الخبر على اعتبار اللفظ فى البيع: انه حصر المحلل و المحرم فى الكلام، و لو لم ينحصر ايجاب البيع به و وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام.

و لكنه غير تام، إذا الحصر على الاحتمال الرابع لوحظ بالاضافة الى الايجاب

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٩

فتأمل (١) و كيف كان فلا يخلو الرواية عن اشعار أو ظهور كما يشعر به قوله عليه السلام فى رواية اخرى واردة فى هذا الحكم ايضا، و هى رواية يحيى بن الحجاج عن ابى عبد الله عليه السلام عن رجل، قال لى اشتر لى هذا الثوب أو هذه الدابة و بعينها اربحك فيها كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قل ان تستوجبها أو تشتريها،

فان الظاهر ان المراد من مواجهة البيع (٢) ليس مجرد اعطاء العين للمشتري و يشعر به ايضا رواية العلاء الواردة فى نسبة الربح الى اصل المال، قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يريد ان يبيع بيعاً فيقول ابيعك بده دوازده أو ده يازده فقال: لا بأس انما هذه المراضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة فان ظاهره على ما فهمه بعض الشراح انه لا يكره ذلك فى المقاوله التى قبل العقد، و انما يكره حين العقد و فى صحيحة ابن سنان: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه.

ثم تشتري له نحو الذى طلب، ثم توجهه على نفسك ثم تبعه منه بعد.

فى مقابل المقاوله لا- بالاضافة الى اللفظ فى قبال الفعل مثلاً. و على الاحتمال الثالث لوحظ بالاضافة الى وجود الايجاب فى قبال عدمه، أو بالاضافة الى وقوعه فى محله فى مقابل وقوعه فى غير محله.

نعم لو كان للوصف مفهوم صح ما ذكر.

(١) قوله فتأمل.

لعله اشارة الى انه فى المعاطاة لا- يعتبر الاعطاء من الطرفين بل يكفى الاعطاء من طرف واحد فلو اعطى المشتري الثمن قاصداً به الاستيجاب واخذ البائع بقصد الايجاب تحقق البيع على كلام يأتى.

أو الى انه لا دلالة فى الخبر على عدم كون المبيع عنده خارجاً بل ظاهر قوله اشتر لى هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما.

(٢) قوله فان الظاهر ان المراد من مواجهة البيع ليس مجرد اعطاء العين.

الانصاف انه لا إشعار فى شيء من هذه النصوص «١» بذلك فضلاً عن الظهور.

فتحصل: ان الاظهر بحسب الادلة ان المعاطاة تفيد الملك و تكون لازمة.

(١) راجع الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٠

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع (١)

اشارة

بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد انه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة في النهاية و دل على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى:

(احل الله البيع). و أما على القول بافادتها للاباحة فالظاهر انه بيع عرفي لم يؤثر شرعا الا الاباحة فنفي البيع عنها في كلامهم و معاهد اجماعهم هو البيع المفيد شرعا للزوم زيادة على الملك هذا على ما اخترناه سابقا من ان مقصود المتعاطيين في المعاطاة التملك و البيع. و أما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من ان محل الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الاباحة فلا اشكال في عدم كونها بيعا عرفا و لا شرعا و على هذا فلا بد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الأدلة الدالة على صحة هذه الاباحة العوضية من خصوص أو عموم و حيث ان المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم الناس مسلطون على اموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته كما انه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس.

و الحاصل ان المرجع على هذا عند الشك في شروطها هي ادلة هذه المعاملة سواء اعتبرت في البيع ام لا.

و أما على المختار من ان الكلام فيما قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع (٢) مطلقا ام لا، كذلك ام يبتنى على القول بافادتها للملك و القول بعدم افادتها الا الاباحة وجوه.

اعتبار شرائط البيع فيها

(١) قوله الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع.

هذا هو التنبيه الاول من التنبيهات التي يتعرض لها المصنف.

و هو ان المعاطاة هل هي بيع يترتب عليه جميع احكام البيع ام لا، ام هناك تفصيل بين المسالك.

و حق القول في المقام يقتضى البحث في موارد:

(٢) الاول: في انه هل يعتبر في المعاطاة شروط البيع كمعلومية العوضين و وجوب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١١

يشهد للأول: كونها بيعا عرفا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع (١)

التقايض في الصرف و السلم و غيرهما، و هل تلحقها احكامه ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بائعه ام لا؟ الثاني: في انه هل يجري فيها الربا ام لا.

الثالث: في جريان الخيار فيها.

أما الأول: فإن قلنا ان المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملك و لا تكون بيعا، فان كان دليل امضائها مما له اطلاق ك (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١). و نحو ذلك.

فالأظهر عدم اعتبار شيء من الشرائط فيها، إذ تلك شرائط للبيع على الفرض، و المعاطاة ليست بيعا، و مقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها بناء على ما عرفت من صحة التمسك باطلاق ادلة المعاملات لنفى اعتبار ما شك في اعتباره في الأسباب و ان كانت الفاظها اسامي للمسيبات. و ان كان دليل امضائها السيرة التي ليس لها اطلاق، فان فرضت على عدم اخذ ذلك الشيء في مقام التعاطي فعدم الاعتبار واضح، و ان لم يثبت ذلك فلا بد من رعايتها لقصور الدليل اللبي، و الأصل يقتضى عدم ترتب الأثر عليها عند فقدانها. و به يظهر حال المعاطاة المقصود بها الاباحة.

و أما ان لم نقل بانها معاوضة مستقلة و قصد بها الملكية، فتارة: نقول انها تفيد الملك اللازم، و اخرى: نقول انها تفيد الملك الجائز، و ثالثة: نقول انها تفيد الاباحة.

(١) فان قلنا انها تفيد الملك اللازم فالأظهر اعتبار جميع الشروط فيها و لحوق جميع احكامه لها، و ذلك لان دليل اعتبار ذلك الشرط ان كان له اطلاق يدل على اعتباره في البيع الشرعى مطلقا فالأمر واضح لانها بيع، و ان لم يكن له اطلاق - كما إذا ثبتت شرطية شيء للبيع بالاجماع.

فقد يتوهم انه من جهة ذهاب جمع من المجمعين الى عدم كون المعاطاة بيعا

(١) المائدة، ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٢

و يؤيده ان محل النزاع بين العامة و الخاصة في المعاطاة هو ان الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط ام لا، كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من العامة و الخاصة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان، و ان فرض مشاركا له في الحكم و لذا ادعى في الحدائق ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة إذا استكمل شروط البيع

لا يكون اجماع على اعتباره في المعاطاة، فلا وجه لاعتباره فيها.

و لكنه توهم فاسد، فانه فرق بين موارد التخصيص و التخصيص.

توضيح ذلك: انه تارة: ينعقد الاجماع على وجوب اكرام العلماء، و لكن المجمعين مع بنائهم على ان النحويين من العلماء ذهبوا - أو جمع منهم - الى عدم وجوب اكرامهم.

و في هذا المورد يؤخذ بالمتيقن و يحكم بعدم وجوب اكرام النحويين و اختصاص الاجماع بغيرهم.

و اخرى: ينعقد على وجوب اكرام كل عالم، الا ان جماعة منهم ذهبوا الى عدم وجوب اكرام النحويين لبنائهم على انهم ليسوا بعلماء.

فمثل هذا الاجماع لا يؤخذ منه بالقدر المتيقن، فلو كان النحوي عندنا من العلماء نحكم بوجوب اكرامه.

و المقام من قبيل الثاني، إذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط في المعاطاة انما يقول به لاجل انه لا يراها بيعا، و عليه فلا وجه للأخذ بالمتيقن من الاجماع.

و بالجملة: فتاوى العلماء من قبيل النص انما يرجع إليها في تعيين الحكم الكلى، و أما صدق الموضوع على فرد و عدمه فلا بد فيه من التماس وجه آخر.

و لا فرق فيما ذكرناه بين كون مدرك افادة المعاطاة الملك و اللزوم هي ادلة امضاء البيع ام كان هي السيرة.

و عن المحقق الاصفهاني قدس سره: انه ان كان دليل نفوذ المعاطاة هي السيرة و قد فرضت

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٣

غير الصيغة المخصوصة، و انها تفيد اباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض، و مقابل المشهور في كلامه قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

على عدم اخذ ذلك الشىء - الذى دل النص مثلا على اعتباره في البيع الشرعى مطلقا في مقام التعاطى - كانت مخصصة لدليل اعتبار الشرط و دالة على اختصاصه بالقولى.

و فيه: ان المراد بهذه السيرة ان كان هي السيرة العقلائية فلا يعقل كونها مخصصة لدليل اعتبار ذلك الشرط، فان ذلك الدليل انما يدل على دخله في البيع الشرعى - كما سيمر عليك - فلا محالة لا بد من تقديمه على السيرة على عدم اخذه في البيع العرفى كما لا يخفى.

و ان اريد بها سيرة المتشعبة المستمرة كان ما ذكر تاما - ان ثبت - لكن دون اثباتها خرط القتاد.

فالأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على هذا المسلك و لحوق جميع احكامه لها.

و ان قلنا: انها تفيد الملك الجائر، ففيها اقوال و وجوه:

احدها: اعتبار جميع شرائط البيع فيها.

الثانى: عدم اعتبار شىء منها فيها.

الثالث: التفصيل بين الشرائط التى ثبت اعتبارها بالنص فتعتبر فيها، و ما ثبت اعتباره فيها بالاجماع فلا يعتبر.

الرابع: التفصيل بين ان يكون دليل نفوذ المعاطاة الادلة اللفظية فتعتبر فيها شرائط البيع.

و بين ان يكون دليل النفوذ السيرة فلا تعتبر فيها.

و الأظهر هو الأول، لان الأدلة الدالة على اعتبار الشرائط فى البيع تدل على اعتبارها فى كل ما يصدق عليه البيع سواء كانت من الادلة اللفظية أو اللبئية، و المعاطاة بيع على الفرض.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٤

و يشهد للثانى: ان البيع فى النص و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم (١)

و ثبت له الخيار فى قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و نحوه. اما على القول بالاباحة فواضح لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعا فى نظر الشارع و المتشعبة إذ لا نقل فيه عند الشارع فإذا ثبت اطلاق الشارع عليه فى مقام فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل فى نظرهم.

و قد تقدم سابقا فى تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعا، بيان ذلك: و أما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار و قولهم ان الأصل فى البيع اللزوم، و الخيار انما ثبت لدليل و ان البيع بقول مطلق من العقود اللازمة و قولهم البيع هو العقد الدال على كذا و نحو ذلك.

و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فى ان اطلاق البيع فى النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه الا بفسخ عقده بخيار أو بتقابل،

(١) و استدلل للثانى فى المتن: بان البيع إذا وقع موضوعا فى النص و الفتوى للاحكام ظاهر فيما حكم فيه باللزوم و المعاملة اللازمة من

غير جهة الخيار، و لذا قالوا:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و قالوا: الأصل فى البيع اللزوم و الخيار انما ثبت لدليل، و قالوا:

ان البيع من العقود اللازمة.

و بالجملة: البيع فى النصوص و كلمات العلماء ظاهر فيما كان مبنيا على اللزوم الذى لو ثبت فيه الجواز كان جوازا حقا و المعاطاة و ان كانت يبيعا الا انها محكومة بالجواز الحكيمى، فلا تشملها ادلة الشرائط.

و فيه: اولاً: ان اللزوم و الجواز على ما اعترف به سابقا من احكام السبب لا من خصوصيات المسبب، و البيع اسم للمسبب، فلا مورد لدعوى انصراف البيع الى البيع اللازم.

و ثانياً: انه لو سلم كون البيع قسمين: لازماً و جائزاً، و لكن لا وجه لدعوى الانصراف الى اللازم، لأن الغالب تحقق البيع بالتعاطى، و على فرض التنزل لا غلبة للقولى، مضافاً الى ان الغلبة لا تكون منشأ للانصراف.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١١٥

و وجه الثالث ما تقدم للثانى على القول بالاباحة: من سلب البيع عنه، و للأول على القول بالملك من صدق البيع عليه، حينئذ و ان لم يكن لازماً، و يمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص فيحمل على البيع العرفى و ان لم يقد عند الشارع الا الاباحة و بين ما ثبت بالاجماع على اعتباره فى البيع بناء على انصراف البيع فى كلمات المجمعين الى العقد اللازم (١) و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوة لكونها يبيعا ظاهراً على القول بالملك، كما عرفت من جامع المقاصد.

و بالجملة: بعد ما لا شبهة فى ان صدق البيع على المعاطاة ليس ضعيفاً بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع عند العرف، فلا مورد لدعوى الانصراف.

(١) و استدلل للثالث: بان الانصراف المزبور انما هو فى كلمات العلماء، و لا يكون فى الاخبار، و عليه فما ثبت اعتباره بالاخبار يكون معتبراً فى المعاطاة، و ما ثبت اعتباره بالاجماع فهو لانصرافه عندهم الى البيع القولى لا يكون معتبراً فيها.

و بانه لا بد من الاخذ فى الأدلة اللبية بالمتيقن، و هو يقتضى الاختصاص لتصريح جماعة منهم بعدم الاعتبار فى المعاطاة، و هذا بخلاف الدليل اللفظى.

و فيهما نظر.

اما الأول: فلما تقدم من منع الانصراف.

و أما الثانى: فلما مر من ان الاخذ بالمتيقن انما هو فى مورد التخصيص لا التخصص، و المقام من قبيل الثانى، فراجع.

و استدلل للرايع: بما تقدم هو و جوابه فى المورد الأول، اى بناء على القول بافادة المعاطاة الملك اللازم. فراجع.

فالأظهر اعتبار جميع الشرائط فى المعاطاة بناء على افادتها الملك مطلقاً.

و ان قلنا: بانها تفيد الاباحة الشرعية، فقد استدلل لاعتبار الشرائط فيها بوجهين:

الأول: انها بيع عرفى و ان لم تغد شرعاً الا الاباحة و مورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع العرفى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١١٦

و أما على القول بالاباحة: فلانها لم يثبت الا فى المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر ايضاً (١) ثم انه حكى

عن الشهيد رحمه الله فى حواشيه على القواعد انه بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى الا بعد

تلف العين، يعنى العين الاخرى ذكر انه يجوز ان يكون الثمن و المثلث فى المعاطاة مجهولين لأنها ليست عقداً، و كذا جهالة الأجل،

و انه لو اشترى امه بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن، انتهى. و حكى عنه فى باب الصرف ايضاً انه لا يعتبر التقابض فى

المجلس في معاطاة التقدين.

اقول: حكمه قدس سره بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح في عدم افادتها للملك، الا ان حكمه قدس سره بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللا بأن المعاطاة ليست عقدا، يحتمل ان يكون باعتبار عدم الملك

(١) الثاني: ان الاصل في المعاطاة على القول بعدم الملك الفساد، و عدم تأثيره شيئا، خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم- و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة- و بقي الباقي. و فيهما نظر.

أما الأول، فلأنه فرق بين دليل امضاء البيع و دليل اعتبار شيء فيه، و الأول لا بد و ان يكون موضوعه البيع العرفي لانه القابل للامضاء، و الثاني لا يعقل ان يكون موضوعه ذلك، بل لا بد و ان يكون البيع الشرعي، إذ هو المشروط بنظره بشيء اما البيع العرفي فلا يعقل اناطته بشيء من ما اعتبره، إذ اعتبار شخص كيف يعقل ان يكون منوطا بنظر شخص آخر. و أما الثاني: فلأن دليل امضاء المعاطاة- كان هو الدليل اللفظي أو السيرة- يكون عاما شاملا للفاقد لتلك الشرائط كما تقدم.

و بهذا ظهر مدرك القول بعدم اعتبارها فيها، و يأتي فيه التفصيلان المتقدمان مع جوابهما. و الأظهر اعتبارها فيها على هذا المسلك ايضا لما تقدم من ان المعاطاة على هذا المسلك ايضا بيع شرعي، غاية الأمر تأثيرها في حصول الملك مشروط بالتصرف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٧

حيث ان المفيد للملك منحصر في العقد، و ان يكون باعتبار عدم اللزوم حيث ان الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم و الاقوى: اعتبارها و ان قلنا بالاباحة لأنها بيع عرفي، و ان لم يفد شرعا الا الاباحة و مورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا- خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب، و لما عرفت من ان الأصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك: الفساد و عدم تأثيره شيئا خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة و بقي الباقي، و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه ايضا (١) و ان خصصنا الحكم بالبيع.

المتوقف على الملك، و التصرف نظير القبض المشروط بيع الصرف به، و قد تقدم توجيه ذلك، و عليه فيعتبر فيها كل ما هو من شرائط البيع.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على جميع هذه المسالك الثلاثة.

جريان الربا في المعاطاة

المورد الثاني: في جريان الربا فيها و عدمه قال المصنف.

(١) و بما ذكرناه ظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا.

و ملخص القول فيه انه تارة: نقول بجريان الربا في كل معاوضة و ان لم تكن يباعا كما هو الأظهر و المشهور. لعموم الآية الشريفة و حرم الربوا «١» فان الربا هي الزيادة في احد العوضين- المتجانسين، و لخصوص الاخبار الدالة على اشتراط المثلية في المعاوضة مع اتحاد الجنس كقوله عليه السلام في صحيح الحلبي: الفضة بالفضة مثلا بمثل، و الذهب بالذهب مثلا بمثل، ليس فيه زيادة و لا نقصان الزائد و المستزيد في النار «٢».

و في صحيح ابي بصير: الحنطة و الشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر «٣».

(١) البقرة، آية ٢٧٥.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب الصرف حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٨ من أبواب الربا حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٨

بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك (١) لانها معاوضة عرفية و ان لم يفد الملك، بل معاوضة شرعية اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي حيث قال ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة، انتهى. و لو قلنا بأن المقصود للمتعاين الاباحة لا الملك فلا يبعد ايضا جريان الربا (٢) لكونها معاوضة عرفا، فتأمل.

و في حديث آخر: الدقيق بالحنطة و السويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به و نحوهما غيرهما.

و اخرى: نقول انه مختص بالبيع كما عن الحلبي و العلامة رحمهما الله.

فعلى الأول يجرى الربا في المعاطاة، كانت معاوضة مستقلة ام كانت بيعا مفيدة للملك اللازم أو الجائر أو الاباحة، اما على الثلاثة الاول فواضح، و أما على الأخير فلما تقدم من انها مفيدة للملك، غاية الأمر مشروطة بشرط متأخر.

نعم، إذا كان المقصود بها الاباحة لا يجرى فيها الربا، لأنه مختص بالمعاضات الناقلة للملك.

و على الثاني لا يجرى فيها إذا كانت معاوضة مستقلة أو قصد بها الاباحة.

(١) قوله بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يريها مفيدة للملك.

ان كان مراده انه كذلك على التخصيص و هو و ان كان يلائم مع ما ذكره بقوله و بما ذكرناه يظهر وجه تحريم الربا فان علتة حينئذ هي كونها بيعا عرفيا.

لكن يرد عليه ان التعليل لذلك بقوله لانها معاوضة عرفية و ان لم تفد الملك- لا يصح.

و ان كان مراده انه كذلك على التعميم.

فيرد عليه ان الربا مختص بالمعاضات المفيدة للملك- فمع فرض عدم افادتها له لا يجرى فيها الربا- الا بناء على ما ذكره سابقا من انها بيع عرفا بالتقريب المتقدم و عليه فلا بد من التعليل بذلك لا بأنها معاوضة.

(٢) قوله فلا يبعد ايضا جريان الربا.

بل هو بعيد كان الربا مختصا بالبيع أو عاما لكل معاوضة اما على الاول فواضح فانها حينئذ ليست بيعا عرفيا و لا شرعيا.

و أما على الثاني فلانه مختص بالمعاوضة الملكية و لعله الى ذلك اشار بقوله فتأمل.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٩

و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم (١) فيمكن نفيه على المشهور لأنها اباحة عندهم فلا معنى للخيار، و ان قلنا بافادة الملك

فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا، بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتي عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان

المعاطاة (٢) الا- ان اثره يظهر بعد اللزوم و على هذا فيصح اسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم، و يحتمل ان يفصل بين الخيارات

المختصة بالبيع، فلا- يجرى لاختصاص ادلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة الى

الرد دون الأرش،

فيجرى لعموم ادلتها.

و أما حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات.

جريان الخيارات فيها

(١) قوله و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم.
هذا هو المورد الثالث: و هو في جريان الخيارات فيها.
فان قلنا: انها معاوضة مستقلة، فالخيارات المختصة بالبيع لا تجرى فيها لعدم كونها بيعا، و ما لا يختص بالبيع يجرى فيها، و هذا واضح.
و ان قلنا: انها بيع، فبناء على افادتها الملك اللازم تجرى جميع الخيارات فيها.
و أما بناء على افادتها الملك الجائز، فقال المصنف قدس سره.
(٢) فيمكن القول بثبوت الخيار فيها مطلقا بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم،
كما سيأتي عند تعرض الملزمات، فالخيار موجود من زمان المعاطاة.
و يرد عليه: انها ان كانت بيعا فهي بيع قبل اللزوم، إذ اللزوم لا يصيرها بيعا.
و قد يقال: انه بناء على هذا المسلك لا معنى لثبوت الخيار فيها قبل اللزوم لكونه تحصيلا للحاصل، و يلزم منه اجتماع المثليين، و اللغوية لفرض كونها جائزة.
و يرد عليه: اولاً: ان جوازها حكمي، و الخيار جواز حقي، و الأول لا يجوز اسقاطه و نقله، و لا يورث بالموت، و الثاني يجوز اسقاطه و نقله و يورث بالموت، فلا يلزم من ثبوته المحاذير المذكورة.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٠

الأمر الثاني: ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين (١)

إشارة

فالمالك أو الاباحه في كل منهما بالاعطاء

و ثانيا: لو سلمنا كون جوازه ايضا حقيقيا، يمكن الجواب عنه بما اجاب به المصنف قدس سره في الخيارات فيما إذا اجتمع سببان من الخيار ككون المبيع حيوانا و معيبا،
و هو: ان الخيار و جواز الفسخ واحد و له اسباب متعددة، و لو اسقط ذو الخيار احدهما يكون الآخر باقيا.
و بعبارة اخرى: يكون الجواز واحدا و له علل متعددة، و لا محالة عند اجتماعها يستند المعلول الى مجموعها، و لو انعدم احد العلل يكون المعلول باقيا لبقاء علته و مستندا الى الباقي من العلل.
و ثالثا: ان الجواز الاصلى متعلق بالتراد لا بفسخ المعاملة، و الخيار انما هو ملك فسخ العقد، فمع عدم الخيار لو قال فسخت المعاملة تكون باقية بخلاف ما إذا ثبت الخيار.
فالأظهر جريانها فيها على هذا المسلك ايضا.
و أما بناء على افادتها الاباحه، فحيث عرفت انها بيع، غاية الأمر حصول الملكية يكون مشروطا بالتلف أو بالتصرف المتوقف على الملك، فتجرى فيها الخيارات، و ما في المتن من انه لا معنى للخيار مما لا وجه له.

نعم لو قصد بالمعاطاة الاباحة لا تجرى فيها الخيارات، اما الخيارات المختصة بالبيع فواضح، و أما الخيارات التي ادلتها تعم غير البيع فلانه ليس هناك سبب معاملى يمكن حله و ازالته.

بيان مورد المعاطاة

(١) قوله الامر الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين.

هذا الامر: فى بيان المراد من المعاطاة و موردها.

و ملخص القول فيه: ان الصور المتصورة خمس:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٢١

فلو حصل الاعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب اباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة و لا الاباحة رأسا لأن كلا منهما ملك أو مباح فى مقابل ملكية الآخر أو اباحته. الا ان الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين تبعا للشهيد فى الدروس جعله من المعاطاة (١) و لا- ريب انه لا- يصدق معنى المعاطاة لكن هذا لا يقدح فى جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلى فيكون اقباض احد العوضين من مالكة تمليكا له بعوض، أو مبيحا له به واخذ الآخر له تملكه له بالعوض أو اباحة له بازائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراء، واخذه يبع للمثمن به فيحصل الايجاب و القبول الفعليين بفعل واحد فى زمان واحد ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة يباعا مملكا واضحة، إذ يدل عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين. و أما على القول بالاباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها فى الاباحة. اللهم الا ان يدعى قيام السيرة عليها كقيامها

الاولى التعاطى من الطرفين و هو المتيقن، و الفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطاة،

و لكن لا- بد و ان يعلم ان المقصود بالتعاطى ان كان هى المبادلة و المعاوضة لا يتوقف تحققها على العطاء من الجانبين بل هى تتم بالعطاء من جانب و الاخذ من جانب آخر،

فان المعطى ينشأ البيع باعطائه، و الاخذ يقبله باخذه، فالعطاء من جانب القابل لا محالة يكون بعنوان الوفاء لما التزم به فى اخذه، بل لو لم يكن منشئا لقبول باخذه كانت المعاملة فاسدة، فان العطاءين المقصود بهما التمليك و المعاوضة من قبيل الايجابين الصادرين من الطرفين، و لا- تتحقق بهما المعاملة. نعم إذا قصد بهما الاباحة تتحقق لعدم كونها حينئذ معاملة، و ان كان داعى كل منهما للاباحة اباحة صاحبه.

(١) الصورة الثانية: الاعطاء من جانب واحد و الاخذ من الطرف الآخر، و هذا و ان لم يصدق عليه عنوان المعاطاة حقيقة، الا ان هذا العنوان لم يرد فى آية و لا رواية كى يدور الحكم بالنفوذ و عدمه مدار صدقه و عدمه، و المراد بها فى كلمات العلماء: ما يشمل الاعطاء من جانب، و لذا تراهم يعنونون جريان المعاطاة فى الهبة، مع انه ليس فى ذلك الباب الا الاعطاء و الاخذ. و عليه: فلا بد من ملاحظة الادلة، و قد عرفت انه فى موارد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٢٢

على المعاطاة الحقيقية، و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ائصال الثمن واخذ المثمن من غير صدق اعطاء اصلا (١) فضلا عن التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفللس فى المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات و نحوها، و من هذا القبيل دخول الحمام و وضع الأجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته. فالمعيار فى المعاطاة: وصول العوضين أو احدهما مع الرضا بالتصرف.

و يظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله ايضا فى مسألة المعاطاء و سيأتى توضيح ذلك فى مقامه ان شاء الله

التعاطى ايضا يكون انشاء البيع بالاعطاء من جانب و الاخذ من جانب آخر، و يكون اعطاء الاخذ و فاء لما التزم به، فنفس ما هو موضوع للحكم فى الموردین واحد، فلا وجه لدعوى عدم شمول الادلة للمورد الثانى.

الصورة الثالثة: ما إذا لم يكن هناك اعطاء اصلا، بل كان ايصال و وصول، كما تعارف اخذ الماء مع غيبه السقاء، و وضع الفلوس فى المكان المعد له، إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات.

(١) و الى هذه نظر المصنف بقوله و ربما يدعى انعقاد المعاطاء بمجرد ايصال الثمن.

و لو فرضنا تحقق سائر شرائط البيع من معلومية العوضين و غيرهما - كما هو المفروض فى هذا المقام - تصحيح البيع فى المقام يتوقف على احد امور:

اما كون السقاء مثلا قاصدا بوضع الماء تملك كل من شرب الماء بازاء ما تعارف فيه من العوض، و ان صاحب البقل قصد تملك كل من اخذ البقل بوضعه فى ذلك المكان بعوضه المتعارف، و هكذا.

و أما كون وضع المال فى المحل الخاص فى الامثلة توكيلا للأخذ فى البيع، فيكون هو متصديا لطرفى العقد.

و أما كون وضع الدراهم فى كوز السقاء و اخذ الماء منه انشاء للبيع من الطرفين،

و السقاء بعد اطلاعه عليه يجيز هذه المعاملة برضائه بها.

و الظاهر ان شيئا منها ليس فى المعاملات الخارجية.

اما الأول: فلعدم تملك صاحب المال بالنحو المذكور، مع انه يلزم منه الفصل بين الايجاب و القبول، و سيأتى اعتبار عدمه فتأمل.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٢٣

ثم انه لو قلنا بان اللفظ الغير المعبر فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاء امكن خلو المعاطاء من الاعطاء و الايصال رأسا فيتناولان على مبادلة شىء بشىء من غير ايصال (١) و لا- يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك. و أما على القول بالاباحة فالاشكال المتقدم هنا اكد.

و أما الثانى: فلعدم توكيل المالك شخصا معيناً و لا جميع الاشخاص، بل عدم توجهه الى ذلك، كما ان الاخذ لا يكون قاصدا للايجاب و القبول.

و أما الثالث: فلعدم قصد الاخذ بالنحو المذكور، مضافا الى ان بناء المتشعبة على التصرف فى المأخوذ مع عدم احراز الاجازة، بل و عدم اجازة صاحب المال.

فالأظهر انه فى هذه الموارد اباحة بالعوض، و الدليل على نفوذها و صحتها هى السيرة. و بعبارة اخرى: يكون تصرفا بالرضا و اذنا فى الاتلاف بالعوض المسمى، و دليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع.

الصورة الرابعة: ما إذا لم يكن ايصال ايضا، بل كانت نتيجته كما إذا كان المالان عندهما بسبق امانة أو اشتباه أو غير ذلك فقصد البيع و التبدل بلا فعل من كل منهما، بل قصده بالبقاء، و الظاهر انه لا يتحقق البيع لعدم وجود قول أو فعل كاشف عن قصد المعاملة و مجرد القصد لا- يكفى، اللهم الا- ان يقال ان ابقاء كل منهما ما له تحت يد صاحبه و امساكه ماله فعلان اختياريان، فيمكن انشاء البيع بهما.

(١) هذه هى الصورة الخامسة: و هى ان ينشأ البيع باللفظ غير المعبر فى العقد، أى اللفظ غير الصحيح، كما فى الانشاء باللفظ المتعارف استعماله فى مقام المقاوله، و الظاهر عدم انعقاد البيع، فان البيع الممضى بعد ما لم يكن مجرد القصد الساذج، و اعتبرنا

اظهاره بفعل أو قول، فلا بد و ان يكون باللفظ أو الفعل الذى له مظهرية لذلك المعنى فى نفسه، و لا ينعقد بكل فعل أو لفظ. فتأمل هذا على القول بالملك.

و أما على القول بالاباحة التعبدية الشرعية فالأمر اوضح لعدم احراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالاباحة نعم بناء على الاباحة المالكية لا إشكال فى ثبوتها به لان المناط فيها احراز الرضا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٤

الثالث: تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية

مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدينير و الفلوس المسكوكة و واضح (١) فان صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف.

تمييز البائع عن المشتري

(١) الامر الثالث: تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاة، مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و ما شاكل واضح.

انما الكلام فيما لو كان العوضان من غيره.

و تنقيح القول بالبحث فى موردين:

احدهما: فيما هو الحق.

ثانيهما: فيما افاده المصنف و سائر الاساطين، و ما يرد عليهم.

اما المورد الأول: فلتوضيح المطلب لا بد من تقديم مقدمة، و هى:

ان المعاملة البيعية و سائر المعاملات حتى الهبة انما تكون متقومة بامرین: تملك من طرف، و مطاوعة و قبول من الآخر، و لو كان هناك تملك بلا قبول كانا ايجابين و لم ينطبق عليهما عنوان البيع و لا غيره من عناوين المعاملات.

إذا عرفت هذه المقدمة، فاعلم: انه فى مقام الثبوت كل من ملك ماله بعوض هو البائع،

و طرفه القابل هو المشتري، من غير فرق بين المعاملة الفعلية و القولية، و من غير فرق بين الاثمان و العروض.

و أما فى مقام الاثبات ففى المعاملة الفعلية لا محالة يكون المعطى ماله اولاً هو البائع لانه يملك ماله بعوض، اللهم الا ان يكون قصده

من الاعطاء كونه امانة عند صاحبه الى ما بعد المعاملة فيكون فى الحقيقة اقباضاً للعوض قبل البيع، و لا يتصور فى اعطاء المعطى الأول

غير ذلك، فانه لا يمكن ان يكون قبولاً مقدماً بان ينشأ به تملك مال صاحبه، و هذا بخلاف المعاملة اللفظية فانه يتصور فيه ذلك.

و لو كان الاعطاء من الطرفين فى آن واحد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٥

و أما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن فى العوضية (١) فإذا اعطى الحنطة فى مقابل اللحم قاصداً أن هذا

المقدار من الحنطة يسوى درهماً هو ثمن اللحم فيصدق عرفاً أنه اشترى اللحم بالحنطة و إذا انعكس الصدق فيكون المدفوع بنية

البديلة عن الدرهم و الدينار هو الثمن و صاحبه هو المشتري و لو لم يلاحظ الا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما

مقام الثمن فى العوضية أو لوحظ القيمة فى كليهما بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم

فتعاطيا من غير سبق و مقابلة تدل على كون أحدهما بالخصوص بائعاً، ففى كونه بيعاً و شراءً

فان قصد كل منهما باعطائه التمليك لم يكن بيعا، بل لا يكون صلحا ولا معاملة مستقلة. اما عدم كونه صلحا فلانه في الصلح ايضا يعتبر انشاء المسالمة من طرف و القبول من آخر. و أما عدم كونها معاملة مستقلة فلأن دليل امضاء المعاوضات اما السيرة أو آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» أو آية تجارة عن تراض. «٢» و شىء منها لا يصلح لاثبات صحة هذه المعاملة.

اما الأولى: فلأن عدم قيامها على مثل هذه المعاملة واضح.

و أما الثانية: فلعدم كون الايجابين عقدا الذى حقيقته الربط بين شيئين كما تقدم.

و أما الثالثة: فلعدم صدق التجارة عن تراض عليهما كما لا يخفى.

و ان شئت قلت: انه لا دليل على امضاء الشارع غير ما هو من العقود المتعارفة، و هذه ليست منها.

(١) و المصنف قدس سره فى مقام التمييز ذكر انه إذا كان احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم كان صاحب الثمن هو المشتري، و ان كانا من غير ذلك فان قصد باحدهما قيامه مقام الثمن فى العوضيه كان صاحبه المشتري، و الا ففیه احتمالات:

(١) المائدة، آية ٢.

(٢) النساء، آية ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٢٦

بالنسبة الى كل منهما، بناء على أن البيع لغة كما عرفت مبادله مال بمال و الاشرء ترك شىء و الأخذ بغيره (١) كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم:

أنه باعه بحنطة و أنه اشترى الحنطة فيحتمل لو حلف على عدم بيع اللحم، و عدم شراء الحنطة. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع و لا المشتري لانصرافهما (٢) فى أدلة الاحكام الى من اختص بصفه البيع أو الشراء، فلا- يعم من كان فى معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين أو كونه يباع بالنسبة الى من يعطى أولا لصدق الموجب عليه و شراء بالنسبة الى الأخذ لكونه قابلا عرفا

منها: كون كل منهما بائعا و مشتريا.

و منها: كون المعطى او لا هو البائع، و الآخر مشتريا.

و منها: كون ذلك مصالحة أو معاوضة مستقلة. ثم اختار قدس سره الثانى.

وفيه: - مضافا الى ان لازم ما افاده قدس سره كون كل من المتبايعين فى بيع الصرف مشتريا، و مضافا الى انه لم يظهر المراد من قصد قيام احد العوضين مقام الثمن فى العوضيه، فان كان المراد ان يلاحظ قيمته و مقدار تموله من النقود فهذا امر موجود فى كل منهما فى غالب البيوع، و ان اراد به المعاملة عليه بالدراهم ثم جعل الدراهم عوضا فهو بديهي الفساد، و ان اراد غير ذلك فالعبارة غير وافية به.

ان ما ذكره قدس سره لو تم فانما هو فى مقام الاشتباه فى مقام الاثبات، و لا يفيد فى مقام الثبوت.

(١) و فيه ان هذا لازم الاشرء، و الا فهو قبول الشراء و البيع.

مع انه يلزم صدق المشتري على كل منهما فى جميع الموارد.

(٢) و فيه انه لو سلم اختصاص كل منهما بحكم مع انه ممنوع كما ستعرف دعوى الانصراف لا تسمع.

و من الغريب فى هذا المقام، ما افاده المحقق النائيني قدس سره و هو:

انه لو وقع التبديل بين العروضين بالاغطاء من الطرفين دفعة واحدة و لم يقصد باحدهما القيام مقام الثمن و لم يكن بسبق مقاوله، كان احدهما لا على التعيين بائعا و الآخر مشتريا من دون امتياز بينهما واقعا، إذ هناك معاملة قائمة، بصرف الوجود من تبديل احدهما و قبول الآخر، و صرف الوجود يتحقق باحدهما من دون تمييز بينهما حتى واقعا لعدم خصوصية في احدهما دون الآخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٧

أو كونها معاطاة مصالحة لأنها بمعنى التسالم على شيء و لذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى: على الصلح أو كونها معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة و جوه لا يخلو ثانيها عن قوة لصدق تعريف البائع لغة و عرفا على الدافع دون الآخر و صدق المشتري على الأخذ أولا دون الآخر فتدبر.

الرابع: أن اصل المعاطاة و هى اعطاء كل منهما الآخر

إشارة

ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه: (١)

فانه يرد عليه: انه لا يعقل تحقق شيء فى عالم العين و عدم تعينه واقعا، إذ المردد لا ماهية له و لا وجود فان كان البيع انشاء للتبديل و الاشراف قبولاً لذلك كما اعترف به،

فان انشأ فى المعاملة المفروضة احدهما و قبل الآخر فالمنشئ بائع و القابل مشتري، و ان قصدا معا الانشاء فحيث لا يعقل وقوعهما معا- و كونهما يباعا كما اعترف به و كون احدهما المعين يباعا و الآخر اشتراء ترجيح بلا مرجح، واحدهما لا بعينه لا وجود له- فلا مناص عن البناء على البطلان.

و أما ما افاده المحقق الايروانى قدس سره فى هذا المقام بما حاصله: ان البائع هو من بذل خصوصيات ماله و اغمض النظر عنها و لكن امسك على ماليته باخذ البديل، و فى ذلك لا- نظر له الا الى حفظ تموله، و أما المشتري فهو بعكس ذلك يقال لكل من رغب فى خصوصيات الاعيان التى يتلقاها من المأكولات و غيرها، و إذا كانت خصوصيات العين مرغوبة لكل من الجانبين كما فى تبديل كتاب بكتاب لم يكن ذلك يباع بل معاوضة مستقلة.

فيرد عليه: - مضافا الى ان لازم ما ذكره عدم كون بيع الاجناس بالتاجر الذى غرضه من المعاملة حفظ تموله و ازدياده يباعا- ان ما ذكر لا شاهد له من العرف و لا من الشرع، و لم يعتبر احد فى البيع ذلك. فالصحيح ما ذكرناه.

اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين

(١) الامر الرابع: قال المصنف: ان اصل المعاطاة- و هى اعطاء كل منهما الآخر ماله- يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه، ثم ذكر وجوها اربعة.

و اورد عليه السيد فى الحاشية: بان الوجوه و الاقسام ازيد مما ذكره فانه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٨

أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر (١) فيكون الآخر فى أخذه قابلاً- و ممتلكا بازاء ما يدفعه فلا يكون فى دفعه العوض انشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه فيكون الايجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها فدفع العين الثانى خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه صححنا سابقا عدم توقف المعاطاة

على قبض كلا- العوضين فيكون اطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لا- من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين. و مثله في هذا الاطلاق لفظ المصالحة و المساقات و المزارعة و المؤاجرة و غيرها و بهذا الاطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و الهبة و ربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء و في صحته تأمل.

منها ما إذا كانت المقابلة بين المالين مع كون القبول بالاعطاء.

و منها: ما إذا كانت المقابلة بين المال و التمليك، أو بين التمليك و المال، و كذلك في طرف الإباحة.

و منها: غير ذلك.

و فيه: ان غرض المصنف قدس سره من التعرض لهذا التنبيه هو بيان الصور التي فيها اشكال و كلام، و مورد للنقض و الابرام، و الصور التي هذه حالها منحصرة في اربع عنده، إذ الاشكال في الصورة الاولى انما هو من ناحية عدم صدق المعاطاة، و في الثانية من جهة عدم صدق البيع، و في الثالثة و الرابعة بما ذكره قدس سره مفصلاً- و سيأتي-، و أما باقى الصور فكانت عنده خالية عن الاشكال و الكلام فلم يتعرض لها.

و لكن الأولى اضافة صورة اخرى إليها، و هى المبادلة بين المال و التمليك، فانها ايضا وقعت محل الكلام و الاشكال.

و كيف كان: فأحد الوجوه الاربعة التي ذكرها:

(١) ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في أخذه قابلاً و مملوكاً بازاء ما يدفعه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٩

...

فلا يكون في دفعه العوض انشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه،

فيكون الايجاب و القبول بدفع العين الاولى و قبضها، فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة.

و قد اورد عليه بايرادين:

الأول: ما عن السيد قدس سره: بانه يمكن ان يكون انشاء القبول بدفع العوض ايضا بان يكون اخذ المعوض من باب الاستيفاء لا بعنوان القبول، و كان على الشيخ قدس سره ان يذكر هذا الوجه ايضا لانه مضافاً الى امكانه هو الغالب.

الثاني: ما عن المحقق النائيني قدس سره: بانه لا يكون القبول بالاخذ في مورد، بل المعاملة تتحقق بفعل كل منهما، و فعل البائع بمنزلة الايجاب القولي، و اعطاء المشتري بمنزلة القبول القولي، و اخذ كل منهما وفاء بالمعاملة و التزام بآثارها.

و لكن قد عرفت في التنبيه الثاني انه في المعاطاة دائماً يكون الايجاب بالاعطاء من طرف، و القبول بالاخذ و اعطاء الآخر انما يكون وفاء لما التزم به، و لو لم يكن الآخر منشئاً للقبول بالاخذ لم يجد اعطائه، و ان قصد به التمليك فان الاعطاء ين حينئذ بمنزلة ايجابين غير مرتبطين لا إيجاب و قبول.

و يرد عليهما: - مضافاً الى ذلك- ان كون الاخذ بعنوان الوفاء بالمعاملة و من باب الاستيفاء لم يظهر وجهه في الأخذ الاول، فانه حين الاخذ لم تتم المعاملة، فما معنى الاخذ بعنوان الوفاء بها.

و يرد على السيد قدس سره: - مضافاً الى ذلك- ان عدم التعرض لهذا في المكاسب انما هو من جهة ما ذكره قدس سره في التنبيه الثاني من أن المتيقن من مورد المعاطاة هو صورة التعاطي من الطرفين، و انه لا إشكال فيها، و انما الاشكال كان في هذا المورد، و لذا تعرض له خاصة في هذا التنبيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٠

ثانيها: أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بازاء تملك ماله اياه. فيكون تملك بازاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين، والمعاملة متقومة بالعتاء من الطرفين (١) فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعطاة، وهذا بعيد عن معنى البيع وقريب الى الهبة المعوضة لكون كل من المالين خاليا عن العوض، لكن اجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل، إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الاول لانه انما ملكه بازاء تملكه فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه، الا أن يكون تملك الآخر له ملحوظا عند تملك الأول على نحو الداعي لا- العوض فلا- يقدح تخلفه فالأولى أن يقال انها مصالحة و تسالم على أمر معين أو معاوضة مستقلة.

(١) ثانيها: ان يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بازاء تملك ماله اياه فيكون تملك بازاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين، والمعاملة متقومة بالعتاء من الطرفين.

الكلام في هذا الوجه يقع في موارد ثلاثة:

الأول في معقوليته، والأظهر عدمها، فانه ان اريد به تعليق التملك على تملك الآخر فهو هبة معلقة، وان اريد به اشتراط التملك بالتملك الآخر فهو هبة مشروطة، وان اريد به كون احد التملكين معوضا و الآخر عوضا، كما هو ظاهر المتن- فحيث ان صيرورة التملك معوضا انما تحتاج الى انشاء و جعل متعلق بذلك، و التملك، اي انشاء الملكية: انما هو جعل لذلك نفسه لا- جعل لمعوضيته، فلا- يعقل ان يكون تملك الآخر عوضا عن هذا التملك، إذ عوضيته اما ان تكون بنفسه أو بجعل الملكية و انشائها، أو بجعل آخر، و الأول غير معقول و هو واضح، و كذلك الثاني، فان كونه معوضا يحتاج الى جعل آخر متعلق به، و الثالث مفروض العدم، فالتملك بازاء التملك مما لا أتعلقه.

الثاني: انه على فرض معقوليته هل يمكن ان يكون القبول بالأخذ أم لا يمكن الا ان يكون بالتملك الثاني؟ صريح المتن هو الثاني.

و اورد عليه السيد المحشى فده و المحقق الايرواني: بانه يمكن ان يكون بالاخذ،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣١

...

فيكون التملك واجبا على الثاني من باب الوفاء.

قالا: بل يمكن ان يقال ان هذا هو المتعين.

و لكن الظاهر تمامية ما افاده الشيخ قدس سره، فان المعاوضة إذا كانت بين التملكين لم يكن الايجاب تاما الا بعد تحقق التملك و تماميته، و هو متقوم بايجاب و قبول، فالأخذ و ان كان قبولا الا انه قبول للتملك لا البيع، فهو دائما يكون جزءا من الايجاب لا قبولا للمعاملة، فلا محالة يكون قبولها بالاعتطاء من الآخر بقصد التملك.

و بالجملة: في هذا الوجه خصوصية و هي: ان المعوض انما هو التملك المتوقع تحققه على القبول، فلا يمكن ان يكون الاخذ قبولا لذلك و للمعاملة.

الثالث: ان هذه المعاملة على فرض معقوليتها هل هي بيع، أو هبة معوضة، ام تكون مصالحة، أو معاوضة مستقلة؟ و الظاهر عدم كونها بيعا، لان البيع هو المبادلة بين المالين، و في هذه المعاملة لا مبادلة بينهما بل المعاوضة بين الفعلين، اللهم الا ان يقال: ان المعاوضة بحسب الصورة و ان كانت بين التملكين الا- ان النظر اليهما آلى، و في الحقيقة و اللب تكون المعاوضة بين المالين، و بهذا الاعتبار يمكن دخوله في البيع. فلو تم ذلك فهو اولا فهي هبة معوضة، إذ التملك انما يكون تملكا للشئ مجانا و بلا عوض.

و الايراد عليه كما في المتن من انه لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأول لأنه انما ملكه بازاء تملكه، فما لم يتحقق

تمليك الثاني هنا لم يتحقق تملكه،
و الهبة في حاقها مأخوذة المجانية.
غير تام، فان المجانية المعتبرة في الهبة انما هي في المال، و عدم جعل شىء في مقابل المال، و هذا مفروض في المقام، إذ العوض
انما هو للتمليك لا للمال.

فتحصل: انها اما بيع أو هبة معوضة، و لا تكون مصالحةً و لا معاوضةً مستقلةً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٢

ثالثها: أن يقصد الأول اباحة ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه اياه (١) فيكون الصادر من الأول الاباحة بالعوض، و من الثاني بقبوله لها
التمليك كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كل منهما الاباحة بازاء اباحة آخر (أخرى (٢)) فيكون اباحة بازاء اباحة أو اباحة لداعي اباحة على ما تقدم نظيره في
الوجه الثاني من امكان تصوره على نحو الداعي، و على نحو العوضيه و كيف كان فالاشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض
قصد المتعاطين لهما،

و أما الصورة التي اضفناها، و هي: ما إذا كانت المقابلة و المعاوضة بين المال و التمليك، بان يقصد احدهما تمليك ماله بتمليك
الآخر، و هو الفعل الخارجى الصادر من المشتري، فيكون من بيع الأموال بالاعمال.

فقد اشكل المحقق النائيني قدس سره فيها، و قال: ان البيع باطل في المقام و ان صح بيع الاموال بالاعمال. و استدل له. بان العمل
الذى يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال كى يبذل بازاء نفسه المال كخياطة الثوب و نحوه، و التمليك ليس كذلك، بل
هو آلى و طريقى لتحصيل المال، إذ التمليك بالمعنى المصدري ليس مالا، بل المال هو الحاصل من المصدر، و ليس هذا الفعل الا
آله لحصول اسم المصدر، فلا يمكن ان يقابل بالمال، فلا يصح جعله عوضا.

و فيه: ان ضابط صحة جعل شىء عوضا كونه متعلقا للغرض، سواء كان منشأ كونه كذلك طريقته لتحصيل المال، أو كونه بنفسه
مالا، و لا يعتبر فيه ازيد من ذلك، و التمليك متعلق للغرض و لو بواسطة طريقته لحصول المال.

فالأظهر صحة جعله عوضا نظير سائر الاعمال.

(١) ثالثها ان يقصد الاول اباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر باخذه اياه، فيكون الصادر من الأول الاباحة بالعوض، و من الثاني بقبوله لها
التمليك كما لو صرح بقوله:

أبحث لك كذا بدرهم.

(٢) رابعها ان يقصد كل منهما الاباحة بازاء اباحة اخرى، فتكون اباحة بازاء اباحة اخرى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٣

و منشأ الاشكال أولا الاشكال في صحة اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف (١) بأن يقول أبحث لك كل
تصرف من دون ان يملكه العين

و قد استشكل المصنف في هذين الوجهين باشكالين لا يكون شىء منهما مربوطا بمسألة المعاطاء:

(١) اما الاشكال الاول: و حاصله: ان المالك انما يجوز له اباحة التصرف في ماله بالنسبة الى التصرفات السائغة لغير المالك، و ليس
له اباحة ما لا يجوز لغير المالك الا بايجاد موضوعه بتمليكه اياه، و المفروض في المقام عدمه، و دليل السلطنة لا يكون مشرعا لما منع
عنه الشارع، ألا ترى انه لم يتوهم احد دلالة على جواز وطء عبد الغير باذنه؟ فهو اشكال عام لجميع اقسام الاباحة سواء كانت باللفظ

أو الفعل، مع قصد العوض أو مجاناً.
و عليه فيما ان هذا البحث استطرادي لا بأس بتقديم بحث آخر استطرادي مربوط به.

التصرفات المتوقفة على الملك

و هو انه هل هناك تصرف متوقف على الملك ام لا؟ و ملخص القول فيه: ان جملة من الامور التي ذكروا توقفها على الملك تقدم ما فيها و عرفت عدم التوقف.
بقي في المقام امور:
منها: اخراج المال في الخمس و الزكاة.
و منها: ثمن الهدى.
و منها: وطء الجارية.
و منها: العتق.
و منها: البيع.
و شئ منها لا يتوقف على الملك:
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٤
...

اما الأول: فلأنه ان قلنا بان الخمس و الزكاة يتعلقان بالذمة، فيكون سبيلهما سبيل سائر الديون، فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير لو اذن لما دل «١» على جواز اداء الدين من غير مال الدائن و التبرع بوفائه.
كذلك يجوز الخمس و الزكاة من مال الغير، و كون الخمس و الزكاة من العبادات لا ينافي ذلك، و ان كان منافياً لتبرع الغير بادائهما، فان المباشر في المقام من وجبا عليه.
و ان قلنا بتعلقهما بالعين، فحيث ان للمكلف تبديلها من العين و ادائهما من مال آخر، فله التبديل بادائهما من مال الغير ان اذن في ذلك.

و أما الثاني: فلما ذكرناه في سابقه، لأنه ايضاً من الديون.
مضافاً الى ما ورد من النصوص «٢» في جواز الذبح عن العبد و الصبي، و ان رسول الله صلى الله عليه و آله ذبح عن امهات المؤمنين بقره بقره، إذ لو جازت النيابة جاز الهدى بملك الغير، و كذلك ثمنه.
و أما الثالث: فلأنه يجوز بالاباحة للنص، «٣» غاية الأمر يعتبر ان يكون لفظ خاص، و هو: احللت، و لا ينعقد بلفظ ابحت.

و أما ما «٤» ظاهره توقف الوطاء على الملك فلا مناص من ان يكون المراد به ملك التصرف كي يعم جميع موارد الوطاء الحلال.
و أما الرابع: فقد ذكر في وجه توقفه على الملك: انه دلت النصوص على انه لا اعتق الا في ملك.
ففي خبر ابن مسكان: من اعتق ما لا يملك فلا يجوز «٥» و نحوه غيره

(١) الوسائل باب ٤٦ من أبواب المستحقين للزكاة و باب ٣ من أبواب الدين و القرض و باب ١٢ من أبواب مقدمات النكاح و باب ١٠٦ من أبواب احكام الاولاد و غيرها.

(٢) الوسائل باب ٢ و ٣ و ٨ من أبواب الذبح من كتاب الحج.

(٣) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدمات النكاح و باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

(٤) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدمات النكاح و باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

(٥) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب العتق حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٥

و ثانيا الاشكال في صحته الاباحة بالعوض الراجعة الى عقد مركب من اباحة و تملك فنقول أما اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر أنها لا تجوز، إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد اذن المالك، فان اذن المالك ليس مشرعا و انما يمضى فيما يجوز شرعا فإذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره، غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه (١) نعم يصح ذلك بأحد وجهين كلاهما في المقام مفقود.

وفيه: ان محتملات هذه النصوص التي وردت نظائرها في البيع امور الأول: ان المعتق لا- بد و ان يكون رقا و مملوكا كي يقبل الانعتاق، و المبيع لا بد و ان يكون مملوكا حتى يقبل التملك.

الثاني: انه يعتبر في العتق و البيع ان يكون البائع و المعتق مالكين لهما لا مالكين للمال.

الثالث: انه يعتبر فيهما كون البائع و المعتق مالكين للمال، من دون نظر لها الى كون من يقع البيع: له- اى يدخل الثمن في ملكه- و من ينعق عليه الرق مالكين.

الرابع: انه يعتبر فيهما كون البيع و العتق للمالك.

و الاستدلال بها يتوقف على ارادة الأخير- كما لا يخفى- و هي غير ظاهرة فيه،

لو لم تكن ارادة غيره اظهر كما هو واضح.

و أما الخامس: فقد استدل له- مضافا الى النصوص المشار إليها مع جوابها:- بوجه عقلى اشار إليه في المتن و نقله عن العلامة في القواعد، و هو

(١) انه لا يعقل خروج المبيع عن كيس شخص و دخول الثمن في ملك شخص آخر.

و غاية ما قيل في تربيته: ان المعاوضة من المعانى النسبية التعليقية، فلا بد و ان تكون العوضيه في شىء، فإذا كانت المعاوضة في الملكية فلا بد من قيام كل من الثمن و المثلن مقام الآخر في الاضافة الملكية لصاحبها، و مقتضى ذلك انتقال كل منهما الى مالك الاخر، و عليه فالاذن في بيع مال الغير لنفسه اذن في امر غير معقول.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٦

...

وفيه: ان عنوان المعاوضة ليس موضوعا للاثر، بل الموضوع هو البيع، و قد عرفت ان حقيقته اعطاء شىء بازاء شىء لا مجانا، و هذا يصدق مع عدم دخول العوض في ملك مالك المعوض، و قد تقدم تنقيح القول في ذلك. فراجع.

إذا عرفت هذا فاعلم: انه لو قلنا بانه لا يكون شىء من التصرفات متوقفا على الملك، فلا اشكال في صحة مثل هذه الاباحة.

الاذن في التصرفات المتوقفة على الملك

و أما لو قلنا بان بعض التصرفات كالبيع و العتق متوقف على الملك.

فيقع الكلام فى صحة اباحة جميع التصرفات و عدمها.

و لما كان على هذا المسلك عدم الصحة فى بادئ النظر واضحا، من جهة ان دليل السلطنة انما يدل على تسلط الناس على اموالهم فيما لم يمنع عنه الشارع، فاذا منع الشارع عن بيع غير المملوك و حكم بعدم نفوذه لا يصلح دليل السلطنة لتجويزه و الترخيص فيه و مع ذلك يظهر من قطب الدين و الشهيد قدس سره فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الاذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا.

و يظهر ايضا من العلامة فى المختلف انه لو علم البائع للجارية غصيبة ما جعل ثمنها لها يجوز للمشتري وطئها.

و كانت ايضا مسائل ثلاث مشهورة بين الأصحاب:

احداها: انه لو قال الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى و اعتقه المالك يقع العتق عن الأمر.

ثانيتها: ان الرجل إذا اشترى احد عموديه ينعق عليه مع انه لا يملكهما.

ثالثتها: انه لو تصرف الواهب و ذو الخيار فيما وهبه و باعه بالبيع الخيارى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٣٧

احدهما: أن يقصد المبيح بقوله أبحث لك أن تبيع مالى لنفسك أن ينشأ (انشاء توكيل) توكيلا له فى بيع ماله ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة (١) أو فى نقله أولا الى نفسه ثم يبعه (٢) أو تملكها له بنفس هذه الاباحة، فيكون انشاء تملك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله كما صرح فى التذكرة بأن قول الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى بكذا، استدعاء لتمليك و اعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، (٢) فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق آنا ما فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع،

بالبيع أو العتق، صح ذلك و كان هو فسحا فعليا، تصدى المصنف قدس سره فى المقام لتوجيه ذلك و لبيان حكم تلك المسائل و الوجه فى الالتزام بالملكية فيها و عدم انطباق تلك الوجوه على المقام، و ذكر فى كل واحدة من تلك المسائل وجها غير ما ذكره فى غيرها، و قبل بيان تلك الوجوه ذكر وجهين لتصحيح الاذن فى البيع.

(١) احدهما: ان يقصد المبيح بقوله ابحث لك ان تبيع مالى لنفسك انشاء توكيل له فى بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة.

(٢) ثانيهما ان يقصد به نقله اولاً الى نفسه ثم يبعه.

و ردهما: بان المفروض ان قصد المبيح ليس شيئا منهما.

و يرد عليهما- مضافا الى ذلك:- انه فى كل منهما فرض التوكيل فى الهبة، و هى من الانشائيات و لا تتحقق بمجرد القصد، فلو كان من قصده ايضا ذلك لم يفد شيئا، بل احتاج الى انشاء الهبة باللفظ أو الفعل.

(٣) اما ما ذكره فى مسألة اعتق عبدك عنى، فمحصلة: ان قول الرجل لمالك العبد:

اعتق... الخ استدعاء لتمليك، و اعتاق المولى جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق آنا ما.

و قال: هذا الوجه لا ينطبق على المقام، إذ المبيح لم يقصد التملك بالاباحة المذكورة، و لا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تملكه ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو بالاجمال فى تلك المسألة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٣٨

و لا- شك ان المقصود فيما نحن فيه ليس الاذن فى نقل المال الى نفسه اولاً و لا فى نقل الثمن إليه ثانيا و لا قصد التملك بالاباحة

المذكورة و لا قصد المخاطب،

التملك عند البيع حتى يتحقق تملكك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو اجمالا فى مسألة اعتق عبدك عنى، و لذا عد العامة و الخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك: من دلالة الاقتضاء التى عرفوها بأنها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلا أو شرعا عليه فمثلا للعقل بقوله تعالى: و اسأل القرية و للشرعى بهذا المثال و من المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس الا مجرد الاباحة. (١)

يرد على ما ذكره فى مسألة العتق امور:

الأول: انه إذا كان العتق هو المملك- لكونه جوابا للاستدعاء- فما وجه الالتزام بحصول المملك قبل العتق آنا ما. و بعبارة اخرى: حيث ان التملك من الانشائيات، و لا يتحقق بدون الانشاء- و المفروض ان انشاء هو العتق- فكيف يقدر و جودة قبل العتق؟ و ان التزم بحصوله بالعتق يلزم منه اجتماع المملك و زواله فى زمان واحد، و هو غير معقول، مع انه لا يفيد شيئا إذ المفروض توقف العتق بالحمل الشائع على المملك، فإذا كان هو متوقفا على العتق لزم الدور.

الثانى: ان لازم ذلك تأثير العتق فى حصول المملك و زواله، و هو فى غاية البعد.

الثالث: ان التملك و التملك من الامور القصدية، فلو فرض ان المستدعى و المعتق غير ملتفتين اليهما و لم يقصدهما فكيف يلتزم بحصول المملك.

(١) و يرد على ما ذكره قدس سره من الفرق بين المسألتين بعدم القصد الى التملك فى المقام، و بدلالة الكلام فى مسألة العتق على التملك بدلالة الاقتضاء ان المفروض فى المسألتين عدم القصد الى التملك، فان كان القصد الى العتق كافيا فى قصد التملك من جهة كونه قصدا اجماليا له، فكذلك فى المقام.

و يرد على ما افاده فى مسألة العتق ان الامر به بيع ضمنى لا يحتاج الى الشروط المقررة للبيع انه لم يدل دليل على صحة هذا البيع، كى يقال ان مقتضاه سقوط اعتبار تلك الشروط المفقودة، و مجرد كون البيع ضمنيا لا يصلح لذلك.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٣٩

...

و بالجملة: لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة.

و الحق عدم كونه تملكا فى البابين.

و قد التزم المحقق النائيني قدس سره فى مسألة اعتق عبدك عنى بدخول العبد فى ملك الامر و انعاقه، لا من جهة توقف العتق على المملك، بل من جهة انه إذا امر الامر بايجاد عمل محترم، أو باتلاف مال محترم غير مجانى يرجع نفعه إليه و امثل المأمور ذلك يكون الاستدعاء و استيفائه له مقتضيا لضمان المستوفى، إذ المفروض انه لم يصدر عن المأمور تبرعا، بل بالعوض المسمى، و حيث ان ضمانه ليس من باب الغرامة بل ضمان معاملى، و تكون تلك المعاملة الواقعة بين الأمر و المأمور ذلك بامره و استدعائه، و هذا بامثاله و عمله صحيحة لعموم تجارة عن تراض، فلا محالة يكون لازمه دخول المضمون به فى ملك الضامن.

وفيه، ان المملك من الامور التى يتوقف تحققها على القصد و الانشاء فإذا فرضنا عدم قصد الأمر و المأمور التملك و التملك لما كان وجه للالتزام بحصول المملك، و مجرد كون الضمان لا من باب الغرامة لا يقتضى دخول المضمون به فى ملك الضامن.

مع انه يرد عليه الايراد الثانى الذى اورده على المصنف قدس سره.

فأظهر انه ان كان العتق غير متوقف على المملك فيلتزم بالصحة فى المثال و ضمان الامر ان لم يكن استدعائه على وجه المجانية، و

ان كان متوقفا عليه فلا يصح و يكون نظير عكس المسألة اعتق عبدى عنك، و به يظهر حال مسألتنا هذه.

و أما ذكر فى مسألة العمودين و توهم انطباقه على المقام، و لاجله التزم بالملك التقديرى الفرضى، بمعنى فرض الملك و تقديره لغاية خاصة و هو الاعتاق فى مسألة العمودين، فحاصله: انه كما ان الجمع بين الادلة فى تلك المسألة- و هى ما دل على انه لا عتق الا فى ملك، و ما دل على ان شراء العمودين جائز، و ما دل على ان الانسان لا يملك عموديه و ينعقدان عليه لو اشتراهما، و ما دل على توقف صحة البيع بل حقيقته على دخول كل من العوضين فى كيس من خرج الآخر عن كيسه- يقتضى الالتزام بالملك

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٠

الثانى: ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند ارادة البيع، آنا ما، فيقع البيع فى ملكه أو يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص آنا ما لا يقبل غير العتق، فانه حينئذ يقال: بالملك المقدر آنا ما للجمع بين الادلة (١)

التقديرى الفرضى بالمعنى المتقدم.

كذلك فى المقام الجمع بين ما دل على توقف جملة من التصرفات كالبيع و العتق على الملك، و دليل السلطنة الدال على جواز اباحة جميع التصرفات هو الالتزام بالملك التقديرى، و اجاب المصنف قدس سره بما ستعرف تقريبه فيقع الكلام اولاً: فى مسألة العمودين، ثم فى المقام

(١) اما الاول: فالموهم للتنافى بين الادلة الموجب للالتزام المذكور اما ان يكون ما دل على انه لا عتق الا فى ملك «١» - بدعوى انه ينافى مع ما دل على ان الانسان لا يملك عموديه «٢» أو يكون هو ما دل على توقف الشراء على دخول العمودين فى ملك المشتري، و هو ينافى مع ما دل على عدم تملكهما.

و شىء منهما لا يوجب التنافى المزبور اما الأول: فمضافا الى ما تقدم فى معنى لا عتق الا فى ملك: انه لو سلم دلالاته على لزوم مالكية من ينعقد عليه للعبد. انه انما يدل على انه لا عتق- الذى هو فعل اختياري- الا فى ملك، و لا يدل على انه لا اعتاق الا فى ملك كى ينافى مع ما دل على عدم تملكهما.

و أما الثانى: فلما تقدم فى اول البيع و اشرنا إليه فى اول هذا التنبيه من عدم توقف صدق البيع و الشراء على هذا، بل حقيقة البيع جعل شىء و اعطائه بازاء شىء، و هذا بحسب الموارد يختلف اثره، و قد يكون اثره الاعتاق كما فى المثال، فان اثر اعطاء

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب كتاب العتق.

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب العتق.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٤١

و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض انه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة و اثبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على اموالهم يتوقف على عدم مخالفة مؤداها لقواعد اخر مثل توقف انتقال الثمن الى الشخص على كون المثلث مالا له و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطى على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الاذن فى مطلق التصرف و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور بل قيل: لم يوجد خلاف فى أنه لو دفع الى غيره مالا- و قال اشتر به لنفسك طعاما من غير قصد الاذن فى اقتراض المال قبل الشراء أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء (١) لم يصح كما صرح به فى مواضع من القواعد. و علله فى بعضها بأنه لا يعقل شراء شىء لنفسه بمال الغير و هو كذلك، فان مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه،

(٢) و الا لم يكن عوضا و بدلا و لما ذكرنا حكم الشيخ و غيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد اباحة التصرف لكن لا يجوز و طى الجارية (٣) مع ان الاباحة المتحققه من الواهب يعم جميع التصرفات،

البائع اياه بازاء شىء انقطاع اضافته، و حيث لا يمكن دخوله فى ملك المشتري ينعتق عليه قهرا. هذا كله مضافا الى ان الالتزام بالملك التقديرى مرجعه الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية، نعم حيث انه يكون من جملة نصوص المسألة ما تضمن انه إذا ملك الرجل والديه انعتقا عليه، فهو ينافى ما دل على ان الرجل لا يملك احد عموديه. و العلاج انما يكون باحد النحويين: اما الالتزام بان المراد بالأول الملك العقدى فيكون قوله عليه السلام إذا ملكوا بمنزلة إذا بيعوا، أو الالتزام بالملك الحقيقى غير المستقر- و المراد بالثانى الملك المستقر- و على اى حال لا وجه للالتزام بالملك التقديرى (١) بان يشتري الطعام لنفسه بثمن فى ذمته ثم يفي دينه بمال الغير. (٢) قد مر فى اول كتاب البيع عدم كون البيع معاوضة بهذا المعنى. (٣) و فانه محل الكلام الاباحة المالكية و مورد كلام الشيخ و الشهيد الاباحة الشرعية.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٢

و عرفت ايضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاظة فى الخمس و الزكاة. و ثمن الهدى و لا و طى الجارية مع ان مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة و دعوى ان الملك التقديرى هنا ايضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفى الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على اموالهم، الدال على جواز هذه الاباحة المطلقة. و بين ادلة توقف مثل العتق و البيع على الملك نظير الجمع بين الأدلة فى الملك فى الملك التقديرى مدفوعه بأن عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم فمقتضاه امضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعا، فالاباحة و ان كانت مطلقة الا انه لا يباح بتلك الاباحة المطلقة الا ما هو جائز بذاته فى الشريعة.

و من المعلوم ان بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدال على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوض، فلا- يشمله العموم فى الناس مسلطون على اموالهم حتى يثبت التنافى بينه و بين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آنا ما.

و بالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم (١) على عموم الناس مسلطون على اموالهم

و أما المقام الثانى فالحق هو عدم انطباق ما ذكر فى تلك المسألة على ما نحن فيه لو تم، و ذلك لوجهين:

(١) الاول: ما ذكره المصنف قدس سره من حكومة دليل عدم جواز البيع و العتق الا فى ملك على عموم دليل السلطنة، فان دليل السلطنة انما يدل على ان له ان يبيح التصرفات المحرمة من جهة عدم رضا مالكة و لا يدل على ان له ان يبيح التصرف الممنوع شرعا لجهة اخرى كما تقدم تقريره، و حيث ان دليل عدم الجواز ينفى مشروعية هذا التصرف من جهة اخرى، فلا- محالة يكون رافعا لموضوع دليل السلطنة.

الثانى: انه لو كان له اطلاق شامل لجميع التصرفات فيقع التعارض بين الدليلين، و حيث ان النسبة بينهما عموم من وجه، و الترجيح مع ذلك الدليل، فيقدم و لا وجه للجمع

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٣

الدال على امضاء الاباحة المطلقة من المالك على اطلاقها نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالندر

و العهد. إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر.

نعم لو كان هناك تعارض و تراحم من الطرفين بحيث يمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر يمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آنا ما فتأمل. (١)

و أما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع، أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميت (٢)

بالنحو المذكور. و لكن الذي يهون الخطب ما تقدم من عدم توقف البيع و العتق على الملك، فلا معارض للدليل السلطنة.

(١) قد عرفت ان مقتضى القواعد على فرض التعارض هو الرجوع إلى المرجحات لا الجمع المذكور و لعله لذلك امر بالتأمل في ذيل كلامه و أما ما ذكر في مسألة بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه و ادعى انطباقه على ما نحن فيه، فمحصله: انه كما يلتزم في تلك المسألة بصيرورة العبد ملكا للواهب قبل التصرف المتوقع على الملك، فكذلك يلتزم به في المقام.

(٢) قوله نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميت بان يقال ان حكم «١» الشارع بانتقال الدية إلى الورثة و انه يؤدي ديونه منها يستدعي صيرورتها ملكا للميت و انتقالها عنه إليهم- و حيث انه لا- يمكن الالتزام بملكيتها له في حال الحياة و الا لزم تقدم المعلول على علته و لا بملكيتها له حال الموت و الا لزم اجراء احكام دية الجناية على الاعضاء بعد الموت فيلتزم بملكيتها له في حال الحياة بالملكية بالتقريب المتقدم و فيه ان الادلة انما دلت على ان ديون الميت تؤدي من ماله و ان ما تركه الميت من ماله فلوارثه- و لم يدل دليل على انه لا يؤدي ديونه من غيره و انه ليس للورثة ما لم يتركه الميت و عليه فإذا دل الدليل على انه يؤدي ديونه من الدية و انها تنتقل

(١) راجع الوسائل باب ٢٤ من ابواب كتاب الدين و الفرض.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٤٤

أو شراء العبد المعتق عليه. بل هو ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل بناء على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع (١)

و ليس كذلك فيما نحن فيه و بالجملة فما نحن فيه لا ينطبق على التمليك الضمني المذكور اولا في: اعتق عبدك عنى لتوقفه على القصد و لا على الملك المذكور ثانيا في شراء من يعتق عليه، لتوقفه على التناهي بين دليل التسلط و دليل توقف العتق على الملك، و عدم حكومة الثاني على الأول، و لا على التمليك الضمني المذكور ثالثا في بيع الواهب، و ذى الخيار لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقا بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق الا الحكم بطلان الاذن في بيع ماله لغيره (٢)

سواء صرح بذلك كما لو قال بع مالي لنفسك أو اشتر بمالي لنفسك ام ادخله في عموم قوله ابحت لك كل تصرف. فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك اما لازما بناء على ان قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر أو موقوفا على الاجازة بناء على ان المالك لم ينو تملك الثمن هذا

إلى الورثة فلا موجب للالتزام بالملكية

(١) قوله بناء على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع و ليس كذلك فيما نحن فيه.

محصل ما افاده المصنف قدس سره انه في تلك المسألة انما يلتزم به من جهة كشف التصرف المتوقع على الملك على قصد الرجوع قبله، و هذا يكفي في الرجوع و الفسخ،

و لكنه لا ينطبق على ما نحن فيه، إذ في صيرورة شيء ملكا لشخص يعتبر الانشاء و لا يكفي مجرد القصد (٢) قوله فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن في بيع ماله لغيره.

و قد تقدم ان الاظهر صحة الاذن في ذلك لعدم توقفه على الملك و لكن يرد على ما ذكره قدس سره في تلك المسألة امور:
الأول: ان لازم ذلك ان يكون قول الواهب و البائع بالخيار: فسخت اخبارا عن الرجوع لا إنشاء له.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٤٥

و لكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين و الشهيد رحمه الله في باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن و الاذن في اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا، و انه يملك المثلن بدفعه إليه، فليس للمالك اجازة هذا الشراء و يظهر ايضا من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة: ان له و طى الجارية مع علم البائع بغصبيته الثمن فراجع، و مقتضى ذلك ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و ان لم يكن على وجه الملكية،

يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمل (١) و سيأتى توضيحه في مسألة الفضولي ان شاء الله. و أما الكلام في صحة الاباحة بالعرض (٢)

الثاني: ان الرجوع و الفسخ من الانشائيات لانهما يوجبان صيرورة الشيء ملكا له، و لا بد فيهما من الانشاء و الاظهار، و لا يكفي مجرد القصد.

الثالث: ان لازم هذا البيان قصر الحكم على مورد قصد الرجوع و الفسخ، مع ان كلمات القوم مطلقة.

فالحق ان يقال: انه حيث لم يرد نص خاص في تلك المسألة، فعلى القول بتوقف البيع و العتق على الملك لا مناص عن البناء على البطلان في تلك المسألة.

(١) قوله فتأمل و لعل وجهه انه يمكن ان يكون نظر الجماعة الى ان اعطاء المشتري ماله للغاصب مع علمه بغصبيته المبيع تسليط له على ماله مجانا و موجب لصيرورته ملكا له فيكون تصرفه في ماله لا في مال الغير المباح له.

الاباحة بالعرض

(٢) الاشكال الثاني الذي اورده المصنف على القسمين الاخيرين، هو الاشكال في صحة الاباحة بالعرض الرجعة الى عقد مركب من اباحة و تمليك،

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٤٦

سواء صححنا اباحة التصرفات المتوقفة على الملك ام خصصنا الاباحة بغيرها، فمحصله ان هذا النحو من الاباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح الا أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الامر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا مع التأمل في صدق التجارة عليها، فضلا عن البيع (١)

(١) و حاصله ان هذا النحو من الاباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، الا ان المباح له يستحق التصرف فيشكل الامر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا، مع التأمل في صدق التجارة عليها ... الى آخر ما افاده.

و هذا الاشكال ايضا لا يختص بالمعاطاة، بل يعم ما إذا كانت الاباحة باللفظ، فالكلام فيه ايضا استطرادي.

و كيف كان فتتبع القول في هذا المقام بالبحث في موارد الأول: في حقيقة الاباحة بالعرض، و انها هل تكون بيعا أو اجارة، ام صلحا

ام معاوضة مستقلة؟ الثاني: في الدليل على صحتها و نفوذها.

الثالث: في انها لازمة ام جائزة.

اما المورد الاول فلا خلاف ولا ريب في أنها ليست تمليكا للعين ولا للمنافع ولا للانتفاع، اما الأولان: فواضح.

و أما الاخير: فلأن المبيع ليس مالكا للانتفاع- الذي هو قائم بالمباح له- و من افعاله فكيف يملكه له؟ و كذلك ليست اعطاء حق به، فان جواز التصرف من الاحكام التكليفيه لا- من الحقوق، و لذا ليس للمالك اسقاطه و لا- نقله الى غيره، بل هي اباحة تكليفية للتصرفات و رفع للمنع عنها، و عليه فهي ليست اعطاء شيء للمباح له بازاء شيء فلا تكون بيعا، و لا تكون نقلا للمنافع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٤٧

الا ان يكون نوعا من الصلح لمناسبة له لغة لانه في معنى التسالم على امر (١) بناء على انه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الاخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين لك ما عندك و لي ما عندي و نحوه ما ورد في مصالحة الزوجين و لو كانت معاملة مستقلة، كفي فيها عموم

الناس مسلطون على اموالهم

(٢)

فلا تكون اجارة، و ليست انشاء للتصالح و التسالم على امر- كما هو واضح- فلا تكون صلحا

(١) قوله لانه في معنى التسالم على امر و ما ذكره المصنف قدس سره في وجه كونها صلحا من انه عبارة عن التسالم على امر و لا يعتبر فيه لفظ خاص و استشهد لذلك

بصحيحي محمد بن مسلم و منصور بن حازم عن السيدين الصادقين عليهما السلام: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لي ما عندي فقال عليهما السلام لا بأس بذلك

«١». و هذا المعنى ينطبق على الاباحة المعوضة فهي صلح، يرد عليه: ان الصلح ليس هو التسالم على امر، و الا- لزم كون جميع المعاملات صلحا، بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية و انشاء للتسالم، و من الواضح ان هذا لا ينطبق على المقام.

و أما الصحيحان: فليس فيهما ما يدل على ان تلك المعاملة التي نفى البأس عنها صلحا، بل من الجائر ان تكون معاملة مستقلة فيتعين ان تكون معاملة مستقلة.

(٢) و أما المورد الثاني: فقد استدل المصنف قدس سره لصحتها بعموم

الناس مسلطون على اموالهم

«٢» و اورد عليه: بانه هذا ينافي ما ذكره قدس سره في المعاطاة من انه لا يصح الاستدلال به على صحتها

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٤٨

و المؤمنون عند شروطهم

(١) و على تقدير الصحة ففي لزومها مطلقا لعموم (٢)

المؤمنون عند شروطهم

أو من طرف المباح له حيث انه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع، حيث ان ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقا وجوه

أقواها اولها، ثم اوسطها.

و فيه: انه في تلك المسألة بنى على عدم صحة الاستدلال به نظرا الى ان عمومها انما هو باعتبار انواع السلطنة، و انه لو احرز ثبوت سلطنة خاصة كالبيع له و شك في انه هل يحصل بمجرد التعاطي ام لا، لا مورد للتمسك بعمومه و هذا الوجه لا يجرى في المقام، بل مقتضى عمومها الانواعى الذى اعترف بانه له صحة هذه المعاملة الخاصة التى هي نوع من الأنواع فالحق تمامية هذا الوجه.

(١) و أما

قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم

«١» الذى استدل به المصنف قدس سره فى المقام فقد تقدم فى المعاطاة ما فيه و انه مختص بالشروط فى ضمن العقود و لا يشمل الشروط الابتدائية.

و يشهد لصحتها- مضافا الى دليل السلطنة السيرة العقلائية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى- كما هو المتعارف فى اجارة الدكاكين و ما شابهها- فان الشخص يستأجر الدكان من مالكة شهرا بمقدار معين،

ثم يبينان على ان كلما بقى المستأجر يعطى الاجرة بذلك المقدار، بل التصرف فى الحمامات و الأمكنة المعدة لنزول المسافرين و نحو ذلك كلها من هذا القبيل. فتأمل.

و دليل التجارة.

و دعوى عدم صدقها على الاباحة المعوضة من جهة انها عبارة عن التكسب بالمال، مندفعه بمنع ذلك، بل هي عبارة عن التكسب و الاسترباح الشامل للمقام فالحق انها صحيحة نافذة.

(٢) و أما المورد الثالث، و هو انها لازمة أو جائزة

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار- فى الخبر المسلمون بدل- المؤمنون.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٩

اما حكم الاباحة، بالاباحة فالاشكال، فيه ايضا يظهر مما ذكرنا فى سابقه و الأقوى فيها ايضا الصحة و لزوم للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط

فيشهد للزومها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و اورد عليه: بانه يعارض فى طرف الاباحة بعموم «٢» دليل السلطنة، إذ المفروض بقاء المال على ملكه.

و فيه: ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة على المال و لا يدل على السلطنة على العقد، و الاباحة اللازمة فى المقام انما هي اباحة عقدية لا اباحة مستندة الى الاذن.

و ان شئت قلت: انه إذا كان العقد صادرا من المالك و باختياره- و دليل السلطنة بنينا على ان له ذلك- فلزوم العقد المزبور لا ينافى سلطنته على المال، كما لا ينافيها فى مورد الاجارة، مع ان العين باقية على ملكه.

و بالجملة: كما لو شرط فى ضمن عقد لازم اباحة مال احد المتعاقدين للآخر كان له ذلك و كان لازما، و لا يكون منافيا لدليل السلطنة كذلك فى المقام.

و لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا التعارض يكون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مقديما بناء على ما هو الحق من الرجوع الى المرجحات إذا تعارض عامان من وجه، فان الترجيح مع الآية الشريفة، فانه إذا كانت موافقة الكتاب من المرجحات كان الكتاب مقديما عند التعارض.

هذا بناء على ما هو الحق من انه إذا تعارض العام و المطلق لا يكون الأول مقدما:
و الا فتقديم الآية اظهر، لان الجمع المحلى بالالف و اللام من الفاظ العموم، كما انه لو قلنا بشمول اخبار العرض للمخالفة بالعموم من
وجه يكون تقدم الآية الشريفة في غاية الوضوح.
و لو تنزلنا عن ذلك ايضا و سلمنا التسايط يكون المرجع استصحاب بقاء الاباحه، اى الاباحه العقديه لا الإباحه المستنده الى الاذن،
كى يقال

(١) المائدة: آية ٢.

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٠

الخامس: في حكم جريان المعاطة في غير البيع من العقود و عدمه. (١)

انه لا سبيل الى استصحابها لتقومها بالرضا المرتفع.
فالأظهر أنها معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.
جريان المعاطة في جميع العقود و الايقاعات
(١) قوله الخامس: في حكم جريان المعاطة في غير البيع من العقود و عدمه.
ملخص القول في المقام: ان صحة المعاطة في البيع ان كانت بدليل تعبدى شرعى من الاجماع و السيرة فلا كلام في عدم جريانها في
غير البيع الا ما قام الدليل الخاص على صحته،
و ان كانت على القاعدة من جهة صدق البيع عليها فهي تجرى في غيره من المعاملات، فانه في كل باب يتمسك بعموم دليل ذلك
الباب لصحتها لو كان، و الا يتمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و لا إشكال في ذلك.
نعم في بعض الموارد- كما في باب الطلاق- دل «١» الدليل الخاص على ان الطلاق لا يصح انشاؤه الا بصيغته خاصة، فلا تجرى
المعاطة فيه لذلك.

و أما سائر الموارد فتجرى المعاطة فيها،

و قد ذكروا في بيان المانع عن جريان المعاطة في جملة من العقود امورا:

منها: ان بعض المعاملات لا يكون الفعل فيه مصداقا لعنوان تلك المعاملة، مثلا اطلاق العبد و فكه عن الخدمة مع قصد العتق لا ينطبق
عليه عنوان العتق، و في هذه المعاملات لا يصح الاستدلال بادلها.

و منها: ما إذا دل الدليل في باب على انه لازم كالرهن، و حيث ان المعاطة جائزة بالاجماع فلا تجرى فيه.

و منها: انه في بعض الموارد يكون الفعل محرما شرعا كما في النكاح بالوطء.

(١) راجع الوسائل باب ١٥ و ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥١

و النهى عن المعاملة يدل على الفساد.

و لنا عن هذه الوجوه جوابان: اجمالى و تفصيلى.

اما الاجمالي منهما فمحصله: انه يرد على الوجه الأول: انا لا نتصور معاملة لا يكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول، و هو كون الفعل مظهرا عرفا للاعتبار النفساني لا أقل من الافعال التى يفهم الاخرس مقاصده بها، مثلا: إذا سأل احد مالك العبد: هل تعتق عبدك؟ فحرك رأسه قاصدا به انشاء العتق، يكون هذا الفعل - بضميمة القرينة الموجودة - مصداقا لعنوان العتق بالمعنى المعقول، و هكذا فى باب الوصية و غيرها مع انه قد عرفت ان عناوين المعاملات موضوعات لحقائقها، اى المسببات و الاعتبارات النفسانية و الاسباب مبرزات لها لا انها من مصاديقها.

و بالجملة: المظهر كان هو القول أو الفعل يكون خارجا عن مسمى المعاملة، فلا-وجه للفرق بين الافعال اللهم الا ان يقال: ان بناء العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار النفساني المجرد، و عدم ترتيبه على الاعتبار المبرز بما لا يكون له شأنية، ذلك عندهم كما لو مشى بقصد انشاء الزوجية و عليه فالحق فى الجواب ما تقدم.

و يرد على الوجه الثانى: ما تقدم من ان الأصل فى المعاطاة هو اللزوم.

و يرد على الوجه الثالث: ما تقدم فى اول الجزء الاول من عدم دلالة النهى عن المعاملة على الفساد، لا سيما إذا تعلق بالاسباب.

و أما الجواب التفصيلى، فملخص القول: انه من المعاملات التى وقع فيها النزاع:

النكاح و قد استدلل لعدم جريان المعاطاة فيه بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٥٢

...

احدها: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان الفعل فيه مصداق لضده، و هو الزنا و السفاح، فان مقابل النكاح ليس الا الفعل المجرد عن الانشاء القولى و عما جعله الشارع سببا للحلية.

و فيه: اولاً: ان هذا الوجه مختص بانشائه بالوطء و لا يشمل انشاءه بفعل آخر كتمكين الزوجة و غيره، و هذا الجواب يجرى فى جميع الوجوه الآتية.

و ثانياً: ان مورد الكلام ما إذا وطء بقصد انشاء الزوجية لا مجردا عن القصد، و معه و ان كان سفاحا وزنا لكنه لا مانع من كونه مبرزا للزوجية، و ليست الزوجية و الزنا متقابلتين و متضادتين، فان الاولى من الاعتبارات، و الثانى من عناوين الفعل الخارجى، فلا مانع من مبرزته لها.

ثانيها: ان النكاح عقد لازم للنص و الاجماع، و المعاطاة جائزة بالاجماع.

و فيه: ما تقدم من ان الأصل فى المعاطاة هو اللزوم،

مع انه يمكن ان يقال: ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التى تجتمع الصحة فيها مع الجواز و لا يشمل ما لا تجتمع معه. و بعبارة اخرى: المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة، و أما عدم اللزوم غير المجمع معها فلا يكون مشمولاً له مضافاً الى انه يمكن ان يجعل هذا بنفسه دليل اللزوم فيه فيقال ان المعاطاة تفيد اصل النكاح، و أما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على ان كل نكاح صحيح لازم.

ثالثها: ان لازم جريانها فى النكاح حصر الزنا بصورة الاكراه و الزنا بذات البعل و نحوهما، و هذا كما ترى.

و فيه: ان الوطء مع الرضا تارة يكون مع قصد الزوجية، و اخرى بدونه. و محل الكلام هو الأول، و أما الثانى فلا ريب فى انه زنا و

سفاح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٣

اعلم انه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد على ما حكى عنه ان في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الاجارة (١) و كذا فى الهبة و ذلك لأنه إذا امره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة، و لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل،

رابعها: ان الوطء يحتاج الى سبب محلل، فلو كان سببا لحلية نفسه لزم اتحاد السبب و المسبب فى مرتبة واحدة، مع امتناع تأثير الشيء فى نفسه.

و فيه: ان أول الوطء الأول سبب للزوجية، و هى سبب لحلية الوطء فى الآنات المتأخرة و الوطء اللاحق، فلا يلزم اتحاد السبب و المسبب.

خامسها: ان السبب المبعوض لا يؤثر، فالوطء المؤثر فى الزوجية مشروط بالحلية و المفروض انها من مقتضيات الزوجية، فتتوقف حلية الوطء على تأثيره، و يتوقف تأثيره على حليته، و هذا دور واضح.

و فيه: ما تقدم من ان النهى عن المعاملات- لا سيما الاسباب منها- لا يدل على الفساد، مع ان ترتب الحلية على الزوجية، و الزوجية على الوطء- الذى هو سبب لها- انما يكون ترتيبا رتبيا و أما فى الزمان فالجميع فى زمان واحد، فالوطء حين تحققه متصف بالجواز.

فتحصل: انه لا- مانع عقلا و لا شرعا عن جريان المعاطاة فى النكاح، و لكن قام الاجماع على عدم الجريان، و هو المستند لو كان و كان تعديلا لا مستندا الى الوجوه المتقدمة.

و منها: الاجارة

(١) قوله فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الاجارة فى المسألة اقوال احدها جريانها فيها مطلقا ثانيها عدم الجريان كذلك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٤

...

ثالثها التفصيل بين الاجارة على المنفعة فالاول، و بين الاجارة على العمل فالثانى.

و الاظهر هو الاول، بناء على ما هو الحق من صحة انشاء العقود و الايقاعات بكل ما يكون مبرزا لها، بلا اعتبار اللفظ فى المبرز، كما حققناه فى البيع و اوضحناه.

و استدل لعدم الجريان فيها تارة بان المعاطاة انما التزمنا بجريانها فى البيع من جهة الاجماع و السيرة، و هما غير ثابتين فى المقام.

و اخرى بان الاجارة لازمة كما يأتى، و المعاطاة اما مفيدة للملكية الجائزة أو الاباحة، فلا تجرى فيها.

و ثالثة بانه ليس فعل صالح لانشاء الاجارة به، فان اعطاء العين و دفعها يلائم مع تملكها لا تملك منافعها، و لا يعنون عند العرف بعنوان الاجارة.

و كل مردود،

اما الاول فلما تقدم من ان مقتضى القاعدة جريانها فى جميع العقود و الايقاعات.

و أما الثانى: فلما مر فى البيع من ان المعاطاة تفيد الملكية اللازمة مع انه لو دل الدليل على عدم لزومها فى مورد خاص يقيد به اطلاق ما دل على لزومها.

و أما الثالث فلان محل البحث انشاء الاجارة بالفعل، و لم يقع عنوان المعاطاة تحت الدليل كى يقتصر على مورد تحقق التعاطى.

و عليه فلو تم هذا الوجه، فحيث انه مختص بالاعطاء الخارجى و لا- يجرى فى جميع الافعال حتى مثل الاشارة بالرأس - كما لو سأله

سائل: هل تؤجر دارك بزید؟ فحرك رأسه، و ما شابه ذلك - فلا يعتمد عليه.

مع انه غير تام، فان اعطاء العين اعم من الهبة و الصلح و القرض و البيع و الاجارة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٥

و لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك. و كذا لو وهب بغير عقد. فان ظاهرهم جواز الاتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز (١) بل منع من مطلق التصرف و هو ملحوظ وجيه انتهى.

فكما يقال انه بالتساوم على البيع مثلا و قصد ذلك يكون الاعطاء مصداقا للبيع على المشهور و ميرزا له عرفا على المختار، كذلك في المقام نقول ان تسليم العين في اول المدة بقصد اجارتها في جميعها يكون مع التساوم قبله مصداقا أو ميرزا لها.

و استدلت للثالث بانه في اجارة الاعيان للمنافع يوجد فعل مبرز لعنوان الاجارة، و لا يوجد ذلك في اجارة الحر نفسه للعمل، فان الفعل المبرز ليس الا العمل الخارجى، و هذا ليس مصداقا للاجارة المتعلقة بالنفس، فلا تجرى فيها.

و فيه - مضافا الى ما تقدم من ان هذا لو تم فانما هو في الاعطاء لا - في كل فعل و لو كان هو الاشارة - انه إذا فرضنا التساوم على الاجارة، يكون الشروع في العمل بقصد اجارة نفسه على كل ما تساوما عليه ايجابا للاجارة.

فالظاهر جريان المعاطاة في الاجارة مطلقا.

و يجوز ان يكون الايجاب بالقول و القبول بالفعل، لإطلاق الادلة و عمومها.

و استدلت لعدم الجواز بانه ليس عقدا و لا معاطاة.

و فيه: انه لم يرد دليل على لزوم الانشاء بالعقد أو المعاطاة، بل الدليل دل على لزوم الابراز بلا تعيين لخصوص مبرز، فالظاهر كفايته.

(١) و بما ذكرناه يظهر الحال في كثير من ابواب الفقه حيث منع من جريان المعاطاة فيها من جهة عدم وجود فعل يكون مصداقا لتلك المعاملة منها الهبة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٦

و فيه ان معنى جريان المعاطاة في الاجارة على مذهب المحقق الثانى الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر و ملك الامر، العمل المعين على المأمور به (١) و لم نجد من صرح به في المعاطاة. و أما قوله لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل، فموضع نظر

لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل (٢)

سيما إذا لم يكن العمل تصرفا في عين من اموال المستأجر، و قوله لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع، لأن الظاهر ثبوت اجرة المثل (٢) لانه لم يقصد التبرع، و انما قصد عوضا لم يسلم له. و أما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على

جريان المعاطاة فيها، (٤) الا إذا قلنا في المعاطاة بالاباحة.

فان جماعة كالشيخ و الحلبي و العلامة صرحوا بأن اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة دون الملك. لكن المحقق الثانى رحمه الله ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيدا للاباحة المجردة

(١) يرد عليه امران الاول ان المفروض ان احد طرفي عقد الاجارة هو العمل الخارجى فلا تكون الاجارة المزبورة نظير الاجارة اللفظية موجبة للحكم بملك احدهما الاجر المعين على الآخر و الآخر العمل المعين - و بالجملة - امر الامر وحده ليس عقد الاجارة الثانى: ان

الاصحاب و ان لم يصرحوا في الاجارة بما ذكره - الا انهم لم يصرحوا في البيع ايضا بالملك.

(٢) و فيه ان مورد كلام المحقق صورة استلزم العمل التصرف في اموال المستأجر - و أما في صورة عدم استلزامه ذلك فلا ريب في عدم المنع - و في هذه الصورة مقتضى فساد الاجارة عدم جواز التصرف و دعوى انه يجوز للرضا به مندفعه بان الرضا من جهة تخيل

صحة الاجارة لا يجدى.

(٣) و لكن ظاهر العبارة الموجودة في جامع المقاصد المحكية في المتن ثبوت الاجرة المسماة لا أجره المثل.

(٤) وفيه ان الاصحاب كما صرحوا في البيع المعاطاتي بالاباحة كك حكموا في الهبة المعاطاتية بالاباحة- و المحقق قدس سره في كلا البابين حمل كلماتهم على ارادة الملك المترزل فلا ايراد مخصوص بالمقام عليه.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٧

و توقف الملك في الهبة على الايجاب و القبول كاد ان يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك. و مما ذكرنا يظهر المنع في قوله بل مطلق التصرف. هذا و لكن الأظهر بناء جريان المعاطاة في البيع، جريانها في غيره من الاجارة و الهبة لكون الفعل مفيدا للتملك فيهما.

و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره، حيث قال في باب الرهن ان الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الايجاب عليه المذكور في البيع آت هنا، انتهى. لكن استشكله في محكى جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا.

و لعل وجه الاشكال عدم تأتى المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذى اجرها في البيع، (١) لأنها هناك اما مفيدة للاباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف و الأول غير متصور هنا. و أما الجواز فكذلك لانه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن (٢)

(١) قوله و لعل وجه الاشكال عدم تاتى المعاطاة بالاجماع في الرهن لعل مراد المحقق قده ان ما هو ثابت في المعاطاة بالاجماع جار في البيع دون الرهن لعدم معقولية الجواز فيه و عليه، فما ذكره المصنف قدس سره في وجه اشكاله قده تام، و لا يرد عليه ما اورده المحقق الايروانى قدس سره من ان هذا من الاجتهاد في مقابل النص لتصريحه بان منشأ الاشكال عدم شمول الاجماع على حكم المعاطاة للرهن.

و منها الرهن فقد اشكل في جريان المعاطاة فيه بوجهين:

(٢) احدهما: ان المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع، و الجواز غير متصور في الرهن لانه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن، و ان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع.

و الجواب عنه: ما ذكرناه في النكاح جوابا عن الوجه الثانى. فراجع.

ثانيهما: ان القبض شرط في باب الرهن، و العقد مقتضى، فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضى مع الشرط، و هو محال كما حقق في محله.

و اجيب عنه: بان الشرط هو القبض، و المقتضى هو الاقباض، لان به ينشأ الرهن فلا يلزم الاتحاد المزبور.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٨

خصوصا بملاحظة انه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها الى اللزوم ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان، و ان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا لما اطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ، و كان هذا هو الذى دعا المحقق الثانى الى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الاجارة و الهبة و القرض و الاستشكال في الرهن،

نعم من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور. بل المتفق عليه بينهم من توقف العقود اللازمة على اللفظ أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين فلا يشمل الرهن.

و لذا جوز بعضهم، الايجاب بلفظ الأمر كخذه، و الجملة الخبرية امكن ان يقول بافاداة المعاطاة في الرهن اللزوم، لإطلاق بعض ادلة الرهن، و لم يقد هنا اجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات. و لأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف

(١) بأن يكتفى فيه بالاقباض لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم: من توقف اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف في الوقف من الشارع (٢) فتأمل.

نعم احتمال الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى تبعا للشيخ رحمه الله

وفيه: ان المقتضى هو الاقباض و القبض معا، لأن الرهن من العقود و متقوم بالايجاب و القبول، فالقبض جزء المقتضى فيلزم الاتحاد. فالحق في الجواب عنه ان يقال: - مضافا الى ما تقدم من عدم انحصار الفعل الذى ينشأ به الرهن بالقبض - انه ليس فى النصوص ما يدل على كون القبض شرطا فى الرهن، بل هذا اصطلاح من الفقهاء، و الموجود فى النصوص اعتبار القبض فيه الملازم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء.

مع: انه فى باب التشريعات و الاعتباريات ليس تأثير من الأفعال الخارجية فيها حتى يكون شىء مقتضيا و الآخر شرطا، بل انما هى موضوعات للمجعولات الشرعية و تكون موضوعيتها تتبع جعل الشارع و تمام الكلام فى محله.

(١) و منها الوقف و اورد على القول بجريان المعاطاة فيه - بوجهين

(٢) الاول ما فى المتن و هو ان القول باللزوم فيه مناف لما اشتهر بينهم من توقف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٩

ثم ان الملزم للمعاطاة فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم فى باب البيع كما سننبه به بعد هذا الأمر.

اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع و فيه: مضافا الى ما تقدم فى سابقه انه لا مانع من جواز الوقف، و لم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف و الجواز، بل الوقف قبل القبض جائز،

اللهم الا ان يقال: ان القبض جزء المؤثر، فقبله لا يكون المؤثر تاما كى يكون لازما أو جائزا،

و قد ورد عنهم عليهم السلام ما كان لله فلا رجعة فيه «١» و ظاهر ذلك: ان ما كان لله لا يلائمه الرجوع و هذا غير قابل للتخصيص. و كيف كان فى الجواب الأول غنى و كفاية.

الثانى: ما عن المحقق النائنى قدس سره، و هو مختص ببعض اقسام الوقف، و حاصله: ان بعض اقسامه كالوقف الخاص أو لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداقا له لا تجرى فيه المعاطاة.

وفيه: ما عرفت من عدم تصور عقد أو ايقاع لا يكون فعل مبرزا له. فراجع.

و منها: القرض.

و الكلام فيه اشكالا و جوابا ما فى الرهن فراجع.

فتحصل: ان الأظهر جريان المعاطاة فى جميع العقود و الايقاعات سوى ما دل الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح أو لفظ خاص فيه كالطلاق و التحليل.

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب الوقوف و الصدقات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٠

السادس: فى ملزمات المعاطاة

إشارة

على كل من القول بالملك و القول بالاباحة. (١) اعلم ان الاصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة.
(٢)

ملزمات المعاطاة

(١) الامر السادس فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالاباحة.

ان بنينا على لزوم المعاطاة- كما هو الحق و مر تفصيله- يسقط هذا الأمر و لا مورد له، و ان بنينا على جوازها- فحيث انه فى بعض الموارد الجواز متيقن، كما فى صورة بقاء العينين و عدم تحقق شىء من الملزمات، و فى بعض الموارد اللزوم متيقن كصورة تلف العينين أو الامتراج أو نحو ذلك فينبغى اولاً تأسيس الأصل فى المقام كى يرجع إليه عند الشك و عدم الدليل على اللزوم أو الجواز.
(٢) و قد ذهب المصنف قدس سره الى ان الاصل هو اللزوم على القول بالملك، و استند فى ذلك الى الوجوه الثمانية المتقدمة من العمومات و استصحاب بقاء الملكية.

و اورد عليه: تارة: بتمسكه بالعمومات مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و اخرى: بتمسكه بالاستصحاب.

اما الأول: فاورد السيد الفقيه فى حاشيته و المحقق الاصفهانى قدس سره و غيرهما عليه:

بان التمسك بها ينافى ما بنى عليه فى كتبه فقها و اصولاً من انه إذا ورد عام و لم يكن له عموم ازماني بل كان عمومه افرادياً، و ثبوت حكم كل فرد فى جميع الازمنة بالاطلاق،

كما إذا ورد اكرم كل عالم، حيث ان عمومه افرادى و بقاء حكم كل فرد فى عمود الزمان يستفاد من الاطلاق، ثم خصص العموم الافرادى و خرج فرد من العام عن تحته فى زمان و شك فى الحكم بعد ذلك الزمان، كما إذا ورد لا تكرم زيدا فى يوم الجمعة و شك فى يوم السبت فى وجوب اكرامه و عدمه، لا يصح التمسك بعموم العام.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦١

...

بل يكون مورد الاستصحاب حكم المخصص، فان عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و غيره من العمومات افرادى، و الزمان فيها انما يكون ظرفاً لاستمرار الحكم كما صرح بذلك فى خيار الغبن.

و عليه فلا بد من البناء على جريان استصحاب الحكم الخاص بعد كونها مختصة بالاجماع على الجواز حين الانعقاد كما هو المفروض لا التمسك بالعمومات.

وفيه: ان الجواز الثابت بالاجماع لو كان هو الجواز من كل وجه كان الايراد تاماً،

و لكن الجواز الثابت انما هو الجواز الخاص، و هو الجواز المتعلق بتراد العينين.

و أما الجواز من وجه آخر فهو مشكوك فيه من اول الأمر، و هذا لا يمنع عن التمسك بعموم العام، مثلاً إذا علم جواز البيع من جهة شرط رد الثمن و شك فى جوازه من الجهات الاخرى يتمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و يحكم بلزومه من تلك الجهات من اول الأمر، ففى الحقيقة ليس هذا تمسكاً بعموم العام بعد ذلك الزمان.

بل تمسك به من اول الأمر بلحاظ الجهات الاخرى.

و بالجملة: حيث ان الجواز الثابت بالاجماع هو جواز تراد العينين دون فسخ المعاملة مطلقاً و من كل وجه، فالشك فى اللزوم بعد امتناع التراد شك فى اللزوم من جهة اخرى، و مورد للتمسك بعموم العام حتى على مسلكه قده.

نعم بناء على مسلك من يرى جواز المعاطاء من كل وجه بلحاظ توقف اللزوم على اللفظ لا يصح التمسك بعموم العام لما ذكر، و قد صرح بهذا المصنف قدس سره بعد اسطر،
حيث قال: و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف ... الى آخره، و سيأتى تمام الكلام فى ذلك.

هذا بناء على ما بنى عليه فى كتبه اصولا وفقها،
و أما بناء على ما حققناه من ان المرجع عموم العام مطلقا فالأمر اسهل.
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٢

و أما على القول بالاباحة فالاصل عدم اللزوم (١) لقاعدة تسلط الناس على اموالهم (٢) و اصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاء (٢) و هى حاكمة على اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

و أما الثانى: فقد اورد المحقق الاصفهانى قدس سره على استصحاب بقاء الملكية:
بانه محكوم لاستصحاب الجواز الثابت اصله بالاجماع، فان معنى الحكم بجواز المعاطاء الحكم بزوال الملك بالرجوع، فالتعبد به تعبد بعدم الملك عند الرجوع، فلا يبقى شك فى زوال الملك حتى يستصحب، و من الواضح ان ترتب زوال الملك على الرجوع شرعى.
و السيد قدس سره و ان اورد عليه بهذا الايراد، الا انه اشكل على هذا الأصل بانه لا يجرى عند الشيخ لكونه من الشك فى المقتضى.
اما: اشكال السيد قدس سره و ان كان فى غير محله - من جهة ان الشك فى المقتضى هو الشك فى بقاء المستصحب فى عمود الزمان لا الشك فى مقدار استعداده بالنسبة الى الزمانيات كما حقق فى محله الا - ان اصل الايراد لا - يكون موجها، و ذلك لعدم جريان استصحاب الجواز من جهة ان موضوعه التراد، فبعد امتناعه و ارتفاع الموضوع لا مورد لاستصحاب الحكم.
فتحصل: ان ما افاده المصنف قدس سره على القول بالملك تام.

(١) و أما على القول بالاباحة، فقد ذهب المصنف الى ان الاصل عدم اللزوم و استدل له بوجهين:
(٢) احدهما اصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاء، الحاكمة على اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.
(٣) الثانى: قاعدة تسلط الناس على اموالهم.
و اورد على الوجه الثانى بايرادين:

الأول: ما عن المحقق النائينى قدس سره و هو: ان ما ذكره الشيخ قدس سره فى المقام ينافى ما اختاره فى الأمر الرابع فى الاباحة بالعوض من ان الاقوى اللزوم
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٣
...

لعموم:

المسلمون عند شروطهم

«١» و فيه: انه فرق بين المقامين، فانه فى ذلك المقام الاباحة عقدية مالكية و بالتزام المالك نفسه، و أما الاباحة فى المقام فهى اباحة تعبدية شرعية غير عقدية و ثابتة بخلاف مقتضى العقد، فذلك الوجه لا يجرى فى المقام.
الثانى: ما اوردته المحقق الايروانى، و هو: ان الاباحة الثابتة فى مورد المعاطاء المقصود بها الملك بما انها اباحة تعبدية شرعية، ثابتة على خلاف سلطنة المالك لثبوتها فى موضوع عدم رضا المالك بالتصرف، فدليل السلطنة و قاعدتها لا تنهض لاثبات سلطنة المالك

على رفع الاباحة الشرعية لعدم صلاحيتها لاثبات سلطنة المالك على تغيير الاحكام الشرعية. وفيه: ان غاية ما ثبت بالدليل على خلاف السلطنة انما هو جواز تصرف المباح له في مال الغير من دون رضاه، واما انه هل يباح له حتى مع منع المالك ام لا، فلا يستفاد من هذا الدليل، فالمرجع فيه عموم دليل السلطنة، إذ لا بد من التمسك بالعام عند الشك في التخصيص الزائد.

وان شئت قلت: ان دليل السلطنة قد خصص بما دل على جواز التصرف مع عدم رضاه، واما انه إذا منع عن التصرف هل يجوز ذلك ام لا فالدليل المخصص غير شامل له،

فلا بد من الرجوع الى العام.

فتحصل: ان ما ذكره المصنف قدس سره على القول بالاباحة تام.

هذا بناء على القول بالاباحة الشرعية،

و اما على القول بالاباحة المالكية- من جهة الرضا الضمني- فالأمر اوضح كما لا يخفى.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٤

إذا عرفت هذا فاعلم ان تلف العوضين ملزم اجماعاً (١) على الظاهر المصرح به في بعض العبارات، اما على القول بالاباحة فواضح لأن تلفه من مال مالكة، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه (٢) و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيبيح.

من الملزمات تلف العينين

اشارة

إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: انه قد عد من الملزمات امور

(١) احدها: تلف العوضين و قد ادعى الاجماع عليه غير واحد،

بعد ما لا- كلام على الظاهر في ان تلف العينين من الملزمات على القول بجواز المعاطاة، للاجماع، تصدى المصنف قده لبيان وجه اللزوم على القولين، اي القول بالاباحة و القول بالملك.

(٢) و استدل قده لذلك على القول بالاباحة: بان تلفه من مال مالكة، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه،

لأن ما يتوهم كونه سبباً للضمان هي قاعدة الضمان باليد، و هي لا تجرى في المقام لان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان.

وفيه: أن ما ذكره في المقام ينافي ما ذكره في جواب استبعاد الشيخ الكبير من كون التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين. بما حاصله:

ان الجمع بين الادلة يقتضى الالتزام بدخول التالف في ملك من تلف في يده قبل التلف آناً، و وجهناه بان المؤثر في الملك هو المعاطاة و التلف أو ارادة التصرف المتوقف على الملك من تمام السبب المملك كالتقبض في الصرف و السلم، و على ذلك فيجرب

على هذا القول ايضاً ما ذكرناه على القول الآخر، بل اللزوم هنا اولى لعدم جريان استصحاب الجواز من وجه آخر غير ما ذكرناه مضافاً الى عدم جريان الاستصحاب في الاحكام مطلقاً،

و هو ان الجواز الثابت سابقا هو الجواز لا فى ملك، و ما يكون مشكوكا فيه لاحقا هو الجواز فى الملك. فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٥

و أما على القول بالملك فلما عرفت من اصالة اللزوم (١) و المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، و حيث ارتفع مورد التراد امتنع، و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا- مانع من بقاءه بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه، فان الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبة فلا- يبقى بعد التلف متعلق الجواز، بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد، لا مطلق الرجوع الثابت فى الهبة هذا

(١) و أما على القول بالملك فقد استدلل له: باصالة اللزوم، بدعوى ان المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، و حيث ارتفع مورد التراد امتنع و اورد عليه بايرادات، عمدتها ايرادان احدهما: ان المراد بتراد العينين: التراد فى الملكية، اى رد الربط الملكى القائم بالعين، و هذا لا يمكن مع بقاء العقد بعد عدم كون الفسخ و الرجوع معاملة جديدة، فمتعلق الجواز دائما هو العقد، فلا فرق بين الموردین.

ثانيهما: ما عن المحقق الخراسانى قدس سره و هو: ان متعلق التراد ملكية العينين لا أنفسهما و الملكية كما يصح انتزاعها من الموجود، كذلك يصح انتزاعها من التالف، فانها من الاعتباريات و هى مما لا يتوقف على موضوع موجود، و عليه فالموضوع و ان كان هو العينين الا انه يمكن التراد بعد التلف ايضا.

الذى يخطر بالبال فى توضيح كلام المصنف قدس سره بنحو يندفع هذان الايرادان و سائر ما اورد عليه ان المراد من التعلق بالعقد هو التعلق به من كل وجه.

و المراد من التعلق بالعين فسخ العقد من جهة خاصة و هى تراد العينين خاصة كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٦

مع ان الشك فى ان متعلق الجواز، هل هو اصل المعاملة أو الرجوع فى العين، أو تراد العينين يمنع من استصحابه، فان المتيقن تعلقه بالتراد (١) إذ لا دليل فى مقابلة اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق الا مع بقائهما،

و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين، أو بعضها على القول بالملك (٢)

و أما على القول بالاباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك (٢) اصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها.

و على ذلك فإذا كان جواز المعاطاة هو الجواز بالمعنى الثانى فلا محالة يكون مرتفعا بعد تلف العينين، و المفروض لزوم المعاملة من الجهات الاخر، فلا مورد للرجوع،

و على هذا فما افاده المصنف قدس سره فى غاية المتانة.

(١) و بهذا يظهر تمامية ما ذكره المصنف قدس سره فى ما لو شك فى ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة أو الرجوع فى العين أو تراد العينين من ان المتيقن تعلقه بالتراد، إذ لا دليل فى مقابل اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق الا مع بقائهما، فان الترديد حينئذ من قبيل الترديد بين الاطلاق و التقييد لا من قبيل الترديد بين المتباينين بحيث يكون موضوع احدهما قابلا للبقاء دون الآخر.

فتحصل: ان الأظهر كون تلف العينين من الملزمات.

تلف احدى العينين

(٢) و مما ذكرناه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين أو بعضها على القول بالملك، إذ لا فرق بينه و بين تلف العينين اصلا كما هو واضح.

(٣) و أما على القول بالاباحة، فقد نقل المصنف عن بعض معاصريه تبعا للمسالكة:

انه ليس بملزم و استوجه بعض مشايخه ان الاصل عدم اللزوم لاستصحاب بقاء ملك مالك العين الموجودة و سلطنته عليها إذ و ان كان يحتمل زوال ملكه و معه لا مورد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٧

و فيه انها معارضة باصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته (١) و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محله، بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، بل و لا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع (٢) انما الكلام في الضمان إذا اراد الرجوع و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً هذا

للتمسك بدليل السلطنة، الا انه يستصحب ملكه لها و سلطنته عليها.

و به يظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه قدس سره و غيره بقولهم:

لا مجال لاستصحاب السلطنة مع وجود قاعدتها، فلا معارض للبراءة، إذ الدليل لا يعارض الأصل.

(١) و اورد هو قده على القوم: بانه يعارض مع اصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته للقطع بعدم مجانية التلف، أو للاجماع على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية و جواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها.

لا يقال: ان مقتضى عموم على اليد «١» الضمان فلا يجرى الأصل المزبور.

(٢) فانه يقال: ان هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، و كذا بعده إذا لم يرجع مالك العين الموجودة.

انما الكلام في ضمانه إذا رجع، و قاعدة اليد لا تصلح لاثبات الضمان في هذا المورد لوجهين احدهما ان مقتضى هذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط. و بعبارة اخرى: مقتضاها العلية التامة للضمان لا الناقصة، اى كون اليد جزء العلة و جزئها الآخر رجوع مالك العين الموجودة.

ثانيهما: ان المال المأخوذ بما انه خرج عن تحت عموم على اليد في زمان و هو قبل التلف و بعده قبل الرجوع، فلا يرجع إليه بعد الرجوع، لان المورد من موارد الرجوع الى استصحاب الحكم الخاص لا إلى عموم العام لعدم كون الزمان مفرداً للعام.

ثم انه قده اورد على نفسه توجيهها لكلام الاساطين بامور ثلاثة:

(١) سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٨

و لكن يمكن ان يقال ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة (١) مع ان ضمان التالف ببدله معلوم الا ان الكلام في ان البدل هو البدل الحقيقي، اعنى المثل أو القيمة أو البدل الجعلى أعنى العين الموجودة فلا اصل. (٢) هذا مضافاً الى ما قد يقال: من ان عموم الناس مسطون على اموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه. و على المال التالف بأخذ ببدله الحقيقي، و هو المثل أو القيمة (٢) فتدبر.

(١) الاول: ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، إذ الشك في الضمان ناش عن الشك في بقاء السلطنة، إذ لو كانت باقية و رجع لا محالة يكون ضامنا بالمثل أو القيمة.

(٢) الثاني: ان الضمان المطلق معلوم، و الشك انما هو في ان البديل هو البديل الحقيقي - أى المثل - أو القيمة - أو البديل الجعلى - اعنى العين الموجودة - فلا يجرى الأصل في شىء منهما للتعارض بعد العلم الاجمالي بثبوت احدهما.

(٣) الثالث: ان عموم الناس مسيطون على اموالهم «١» يدل على سلطنة مالك العين التالفه ايضا عليها باخذ بدلها و هو المثل أو القيمة، و مع وجود الدليل الاجتهادى لا مورد لأصل البراءة. و فيما ذكره قدس سره مواقع للنظر:

الأول: تسليمه لجريان اصالة بقاء السلطنة، فانه ينافى ما تقدم منا و منه من انه على القول بالاباحة لا بد من البناء على ان التالف قبل تلفه آنا ما يصير ملكا لمن هو تحت يده، و كذلك العين الموجودة تصير ملكا للآخر، فإذا ملك كل منهما مال الآخر فحكم المقام على هذا القول بعينه حكمه على القول بالملك بلا تفاوت اصلا، و لا مورد لجريان اصالة السلطنة لخروج المال عن ملكه، فالسلطنة الثابتة قد زالت قطعا.

الثاني: ما ذكره قدس سره من حكومة اصالة السلطنة على اصالة البراءة،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٩

و لو كان احد العوضين ديناً فى ذمة احد المتعاطيين (١) فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته فيسقط عنه.

فانه يرد عليه: ان لانزم بقاء السلطنة و نفوذ الرجوع و ان كان ضمان بدل التالف لما تقدم، الا ان الثانى ليس اثرا شرعيا للاول كى يترتب على استصحابه.

الثالث: ما ذكره قدس سره من عدم جريان اصالة البراءة فى نفسها للعلم الاجمالي،

فانه يرد عليه: ان هذا العلم منحل لجريان استصحاب بقاء ضمان المسمى الثابت قبل التلف، فانه على هذا تجرى اصالة البراءة من ضمان المثل أو القيمة بلا معارض.

الرابع: ما افاده قده من ان دليل السلطنة يدل على السلطنة على المال التالف باخذ بدلها، فانه يرد عليه: ان هذا خلاف ظاهر دليل السلطنة الذى موضوعه اموالهم، فانها لا تشمل الاموال المعدومة التالفه. فتحصل: انه من الملزمات مطلقا.

إذا كان احد العوضين ديناً فى الذمة

(١) ثانيها: ما لو كان احد العوضين ديناً فى ذمة احد المتعاطيين، ذكره جماعة ربما يقال: انه لو قلنا بان تلف احدى العينين ليس من الملزمات، لا مورد لهذا البحث، لان غاية ما فى المقام سقوط ما فى الذمة و هو بمنزلة التلف و لكن يمكن ان يقال: انه إذا كان احد العوضين ديناً، و الآخر مما يخرج عن ملك من انتقل إليه، كما إذا اشترى احد عموديه، أو كان العوضان ديناً، لا يلغو هذا البحث. و كيف كان: فلو كان احد العوضين ديناً فالكلام يقع تارة: بناء على القول بالملك و اخرى: بناء على القول بالاباحة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٧٠

و الظاهر انه فى حكم التلف، لأن الساقط لا يعود و يحتمل العود و هو ضعيف (١)

و الظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة (٢) فافهم،

(١) اما على الاول: فقد استظهر المصنف قدس سره كونه في حكم التلف، معللا بان الساقط لا يعود، ثم احتمل العود و استضعفه. و فيه أنه بعد سقوط ما في الذمة لا بد من البناء على اللزوم على القول بان تلف احدى العينين من الملزمات- الساقط عاد ام لم يعد و ان كان ما ذكره من ان الساقط لا يعود متين، فانه ان عاد ليس هو شخص ما في الذمة الساقطة على الفرض، لانه يتشخص بتشخص اطرافه، فمع سقوط ما في الذمة انعدم ذلك الشخص، و اعادة المعدوم محال.

و الوجه في ملزميته- على كل تقدير- ان حق الرجوع بالسقوط ذهب، و رجوع الذمة مشغولة باشتغال جديد لا يصح تعلق الحق به ثانيا، إذ بعد سقوطه عوده يحتاج الى دليل، و ان اريد ارجاعها مشغولة بالفسخ فالأمر اوضح، إذ لا بد و ان يكون متعلق الحق ثابتا قبل الفسخ كي يتعلق الحق به فيفسخ و يأخذ بحقه.

و أما على القول بالاباحة ففي المتن

(٢) و الظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة،

و هذه العبارة يحتمل فيها وجهان:

احدهما: ان الحكم هو اللزوم، كما هو كذلك على القول بالملك، و هذا هو الذي فهمه السيد من العبارة.

ثانيهما: ان جعل الدين عوضا على القول بالاباحة يوجب سقوط ما في الذمة كما هو كذلك على القول بالملك، إذ لا معنى لإباحة ما في الذمة سوى سقوطه و البراء عنه.

اما الحكم باللزوم- بناء على عدم اللزوم على القول بالاباحة لو تلفت احدى العينين- فلا ارى له وجهها، إذ غاية ما في الباب سقوط ما في الذمة، و هو في حكم التلف.

و لكن السقوط يرد عليه: اولاً: انه لو سلم عدم معنى معقول لإباحة ما في الذمة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧١

و لو نقل العينان أو احدهما بعقد لازم فهو كالتلف (١) على القول بالملك لامتناع التراد، و كذا على القول بالاباحة إذا قلنا باباحة التصرفات الناقلة

لزم البناء على بطلان المعاملة لا الحكم بسقوط ما في الذمة.

و ثانياً: ان اباحة ما في الذمة امر معقول، لامكان نقل ما يملكه الغير في ذمته باذنه و رضاه، نعم لو كانت الاباحة الثابتة في المعاطاة اباحة تكليفية خاصة لما كان يتصور لها معنى معقول في المقام، ولكنه بمراحل عن الواقع.

و أما ما افاده المحقق النائيني قدس سره من عدم معقولية تسلط الانسان على ما في ذمته،

فغريب، فان الانسان لا يملك ما في ذمته، و لا مانع من تسلطه عليه بنقله و غيره.

فتحصل: انه على القول بالاباحة لا تصير المعاملة لازمة بخلافه على القول بالملك.

نقل العين بالعقد اللازم

إشارة

(١) الثالث: من الملزمات التي ذكره المصنف ما لو نقل العينان أو احدهما بعقد لازم.

و الحق كونه من الملزمات على القولين اما على القول بالملك: فلخروجه عن ملكه، و المفروض ان الجواز انما ثبت بدليل لبي، و

المتيقن منه ما إذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت إليه، مع انه إذا كان الناقل من العقود اللازمة امتنع التراد، و معه لا معنى لفسخ المعاملة لما تقدم من ان الجواز الثابت في المعاطاة انما هو جواز التراد.

و أما على القول بالاباحة: فكذلك ان كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك، و كذا ان كان بغيره لامتناع التراد، فلا معنى لبقاء الجواز.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٢

و لو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب و عدمه لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان:

(١) اجودهما ذلك إذا لم يثبت في مقابلة اصالة لزوم جواز التراد بقول المطلق. بل المتيقن منه غير ذلك. فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، و كذا على القول بالاباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق. الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ

(١) و لو عادت العين بفسخ، ففى جواز التراد و عدمه وجهان، اختار المصنف الجواز بعد احتمال وجهين على القول بالملك، و جوها على القول بالاباحة.

و محصل ما ذكره قدس سره في المقام: انه على القول بالملك يحتمل جواز التراد إذا عادت العين بالتفاسخ و الاقالة لاستصحاب الجواز الذى موضوعه ما يملكه المتعاطيان، و هو محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ، فلا مانع من استصحابه بعد احتمال ان يكون تخلل النقل رافعا للحكم عن موضوعه عند ثبوته.

و بهذا البيان يندفع ما اورده السيد قدس سره بان المفروض سقوط الجواز بنقل العين.

فبعد العود الأصل بقاءه على السقوط،

إذ بعد النقل الى الغير لا قطع بزوال الجواز، بل لو كان موضوعه ما يملكه المتعاطيان لا مانع من بقاء الجواز على تقدير التمكن منه. و يحتمل عدم الجواز من جهة ان دليل جواز التراد انما هو دليل لبي، فيمكن ان يكون موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل، فلا يجرى الاستصحاب لعدم احراز الموضوع بنحو يمكن ابقاء حكمه و حيث ان المتيقن ذلك- اى كون الموضوع ما يملكه المتعاطيان قبل النقل- فلا بد فى غير ذلك من الرجوع الى اصالة اللزوم.

و بما ذكرناه ظهر اندفاع ما اورده السيد قدس سره عليه: بان المستصحب معلوم الزوال لا ان الموضوع غير محرز،

فان المحرز زوال القدر المتيقن لا المستصحب.

و أما على القول بالاباحة: فاحتمل فيه وجوها:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٣

الى ملك الثانى (١) فلا- دليل على زواله بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد فى السابق هنا حتى يستصحب. بل المحقق اصالة بقاء سلطنة المالك الأول، المقطوع بانتفائها. نعم لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل (٢) فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك الى المالك الأول و ان كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الأول، أو عائدا إليه بفسخ. و كذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك (٣) بل يكفى فيه اباحة التصرف و الاتلاف و يملك الثمن بالبيع، كما تقدم استظهاره عن جماعة فى الأمر الرابع لكن الوجهين ضعيفان. بل الأقوى رجوعه بالفسخ الى البائع، (٤)

(١) الاول: ان يكون التصرف الناقل كاشفا عن سبق المالك آنا ما، فبالفسخ يرجع المباح له الى ملك الثانى، و لا دليل على زواله،

بل الحكم هنا اولى لانه لم يتحقق هنا جواز ترداد الملك، فان الثابت في السابق سلطنة الشخص على ملكه لا جواز رد ملك الغير، فلا مورد للاستصحاب.

الثاني: ما ذكره بقوله

(٢) نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل و الظاهر ان مراده كون العقد علة لحصول الملك للبائع و خروجه عن ملكه، فتكون ملكية المباح له باقتضاء العقد، فإذا ارتفع العقد كما يرتفع معلوله الآخر كذلك يرتفع هذا المعلول فيدخل في ملك المبيح بالفسخ، فيكون مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد.

(٣) الثالث: عدم كشف التصرف عن سبق الملك و لا كونه علة، بل المال يخرج من ملك المبيح و يدخل في ملك المشتري، و على هذا فبالفسخ يرجع الى ملك المبيح، فمقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد.

(٤) ثم استضعف الوجهين الخيرين و اختار الاول و يرد عليه فده امور:

الأول: ان الظاهر كون تخصيصه مورد البحث بالتفاسخ من جهة وضح انه لو عادت العين بسبب مملك جديد لا مورد للتراد من جهة ان به يحصل الملك الجديد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٤

...

فلا يتوهم معه عود الحق،

مع انه لا فرق بين السبب الجديد و الفسخ، فان الحاصل بالفسخ ايضا ملك جديد لعدم معقولية عود عين الملك الزائل.

الثاني: ان الاستصحاب الذي احتمل جريانه على القول بالملك لا يجرى لوجهين:

الأول: كونه استصحابا تعليقيا.

الثاني: كونه استصحابا حكيميا، و المختار عدم جريانه.

الثالث: ما ذكره قدس سره القول بالاباحة من قوة الوجه الأول غير تام لما عرفت في التنبيه الرابع من اقوائيه الوجه الثالث. فراجع.

الرابع: ما ذكره قدس سره على القول بالاباحة من البناء على الوجه الثاني مردود، فان العقد و ان كان علة لحدوث الملكية للمباح له الا ان لازم ذلك ليس رجوع المال الى المبيح، فان الفسخ حل للعقد من حينه لا من حين وقوعه، فلا يصلح لرفع هذا الأثر من العقد.

الخامس: ان ما أفاده قدس سره على الوجه الثالث من انه بالفسخ يرجع المباح الى مالكة الأول، يرد عليه: انه إذا نقل المباح الى ثالث فلا محالة اخرجه من ملك مالكة الأول، و هو اما لا- يملك ما جعل بازاء ذلك في المعاطاة، أو يملكه. و على الأول: اما لا يكون المباح له ضامنا لمثل ماله أو قيمته، أو يكون ضامنا.

لا- سبيل الى شيء من الأولين، لأن المفروض ان المباح له اتلف ماله، و هو و ان كان باذنه الا انه لم يكن اذنا مجانيا بل بعوض، و العوض انما هو العوض المسمى لا- المثل و القيمة، فلا محالة يملك ما جعل بازائه، و المباح له يملك الثمن الذي جعل في العقد الثاني فبالفسخ يرجع المال الى البائع الثاني لا المالك الاول لزوال ملكه عما جعل عوضا في المعاطاة. فتدبر فانه دقيق.

فتحصل: انه لا يجوز التراد بعد الفسخ على القولين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٥

و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل فيه بالرجوع و لا رجوعه، بنفسه الى عينه (١) فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب، و كذا على القول بالاباحة لكون المعاطاة كاشفة عن سبق الملك.

نعم لو كان غير معاوضة كالهبة، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالا لو احد و انتقال المعوض الى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك الى المتهب، فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك لا الواهب، اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى، أو عودها الى مالكةا بهذا النحو من العود، إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

نقل العين بعقد جائز

(١) قوله و لو كان الناقل عقدا جائزا، لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه الى عينه. محصل ما افاده في المقام: ان الناقل ربما يكون معاوضة جائزة، و اخرى يكون غير معاوضة كالهبة. و ان كان معاوضة: فعلى القول بالملك تصير المعاطاة لازمة لعدم تحقق التراد، و تحصيله غير واجب لانه موضوع الجواز، و كذا على القول بالاباحة إذ المعاوضة كاشفة عن سبق الملك، و ان كان غير معاوضة كالهبة: فكذلك على القول بالملك. و أما على القول بالاباحة و القول بعدم توقفها على الملك بل هي ناقلة للملك عن ملك مالكة الى المتهب، فللمالك الرجوع لخروج المال عن ملكه دون الواهب، فيتجه الحكم بجواز التراد و يكون الرجوع في المعاطاة بواسطة الرجوع في الهبة، أو يكون كاشفا عنه كتصرف ذي الخيار مع بقاء العين الاخرى أو عودها الى مالكةا بهذا النحو من العود، إذ لو كادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف، فان السلطنة الثابتة لمالك العين

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٦

...

الموجودة- المفروض رجوعها عن الاجنبى إليه- باقية على اباحتها للآخر، و انما تقتضى جواز الرجوع بسلب اباحتها عنه إذا لم يلزم من اعمالها اشتغال ذمة المالك بعوض العين التي كانت مباحة عنده، و الا فحكمه حكم المعاوضة و التلف، و يجرى فيه ما ذكرناه فيهما. فإذا لم تكن العين الاخرى باقية أو كان عودها بسبب جديد كالارث لا تكون مباحة له فلا محالة تشتغل ذمته بالعوض. فتدبر جيدا.

و يرد على ما افاده قده امور:

الأول: ان ظاهر ما ذكره في المعاوضة على القول بالملك: انه لو كان له الزام الناقل تحقق التراد،

مع انه ليس كذلك فانه لو عادت العين كانت الملكية غير ما كانت ثابتة قبل النقل.

الثاني: ان حصره عدم جواز التراد على القول بالاباحة في المعاوضة بانها كاشفة عن سبق الملك،

في غير محله، فانه إذا لم تكن كاشفة عنه بل قلنا بان المال يخرج عن ملك المبيح و يدخل في ملك الثاني، ليس له الرجوع، فان المباح له انما نقله عن نفسه لاعتن المالك،

فحكم جواز الرجوع انما يكون له لثبوتها للناقل دون المالك.

الثالث: ما ذكره من الفرق بين الهبة و المعاوضة على القول بالاباحة ان قلنا بان التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك،

غير تام، فان المباح له بما انه اتلف مال المبيح و اخرجه عن ملكه، فهو يكون ضامنا، و ضمانه انما يكون بالمسمى فلا محالة يملك ما جعل عوضا في المعاطاة، و عليه فان اريد من الجواز الثابت له جواز المعاطاة فهو غير ثابت، و معلوم الزوال، لانه كان عبارة عن جواز رد ملكه الى نفسه، و المفروض انتفاء موضوعه. و ان كان المراد الجواز الثابت للهبة فهو انما يكون للواهب لانه وهبه عن نفسه لاعتن

مالكة فيكون جواز الرجوع له لا للمالك.

فتحصل: ان الناقل من الملزمات مطلقا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٧

و لو باع العين ثالث فضولا- فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقله. و لو اجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، و ينعكس الحكم اشكالا و وضوحا على القول بالاباحة (١) و لكل منهما رده العين قبل اجازة الآخر و لو رجع الأول فاجاز الثاني، فان جعلنا الاجازة كاشفة لغى الرجوع و يحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و يلغوا الإجازة، و ان جعلناها ناقلة لغت الاجازة قطعاً

لو باع ثالث العين فضولا

(١) و لو باع ثالث العين فضولا، ففي المتن: فاجاز المالك الاول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقله، و لو اجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، و ينعكس الحكم اشكالا و وضوحا على القول بالاباحة، انتهى. محصل ما افاده: انه على القول بالملك لا إشكال في نفوذ اجازة المالك الثاني، و الوجه فيه ظاهر، و في نفوذ اجازة المالك الأول كان مرددا و لم يستبعد نفوذها، و الوجه في ترده ليس ما افاده المحقق النائيني قدس سره من ان رد البيع ليس كرد ذى الخيار ما انتقل عنه في تحققه بكل فعل أو قول، بل لا بد و ان يكون بالدلالة المطابقية، و هى تتحقق برد العين لا بإجازة الفضولى، فانها لازمة للرد، لان لازم هذا الاشكال في كون بيعه ردا، مع انه يصرح بكونه ردا بلا كلام، بل الوجه فيه احد امرين.

احدهما: ان الاجازة ليست كالبيع تصرفا من المجيز قاصدا به الرجوع، بل انفاذ لتصرف الغير الذى لا رجوع له، و لم يقصده ايضا. ثانيهما: ان الاجازة انما تكون على خلاف القاعدة، و هى تكون ثابتة للمالك، و ثبوتها لمن يصير مالكا و لو بها لم يدل عليه دليل. و لكن الوجهين ضعيفان.

اما الأول: فلأن الاجازة و ان كانت انفاذا لتصرف الغير الا انها بنفسها تصرف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٨

...

و موجبة لصيرورة العقد و التمليك عقده و تمليكه.

و أما الثاني: فلما سيأتى من انها ثابتة على القاعدة، فكما انه بالبيع يجوز الفسخ،

كذلك بالاجازة فلا اشكال في نفوذ اجازته ايضا و أما على القول بالاباحة فقد استشكل بنفوذ اجازة المباح له بعد جزمه بنفوذ اجازة المالك.

اما وضوح نفوذ اجازة المالك فلا ينكر، و أما الاشكال في نفوذ اجازة المباح له فلا ارى له وجها سوى الوجه الثانى المتقدم فى اجازة المالك الأول على القول بالملك، و قد عرفت ما فيه. فالأظهر ان لكل منهما الاجازة على القولين و لو باع العين ثالث فضولا فهل لكل منهما رده قبل اجازة الآخر ام لا؟ الظاهر انه على القول بالملك لكل منهما ذلك، اما للمالك الفعلى فواضح، و أما المالك الأول فان قصد برده البيع الفضولى الرجوع فى المعاطاة كان له ذلك فانه رجوع.

نعم لو لم يقصد به رد المعاطاة ليس له ذلك لكونه اجنبيا عن المالك، و الرد حق للمالك،

و أما على القول بالاباحة فللمالك المبيح ذلك.

و فى ثبوته للمباح له تأمل بل منع من جهة عدم كونه مالكا، و ليس الرد من التصرفات الناقلة كى يكشف عن سبق الملك، و قصده التملك به لا يفيد، فان قصد التملك بل و انشائه لا يفيد فى الملكية.

و لو رجع الأول فاجاز الثانى فهل تلغو الاجازة أو الرجوع. و جهان ينبغى اولا تعيين محل الكلام ثم بيان حكمه.

اما الأول: فتارة يكون البيع الفضولى واقعا على المثلث، و اخرى: على الثمن، و على التقديرين تارة: يرجع البائع فى المعاطاة و يجيز المشتري فيها، و اخرى: يكون الامر بالعكس.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٧٩

و لو امتزجت العينان أو احدهما سقط الرجوع على القول بالملك (١) لامتناع التراد و يحتمل الشركة و هو ضعيف.

فان كان البيع واقعا على المثلث، و رجع المشتري و اجاز البائع، أو كان البيع واقعا على الثمن و رجع البائع و اجاز المشتري نفذا معا،

إذ الرجوع فى الموردین یوجب صيرورة المجيز مالكا لما وقع البيع الفضولى عليه قبل الاجازة، فله اجازة البيع الواقع على ملكه،

فالكلام انما هو فى صورتين الاخيرتين فانه يقع التنافى بين الرجوع و الاجازة.

فتارة: نقول فى الاجازة بالنقل، و اخرى: نقول بالكشف الانقلابى، و ثالثة: نقول بالكشف الحقيقى،

اما على الأولين: فلا اشكال فى لغوية الاجازة لصدورها ممن ليس له تلك،

و أما على الاخير: فقد يقال انها حيث تكشف عن سبق الملك، فيكون الرجوع واقعا فى غير محله.

و لكن يدفعه، ان الاجازة و ان كانت كاشفة الا- انه يعتبر فيها ان تكون صادرة ممن لو لم يجز كان مالكا، لا من لو لم يجز لم يكن

مالكا، كما فى المقام، حيث ان الرجوع اوجب خروجه عن ملكه.

فالأظهر تقدم الرجوع مطلقا.

من الملزمات الامتزاج و التغير

(١) قوله: لو امتزجت العينان أو احدهما. سقط الرجوع على القول بالملك ان كان المزج موجبا للتلف الحقيقى، أو كان موجبا للتلف

عرفا- كما لو صبغ شيئا باللون المشتري بالمعاطاة- جرى عليه حكم التلف، و ان لم يكن موجبا له لا عرفا و لا حقيقة- كما لو مزج منا

من الدهن المشتري بالمعاطاة بمن آخر- فبناء على القول بالملك يكون ذلك ملزما، فانه ان قلنا بحصول الشركة بالمزج القهرى فقد

تبدلت الملكية الاستقلالية الى الاشاعية، فلا يمكن التراد لا خارجا و لا ملكا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٨٠

اما على القول بالاباحة فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به. (١) نعم لو كان

المزج ملحقا له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.

لا يقال: ان ذلك فيما لو مزجه بمال الغير لا فيما إذا مزجه بمال نفسه.

فانه يقال: نعم، و لكن لو رجع فى المعاطاة و صار ملكا للبائع يملك بالاشاعة لا استقلالا،

و ان لم نقل بذلك فالتراد الملكى و ان كان ممكنا الا انه لعدم امكان التراد الخارجى لا يجوز الرجوع، إذ المتيقن من دليله هو الفسخ

بالتراد الخارجى غير الممكن فى المقام،

مع ان العين قد تغير وصف من اوصافها، فلا دليل على جواز الرجوع فى هذا المورد.

(١) و أما بناء على الاباحة، فقد ذهب المصنف قدس سره الى عدم اللزوم لأصالة بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به.

و فيه: أنه تارة تزيد قيمة المأخوذ بالمعاطة، و اخرى تنقص، و ثالثه لا تزيد و لا تنقص.

فان نقصت قيمته لا ينبغي التوقف في اللزوم: لان المشتري اتلف وصفا من اوصاف المأخوذ، و حيث انه لم يكن مجانيا فلا وجه لعدم ضمانه، و لا وجه لضمانه المقدار الناقص لعدم كون ضمانه مثليا أو قيميا، و لم يجعل في المعاطة في مقابل الناقص شيء كى يملكه، فلا مناص عن الالتزام بتملكه جميع ما جعل عوضا في المعاطة، فيصير المباح له مالكا لما تحت يده، فلا مورد لأصالة بقاء التسلط بعد ارتفاع موضوعه.

و ان لم تنقص قيمته، فان بنينا على حصول الشركة في المزج القهري فحيث ان الملكية الاستقلالية تبدلت الى الملكية الاشاعية، فلا يكون موضوع الجواز باقيا،

و الا فحيث ان التراد الخارجى غير ممكن لعدم تمييز الاجزاء المنتقلة منه الى غيره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨١

و لو تصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة (١) كطحن الحنطة، و فصل الثوب فلا لزوم على القول بالاباحة و على القول بالملك. ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد منشأ الاشكال ان الموضوع في الاستصحاب عرفى أو حقيقى ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداء و في ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة و على القول بالاباحة نظير الرجوع في اباحة الطعام (٢) بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف.

و بعبارة اخرى: تغير وصف من اوصافها فلا وجه للجواز.

فتحصل: ان المزج مطلقا من الملزمات.

(١) و لو تصرف في العين تصرفا مغيرا- للصورة فان صار التصرف المغير موجبا لنقص القيمة فلا اشكال في اللزوم، إذ تلف وصف موجب لنقص القيمة من الملزمات كما تقدم في المزج و ان لم تنقص قيمته فيمكن ان يقال ان المتيقن تعلق الجواز برد شخص العين المنتقلة عنه بما لها من الصورة و الاوصاف التى تتفاوت بها الرغبات، إذ لا دليل فى مقابل اصالة اللزوم على ازيد من ذلك، و عليه فهو من الملزمات مطلقا، و لا مورد للاستصحاب لعدم احراز الموضوع.

و بذلك ظهر ما فى كلمات المصنف قدس سره فى المقام.

جواز الرجوع لا يورث بالموت

هل جواز الرجوع فى مسألة المعاطة نظير الفسخ فى العقود اللازمة فيورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداء أو فى ضمن المعاملة، ام لا يكون نظيرا له بل هو حكم لا يترتب عليه شيء من احكام الحقوق؟ وجهان:

(٢) اختار المصنف قده الثانى، و قال بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة، و على القول بالاباحة نظير الرجوع فى اباحة الطعام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٢

فلو مات احد المالكين لم يخبر لو ارثه الرجوع على القول بالملك (١) للاصل لان من له و إليه الرجوع هو المالك الاصلى و لا يجرى الاستصحاب.

و اورد عليه جمع من المحققين: بانه لم يعرف مما ذكره سوى كون متعلق الجواز فى البيع المعاطاتى تراد العينين، و فى البيوع اللازمة العقد، و مجرد ذلك لا- يقتضى كونه حكما لا- يورث، و لذا ترى ان الفقهاء اتفقوا على ان الخيار فى البيوع اللازمة يورث، مع اختلافهم فى ان متعلق الجواز هو العقد أو التراد.

(١) و كيف كان: فعلى القول بالملك لا يورث الجواز، لان توهم ثبوته للوارث ان كان من جهة ثبوته للمورث فيشمله ما دل على ان ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه،

فيرد عليه: ان ظاهر كلمات القوم كونه حكما، لانك تراهم فى المقام لم يعدوا من الملزمات الاسقاط، مع انهم ذكروه فى الخيار فى العقود اللازمة،

مع ان الشك فى كونه حكما أو حقا يكفى فى عدم الحكم بثبوته للوارث للشك فى الموضوع كما لا يخفى.

و ان كان من جهة ثبوت الجواز لعنوان المالك المنطبق على الوارث فيرد عليه: ان المتيقن منه فى مقابل اصالة اللزوم ثبوته للمتعاطى لا لعنوان المالك،

ومعه لا مورد لجريان الاستصحاب لعدم احراز الموضوع،

و أما رجوع المالك الحى الى الوارث فهو ايضا لا يجوز من جهة ان الثابت جواز التراد، و مع عدم ثبوته للوارث لا يمكن التراد.

و بما ذكرناه يظهر حكم الاسقاط و انه لا يسقط به و أما على القول بالاباحة، فقد عرفت ان هذه الاباحة ليست اباحة مالكية ضمنية بل اباحة تعبدية شرعية فلا- تكون كما ذكره المصنف قدس سره منوطه بالرضا الباطن بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف و لكن مع ذلك لا تكون هى ثابتة للوارث، إذ المتيقن من دليلها ثبوته للمورث،

فهى حكم لا يورث، و عليه فلا بد من الالتزام باحد امرين: اما حصول الملك بالموت، أو بطلان المعاملة رأسا، و على اى تقدير لا يكون للوارث الرجوع كما لا يخفى.

و الأظهر هو الأول كما اعترف به المصنف قدس سره فى جواب بعض الاساطين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٨٣

و لو جن احدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين (١)

السابع: ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيرورة المعاطاء بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة.

اشارة

قال يحتمل الأول: لأن المعاوضات محصورة و ليست احداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج الى دليل. و يحتمل الثانى: لاطباقهم على انها ليست بيعا حال وقوعها فيكف يصير بيعا بعد التلف، و تظهر الفائدة فى ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التلف الثمن أو بعضه و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حيث المعاطاء أو من حين اللزوم كل محتمل و يشكل الأول بقولهم انها ليست بيعا، و الثانى بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها، اللهم الا ان يجعل المعاطاء جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انها ليست لازمة و انما يتم على قول المفيد و من تبعه و أما خيار العيب و الغبن فيشبتان على التقديرين كما ان خيار المجلس منتف، انتهى. و الظاهر ان هذا تفريع على القول بالاباحة فى المعاطاء.

عند رد استبعاداته. فراجع فتحصل: انه لا يورث و لا يسقط بالاسقاط على اى تقدير.

(١) قوله و لو جن احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه غاية ما يمكن ان يذكر في وجه ذلك، ان كل ما يقبل النيابة، يقوم فيه الولي مقام المولى عليه و حيث ان مباشرة المالك في الرد غير معتبرة- فيقوم مقامه إذا جن و لكن يرد عليه: ان الثابت بالدليل ولاية المولى في امواله و حقوقه، و حيث عرفت ان جواز الرجوع حكم لاحق فلا- دليل على ولايته فيه، و تمام الكلام في محله و على ذلك فحكم الجنون حكم الموت كما لا يخفى.

ثبوت الخيار في المعاطة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٤

و أما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو بيعا متزلزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم. (١) إذ الظاهر انه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال في ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثاني. فإذا لم صار بيعا لازما فيلحقه احكام البيع، عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لو لا الخيار، و قد تقدم ان الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار و كيف كان فالأقوى انها على القول بالاباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع و لم يمضه الا بعد تلف احدى العينين أو ما في حكمه، و بعد التلف يترتب عليه احكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من اول الأمر، و المحكى عن حواشى الشهيد ان المعاطة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة. و الظاهر انه اراد التفريع على مذهبه: من الاباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الاخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد ان يقول بالاباحة اللازمة فافهم.

(١) و قد مر الكلام في ذلك بنحو الكبرى الكلية في التنبيه الاول و عرفت المختار هناك، انما الكلام في المقام يقع في امر و هو: انه بعد ما عرفت من انه على القول بالاباحة يكون حصول الملك بالتلف انما هو من جهة شرطيته لتأثير المعاطة نظير شرطية القبض في الصرف و السلم، فلا محالة تصير بيعا بعد حصول الشرط و تكون الخيارات ثابتة لها من حين حصول الشرط. و قد وقع الكلام في خيارين.

احدهما: خيار الحيوان فيما إذا كان التالف حيوانا، الثاني، خيار المجلس.

اما الأول: فقد ذكر في وجه عدم ثبوته وجوه:

الأول: ان الظاهر من الأدلة ثبوت خيار الحيوان فيما إذا كان باقيا لاما إذا تلف.

وفيه: انه لو كان لسان دليله هكذا: يرد الحيوان كان لهذه الدعوى وجه، و حيث ان لسانه هكذا: صاحب الحيوان بالخيار فلا مورد لها اصلا كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٥

...

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه لو كان التالف الحيوان فما لم يتلف لا خيار لعدم صيرورتها بيعا، و إذا تلف غير متعلق به الخيار، فمن اين يثبت به المثل أو القيمة.

وفيه: انه قد عرفت انه على هذا المسلك لا بد من الالتزام بحصول الملكية آنا ما قبل التلف، و عليه فتلك الملكية الثابتة هي الملكية مع خيار الحيوان، فيتلف الحيوان كذلك، اي متعلقا به الخيار.

الثالث: ان خيار الحيوان يمتنع ثبوته في الفرض، لان معنى الخيار ملك فسخ العقد، و عليه فيما ان المسلم عندهم ان التلف في زمان

الخيار ممن لا- خيار له، اى موجب لبطلان المعاملة، فثبت خيار الحيوان فى الفرض موجب لانفساخ المعاملة و امتناع فسخها لانه تحصيل الحاصل، و بعبارة اخرى: ليس قادرا على الحل و الابقاء، فإذا امتنع ذلك امتنع ثبوته يلزم من وجوده عدمه، و ما هو كذلك محال. فتدبر فانه دقيق.

و أما الثانى: فاورد على ثبوت خيار المجلس بوجهين:

الأول: ما عن المحقق النائنى قدس سره، و هو: ان هذا الخيار من جهة ما فى ذيل دليله فإذا افترقا وجب البيع يختص ثبوته لانه بالعقد اللازم من غير هذه الجهة، و لا يكون ثابتا فى العقد الجائز فى نفسه كما فى المعاطاة، و قد تقدم الجواب عنه فى التنبيه الأول. فراجع.

الثانى: ان المعاطاة تصير بيعا بعد التلف أو ما بحكمه، ففى مجلس المعاطاة لا تصير كذلك حتى تلحقها احكامه.

و فيه: اولاً: ما تقدم من انها بيع من الأول،

و ثانياً: انه يمكن ان يطول المجلس الى تحقق احد الملزمات من النقل و غيره فالأظهر ثبوت خيار المجلس و عدم ثبوت خيار الحيوان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٨٦

الثامن: لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة

إشارة

بما إذا تحقق انشاء التمليك أو الاباحة بالفعل و هو قبض العينين.

اما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم. (١)

فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشىء (٢) زائد على الانشاء اللفظى، كما قويناه سابقا بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا أشكال فى صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما و ان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك الانشاء القولى الى حكم المعاطاة مطلقا أو بشرط تحقق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقا. نعم إذا حصل انشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة فالانشاء القولى السابق كالعقد لا عبرة به و لا يوقوع القبض بعده خاليا عن قصد الانشاء بل بانيا على كونه حقا لازما، لكونه من آثار الانشاء القولى السابق نظير القبض فى العقد الجامع للشرائط. ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الاول تبعاً لما يستفاد من كلام المحقق و الشهيد الثانيين. قال المحقق فى صيغ عقود، (على ما حكى عنه، بعد ذكره الشروط المعترية فى الصيغة) انه لو وقع البيع بغير ما قلناه، و علم التراضى منهما كان معاطاة انتهى.

حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة

(١) قوله اما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم بعد ما لا كلام فى تحقق المعاطاة المصطلحة بما إذا تحقق انشاء التمليك أو الاباحة بالفعل وقع الكلام فى انها هل تحصل بالقول غير الجامع للشرائط ام لا.

و تنفيح القول فيه بالبحث فى موارد:

المورد الاول فى عنوان المصنف قدس سره هذا الامر، فانه اورد عليه بامرین احدهما ما عن المحقق الخراسانى قدس سره و هو ان

قوله قده

(٢) فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء يكون خلفا لقوله، اما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم ثانيهما: ان اخذ محل الكلام ما إذ كان القول فاقد الشرائط اللزوم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٧

و في الروضة في مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق انها تفيد المعاطاة مع الافهام الصريح، انتهى.

و ظاهر الكلامين صورة وقوع الانشاء بغير القبض بل يكون القبض من آثاره و ظاهر تصريح جماعة منهم المحقق و العلامة: بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك، و كان مضمونا عليه: هو الوجه الاخير لأن مرادهم بالعقد الفاسد اما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة، كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة و قبل شروط العوضين و المتعاقدين. و أما يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر و كيف كان فالصورة الأولى داخله قطعاً و لا يخفى ان الحكم فيها بالضمان مناف لجريان حكم المعاطاة.

ظاهر في كونه جامعا لشرائط الصحة، و مثل هذا العقد لا كلام من احد في صحته،

و بعبارة اخرى، المفروغ عن صحته كيف يكون محل الخلاف من حيث الصحة و الفساد و الجواب عنهما: ان مراده من القول الفاقد لشرائط اللزوم، الذي اخذه في العنوان،

هو القول الفاقد، للعربية، و الماضوية، و نحوهما من الامور التي وقع الخلاف في كونها شروطا للصحة أو اللزوم و بعبارة اخرى التعبير المزبور لمجرد المعرفية فلا اشكال عليه من هاتين الجهتين و المورد الثاني: في بيان منشأ التعرض لهذا التنبيه،

و الظاهر ان التعرض له من جهة دفع ما يتراءى من التنافي بين كلمات الفقهاء، حيث ان بناءهم على ان المقبوض بالعقد الفاسد لا تترتب عليه الملكية، و لا يجوز التصرف فيه، و يجب رده الى مالكه،

و هذا ينافي مع ما يظهر من كلمات جماعة تبعاً للمحقق و الشهيد الثانيين من انه لو اوقع المتعاقدان العقد فاقداً لشروط الصيغة يكون معاطاة و المصنف قدس سره تعرض لهذا التنبيه للجمع بين كلماتهم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٨

و ربما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدم من المحقق و الشهيد الثانيين، فيقال ان موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا الا بزعم صحة المعاملة (١) فإذا انتفت الصحة انتفى الاذن، لترتبه على زعم الصحة فكان التصرف تصرفاً بغير اذن و اكلا- للمال بالباطل، لانحصار وجه الحل في كون المعاملة بيعاً، أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا باكل المال من غير عوض. و الأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، و كذا البواقي للقطع من جهة زعمها (أى المتعاطين) صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل. فالرضاء المقدم كالعدم، فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمر رضا هما فلا كلام في صحة المعاملة و رجعت الى المعاطاة كما إذا علم الرضا من اول الأمر باباحتها التصرف بأى وجه، اتفق سواء صحت المعاملة أو فسدت فان ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء.

اقول المفروض ان الصيغة الفاقد لبعض الشرائط لا يتضمن الا انشاء واحدا هو التمليك. و من المعلوم ان هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن الحاصل في ضمن التمليك بعده ان كان انشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطاة حينئذ انما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع انك عرفت ان ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين: حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الاشارة المفهومة بقصد البيع، و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما، و منه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد غير مبنى على صحة العقد.

المورد الثالث: في بيان ما قيل في وجه الجمع و ما يمكن ان يقال.

وقد ذكروا في وجه الجمع امورا منها: ما عن بعض و هو محكى في المتن.

(١) و حاصله: ان الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد انما هو فيما إذا كان الرضا بالتصرف لزعم صحة المعاملة، و الحكم

بصحته معاطاة انما هو فيما إذا علم الرضا بالتصرف على التقديرين.

و اورد المصنف قدس سره عليه بايرادات:

(٢) الاول: ان المفروض في المقام هو تقييد الرضا بانشاء التملك، فلا يكون مع فرض العلم بالفساد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٩

ثم ان ما ذكره من التراضى الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصور (١) مع ان كلام الجميع

مطلق يرد عليه أن هذا التراضى ان كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد، فان كان لا على وجه المعاطاة بل كل منهما رضى بتصرف الآخر

في ماله من دون ملاحظة رضاء صاحبه بتصرفه في ماله فهذا ليس من المعاطاة (٢) بل هي اباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم

بالرضا، و لا- يكفى فيه عدم العلم به و بالرجوع، لأنه كالأذن الحاصل من شاهد الحال و لا يترتب عليه اثر المعاطاة من اللزوم بتلف

احدى العين أو جواز

(١) الثانى: ان لازم ذلك هو الحكم بوقوعه معاطاة فيما إذا علما بفساد العقد لا مطلقا.

(٢) الثالث: ان الرضا بالتصرف انما يفيد اباحة التصرفات كالاذن فيها، و هذا اجنبى عن المعاطاة.

و منها: ما عن المحقق الخراسانى قدس سره، و هو ان الحكم بالضمان في تلك المسألة اقتضائى- اى من حيث كونه عقدا- فلا ينافى

صحته معاطاة.

و فيه: ان كلماتهم ظاهرة لو لم تكن صريحة في الضمان الفعلى لا الحثى.

و منها: غير ذلك مما يظهر ما فيه من بيان حق القول في المقام، و هو:

انه إذا كان المفقود الشروط التى دل دليل خاص على اعتبارها فى ما ينشأ به البيع لا كلام فى عدم صحته معاطاة، إذ المعاطاة انما

تصح لكونها بيعا مشمولا للادلة و العمومات على الفرض.

نعم لو قلنا بان مدرك صحة المعاطاة الدليل التعبدى الخاص لا العمومات، و فرضنا شمول موضوع ذلك الدليل للقول الفاقد لذلك

الشرط كان معاطاة لكن المبنيين فاسدان، و عليه فإذا بقى رضاهما بعد ذلك العقد الى حين التقابض و لم يكن مقيدا بل كان رضا

بالتصرف- صحت المعاملة ام فسدت- جاز التصرف فيه،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٠

التصرف الى حين العلم بالرجوع، و ان كان على وجه المعاطاة فهذا ليس الا التراضى السابق على ملكية كل منها لمال الآخر، و ليس

تراضيا جديدا بناء على ان المقصود بالمعاطاة التملك، كما عرفته من كلام المشهور خصوصا المحقق الثانى، فلا يجوز له أن يريد

بقوله المتقدم عن صيغ العقود ان الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضى، يدخل فى المعاطاة التراضى الجديد الحاصل بعد العقد لا على

وجه المعاوضة.

و تفصيل الكلام ان المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط. اما ان يقع تقابضهما بغير رضا من كل منهما فى تصرف الآخر بل حصل

قهرها عليهما، أو على احدهما و اجبارا على العمل بمقتضى العقد، فلا اشكال فى حرمة التصرف فى المقبوض على هذا الوجه، و كذا

ان وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا أو تشريعا كما فى كل قبض وقع على هذا الوجه،

لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقيديه مأخوذة في الرضا ينتفى بانتفائها في الواقع، كما في نظائره. و هذان الوجهان مما لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين كما انه لا إشكال في الجواز إذا أعرضنا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التملك ليكون معاطاة صحيحة عقيد فاسد. و أما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد، من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لانشاء التملك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لو لاهها كان الرضا أيضا موجودا و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف و اوقعا العقد الفاسد وسيلة له و يكشف عنه انه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا، فادخال هذا في المعاطاة يتوقف على امرين:

الأول: كفاية هذا الرضاء المركوز في النفس بل الرضاء الشأني لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره، و قد صرح بعد من قارب عصرنا بكفاية ذلك و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره الى هذا، و لعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩١

الثاني: انه لا يشترط في المباحات انشاء الاباحة أو التملك بالقبض بل و لا بمطلق الفعل بل يكفي وصول كل من العوضين الى المالك الآخر و الرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور و فيه اشكال من ان ظاهر محل النزاع بين العامة و الخاصة هو: العقد الفعلي كما ينبى عنه قول العلامة رحمه الله في رد كفاية المعاطاة في البيع: ان الافعال قاصرة عن افادة المقاصد، و كذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها بأن الافعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة، و كذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله في قواعده من ان الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، و انما يفيد الاباحة، و كذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم ان البيع يعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى. و من ان الظاهر ان عنوان التعاطى (التقابض) في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا و ان عمدة الدليل على ذلك هي السيرة، و لذا تعدوا الى ما إذا لم يحصل الا قبض احد العوضين و السيرة موجودة في المقام، فان بناء الناس على اخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين اربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس في الموضع المعد له و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامي فالمعيار في المعاطاة وصول المالكين أو احدهما مع التراضى بالتصرف، و هذا ليس ببعيد على القول بالاباحة.

و لكنه لا يكون معاطاة، لان المعاطاة التي تكون موضوعاً لهذا المبحث هي التي قصد بها التملك لا الإباحة، و ان اعرضنا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التملك يكون التقابض معاطاة.

و أما إذا كان المفقود الشروط التي اعتبروها من باب الاخذ بالمتيقن، فالظاهر وقوعه صحيحا و بيعا شرعيا مشمولاً للعمومات على المختار من تصحيح المعاطاة على القاعدة لا بالدليل الخاص من الاجماع و السيرة، و كذلك لو قلنا بصحتها للسيرة العقلانية لعدم الفرق عندهم بين الفعل و القول الفاقد، و ان قلنا بصحتها بالاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن و هو ما إذا كان انشاء التملك بالفعل لا بالقول الفاقد للشروط.

هذا تمام الكلام في المباحث المتعلقة بالمعاطاة، و الحمد لله اولاً و آخراً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٢

مقدمة: في خصوص الفاظ عقد البيع (١)

قد عرفت ان اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود مما نقل عليه الاجماع و تحقق فيه الشهرة العظيمة، مع الاشارة إليه في بعض النصوص لكن هذا يختص بصورة القدرة. اما مع العجز عنه كالاخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ، و قيام الاشارة مقامه (٢)

الفاظ عقد البيع

(١) قوله مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع.

و الكلام في هذه المقدمة يقع في موردين:

الأول: فيمن يعتبر في حقه اللفظ في معاملاته.

الثاني: في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ الذي ينشأ به البيع.

(٢) اما المورد الاول: فقد يقال: انه على فرض اعتبار اللفظ يختص ذلك بغير العاجز عن التكلم و أما العاجز عنه كالاخرس فلا يعتبر في معاملاته اللفظ.

و حق القول في الأخرس يقتضى البحث في مواضع:

الأول: في معاطاته و انه هل تكون هي كمعاطاة غيره لا تنفيذ الملكية أو اللزوم،

او لا تكون مثلها.

الثاني: في اشارته.

الثالث: في كتابته.

اما الموضوع الأول: فان قلنا باعتبار اللفظ في الملكية أو اللزوم- من جهة ان التعاطى الخارجى غير قابل لان تنشأ به الملكية و انه قاصر عن افادة الملكية أو اللزوم- فالحق عدم افادة معاطاة الاخرس ايضا ذلك، إذ معاطاته كمعاطاة غيره غير صالحة لذلك، فمع الانشاء كيف يمكن الحكم بتحقيق المنشأ،

و ان قلنا باعتباره فيها للاجماع، و الا فالمعاطاة في نفسها مشمولة للعمومات و غير قاصرة عن افادة دينك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٣

...

فتارة: يقال ان التقييد باللفظ في كلماتهم لخصوصية فيه،

و اخرى: يقال بان التقييد به من جهة انه الغالب، و الا فالمعتبر هو كل ما يقدر عليه مما يكون كاللفظ و لا يكون ذا وجوه و لا يتطرق فيه الاشتباه.

و على الثاني: فحيث انه لا كلام في ان الاخرس ليس ممن لا يقدر على البيع،

فالمتيقن من الاجماع غيره، فلا بد من البناء على صحة معاطاته.

و أما على الأول: فيبنى على ان معاطاته كمعاطاة غيره،

و لو شك في انه من قبيل الاول أو الثاني: فلا محالة يشك في تخصيص العمومات بالاضافة إليه، و الأصل عدمه و صحة معاطاته.

و أما الموضوع الثاني: فلا ينبغي الريب في ان انشاء المعاملات كما يكون باللفظ يكون بالاشارة لما نرى بالوجدان ان العقلاء في مقام تفهيم مرادتهم من الأمر و النهى و غيرهما يبرزونها بالاشارة، و ليس الانشاء الا ابراز امر نفسانى بداعى تنفيذ العقلاء و الشارع ذلك الأمر، و ليست كالاعطاء ذا وجوه كى يقال انها قاصرة عن افادة الملكية و عليه فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ و صحة المعاملة

بالإشارة حتى على القول بعدم صحة المعاطاة و عدم افادتها الملكية لقصور الفعل عن انشاء الملكية به.

وهذا من غير فرق بين القدرة على التوكيل و عدمها،

الا ان يدعى الاجماع على عدم صحة انشاء المعاملة بها،

ولكنه على فرض ثبوته حتى مع العجز عن التكلم لا-ريب فى اختصاصه بصورة القدرة على التوكيل، إذ مع العجز عنه و القطع بان الشارع لا يرضى بان لا يعامل الاخرس اصلا، لا مناص عن البناء على صحة معاملاته بالإشارة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٩٤

و كذا مع القدرة على التوكيل لا لأصالة عدم وجوبه (١) كما قيل، لان الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل (٢) بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس (٢) فان حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر مع ان الظاهر عدم الخلاف فى عدم الوجوب، ثم لو قلنا بأن الاصل فى المعاطاة اللزوم بعد القول بافادتها الملكية. فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

وقد استدل لقيام اشارته مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين آخرين:

(١) احدهما: اصالة عدم وجوب التوكيل.

(٢) و اورد عليه المصنف قدس سره: بان الاصل فى المعاملات الاشتراط.

مراد المستدل انه بعد شمول العمومات للإشارة القدر المتيقن خروجه هو صورة القدرة على التكلم، و أما فى صورة العجز و ان كان قادرا على التوكيل فلا اجماع على عدم الصحة، فمقتضى العمومات الصحة.

و لو شك فى الاشتراط و عدمه يكون الأصل عدمه،

و عليه فلا يرد عليه ما ذكره المصنف قدس سره.

(٣) الثانى ما ذكره المصنف قدس سره بقوله بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس لا خلاف و لا إشكال فى انه يقع طلاق الاخرس بالكتابة و الاشارة و الفعل الدال عليه، و كذا كل من يتعذر عليه النطق، و النصوص شاهدة به لاحظ.

صحيح البنزطى عن الامام الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت و لا يتكلم قال عليه السلام اخرس هو قلت نعم و يعلم منه بغض لامرأته و كراهته لها أ تجوز ان يطلق عنه وليه قال عليه السلام لا و لكن يكتب و يشهد على ذلك قلت فانه لا يكتب و

لا يسمع كيف يطلقها قال عليه السلام بالذى منه من افعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها «١» و نحوه غيره من النصوص الكثيرة الدالة على الاكتفاء بالكتابة أو كل فعل اعم من الاشارة و غيرها فتأمل.

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب مقدمات الطلاق.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٩٥

و الظاهر ايضا كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة (١) لفحوى ما ورد من النص على جوازها فى الطلاق مع ان الظاهر عدم الخلاف فيه. و أما مع القدرة على الاشارة فقد رجح بعض الاشارة و لعله لانها اصرح فى الانشاء من الكتابة.

و فى بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس (٢) و إليه ذهب الحللى رحمه الله هناك

(١) و أما الموضوع الثالث: فعن المحقق النائنى عدم كفاية الكتابة،

و استدل له: بالاجماع على عدم تأثيرها فى غير الوصية و بانها ليست مصداقا فى العرف و العادة لعنوان عقد أو ايقاع، فليست آلة

لايجاد عنوان بها.

و يرد على الأول: انه اجماع منقول، مع ان المتيقن منه صورة القدرة على التكلم لا مطلقا.

و يرد على الثاني: ان عناوين العقود و الايقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية و اللفظ، و كذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك، و عليه فكما انه يصح الاخبار بالكتابة، كذلك يصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق في محله،

(٢) مع انه قد ورد في بعض اخبار الطلاق انه يصح الطلاق بالكتابة، بل تقدمه على الطلاق بالاشارة، لاحظ صحيح البنظي المتقدم آنفا فلو لم يكن انشاء الطلاق بها ممكنا لما كان وجه للحكم بوقوعه.

و بعد ما عرفت من ان كفاية الاشارة و الكتابة انما تكون على القاعدة فلا معنى للتراع في تقدم الكتابة أو الاشارة.

نعم في خصوص الطلاق ذهب الحلبي الى تقديم الكتابة لانها اقوى و لكن الاقوائية ليست موجبة للتقديم الاعلى نحو الاولوية و قد يستدل لما ذهب إليه - بذكرها اولا في صحيح البنظي المتقدم و هو ايضا لا يصلح للتقديم على وجه اللزوم و من ما ذكرناه يظهر عدم الخصوصية للأخرس و ان الحكم يشمل كل عاجز عن التكلم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٦

ثم الكلام في الخصوصيات المعتمدة في اللفظ (١) تارة يقع في مواد الالفاظ من حيث افادة المعنى بالصرحة و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة و اخرى في هيئة كل من الايجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية و كونه بالماضي. و ثالثة في هيئة تركيب الايجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالات. أما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات (٢) قال في التذكرة الرابع من شروط الصيغة: التصريح فلا يقع بالكناية بيع مع النية مثل قوله ادخلته في ملكك أو جعلته لك أو خذه مني بكذا أو سلطتك عليه بكذا، عملا باصالة بقاء الملك، و لأن المخاطب لا يدري بمخوطب، انتهى.

و زاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قولك اعطيتك بكذا، أو تسلط عليه بكذا

خصوصيات الفاظ العقد

(١) قوله ثم الكلام في الخصوصيات المعتمدة في اللفظ.

هذا هو المورد الثاني للبحث و ملخص القول فيه ان الخصوصيات المعتمدة فيه قسمان احدهما ما يعرض الالفاظ انفسها ثانيهما: ما يكون خارجا عنها.

اما الأول: فملخص القول فيه: بعد ما لا ريب في صحة الانشاء بالحقيقة الدالة على المعنى بلا عناية - قرينه و لو صارفه، و بالمجاز المشهور الذي يحتاج ارادة المعنى الحقيقي منه الى قيام القرينه، يقتضى البحث في مواضع:

الأول: في انشاء المعاملة بالكنايات.

الثاني: في المجازات.

الثالث: في المشترك اللفظي.

الرابع: في المشترك المعنوي.

اما الموضوع الأول: ففي المتن.

(٢) فالمشهور بين الاصحاب - على ما نسب إليهم - عدم وقوع العقد بالكنايات.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٧

و ربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة فلا ينعقد بالمجازات حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد، و المراد بالصریح- كما يظهر من جماعة من الخاصة و العامة- في باب الطلاق و غيره، ما كان موضوعا لعنوان ذلك العقد لغة أو شرعا، و من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع (١) فيفيد ارادة نفسه بالقرائن و هي على قسمين عندهم جلية و خفية، و الذى يظهر من النصوص المتفرقة في ابواب العقود اللازمة و الفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع، بقول مطلق، و في بعض انواعه و في غير البيع من العقود اللازمة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود فلا فرق بين قوله بعث و ملكت و بين قوله نقلت الى ملكك أو جعلته ملكا لك بكذا، و هذا هو الذى. قواه جماعة

و المراد بالكناية في المقام ليس ما هو من اقسام المجاز- و هو استعمال اللفظ الموضوع للامام المعاملة في معنى تلك المعاملة الذى هو الملزوم مجازا بل المراد بها استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، و هو اللزوم للانتقال الى الملزوم و الشاهد على ذلك ان بعض المانعين عن الانعقاد بالكناية ذهب الى انعقاد المعاملة بالفاظ تكون موضوعا لمعنى هو لازم المعاملة فما هو ظاهر المصنف من حملها على المعنى الأول

(١) حيث قال و من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع غير صحيح و كيف كان: فقد اختار المحقق النائيني رحمه الله عدم الانعقاد بها،

و استشهد لذلك: بان انشاء اللزوم و ايجاده في الانشاء القولى ليس ايجادا للملزوم عرفا، و كون الملزوم مقصودا و داعيا من ايجاد اللزوم لا أثر له، لان الدواعى لا أثر لها في باب العقود و الايقاعات.

ثم اورد على نفسه: بان الملزوم و ان لم ينشأ اصالة الا انه منشأ تبعا، و في المرتبة الثانية.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٩٨

من متأخرى المتأخرين، و حكى عن جماعة ممن تقدمهم كالمحقق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز أنه حكى عن شيخه المحقق أن عقد البيع لا يلزم منه لفظ مخصوص. و انه اختاره ايضا.

و حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه أنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل أسلمت اليك و عاوضتك و حكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو ظاهر العلامة في التحرير حيث قال: ان الايجاب اللفظ الدال على النقل مثل بعتك أو ملكتك أو ما يقوم مقامهما و نحوه المحكى عن التبصرة و الارشاد و شرحه لفخر الاسلام فإذا كان الايجاب هو اللفظ الدال على النقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته الى ملكك أو جعلته ملكا لك بكذا، بل ربما يدعى انه ظاهر كل من أطلق اعتبار الايجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ و أتباعه فتأمل.

و قد حكى عن الأكثر تجويز البيع حالا بلفظ السلم. و صرح جماعة أيضا في بيع التولية بانعقاده بقوله وليتك العقد أو وليتك السلعة و التشريك في المبيع بلفظ شركتك، و عن المسالك في المسألة تقبل احد الشريكين في النخل حصه صاحبه بشيء معلوم من الثمرة ان ظاهر الاصحاب جواز ذلك بلفظ التقبل مع انه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة، هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

و أما في غيره فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله تصرف فيه أو انتفع به و عليك رد عوضه أو خذه بمثله و اسلفتك و غير ذلك مما عدوا مثله في البيع من الكنايات مع ان القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع و الاجارة، و حكى عن جماعة في الرهن: ان ايجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه مثل قوله هذه وثيقة عندك و عن الدروس تجويزه بقوله خذه أو امسكه بمالك، و حكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضمان الذى هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال، و تقلدته و شبه ذلك.

و قد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية معللين بتحقيق القصد و تردد جماعة في انعقاد الاجارة بلفظ بيع

المنفعة. وقد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة، و عن مجمع البرهان كما في غيره،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٩

انه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا. و عن المشهور جوازها بلفظ أزرع، و قد جوز جماعة الوقف بلفظ حرمت و تصدقت مع القرينة الدالة على ارادة الوقف مثل ان لا يباع، و لا يورث، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على انهما من الكنايات و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع انه ليس صريحا فيه، و مع هذه الكلمات كيف يجوز ان يسند الى العلماء أو اكثرهم و جوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع له، و انه لا يجوز بالالفاظ المجازية خصوصا مع تعميمها للقريبة و البعيدة كما تقدم عن بعض المحققين و لعله لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازية في العقود اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في اكثرها بالالفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد جمع المحقق الثاني على ما حكى عنه في باب السلم و النكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، و هو جمع حسن، و الأحسن

و اجاب عنه: بان اليجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود، فينصرف الاطلاق عنه، و لا تشمل العمومات ايضا لخروجه عن الاسباب المتعارفة.

و يرد عليه:

اولا: انه قد صرح بانه لو قصد البيع بالفعل المصداق للزومه كالتسليط ينعقد به، و لم يظهر الفرق بين الفعل و القول في ذلك.

و ثانيا: انه لا فرق بين الاخبار و الانشاء الا في الداعي كما اشرفنا إليه غير مرة،

فكما يصح الاخبار بالكناية، كذلك يصح الانشاء بها،

مع انه لو سلم كون الانشاء ايجادا لأمر لا إظهارا.

يرد عليه انه بعد فرض الملازمة بين اللازم و الملزوم إذا وجد اللازم في اي وعاء كان لا محالة يوجد الملزوم في تلك الوعاء.

و بالجملة: لا يعتبر في الانشاء سوى كون اللفظ مما له ظهور عرفي في المراد، و لا إشكال في ان اظهار اللازم عرفا اظهار للملزوم.

و دعوى: انصراف الاطلاق عنه لا تسمع فالأظهر انعقاد البيع و غيره من المعاملات بالكنايات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٠

منه ان يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على انشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الافادة بالآخرة الى الوضع (١) إذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع أو افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللفظ، و هذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالة على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد،

فان الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين، و ان كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه: من عدم العبرة بغير الأقوال في انشاء المقاصد، و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال أو اقتران حال تدل على ارادة البيع جزما، و مما ذكرنا يظهر الاشكال في الاقتصار على المشترك اللفظي اتكالا على القرينة الحالية المعينة، و كذا المشترك المعنوي و يمكن ان ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله قدس سره لأن المخاطب لا يدري بم خوطب إذ ليس المراد ان المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية، بل المراد ان الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم لأن اللازم الأعم كما هو الغالب، بل المطرد في الكنايات لا يدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوصا الفرد الجامع مع الملزوم الخاص

و أما الموضع الثاني: فقد فصل المصنف قدس سره بين كون القرينة حالية أو مقالية، و اختار الانعقاد في الثاني دون الأول. و به جمع

بين كلمات القوم ونسبه إليهم.

(١) و استدل له: بانه إذا كانت القرينة لفظية فترجع الافادة بالآخرة الى الوضع، و لا يعقل الفرق في الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين افادة اللفظ للمطلب بحكم الوضع،

أو افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللفظ، و هذا بخلاف ما إذا كانت القرينة حالية، فان الافادة حينئذ لا تكون باللفظ، و المفروض عدم العبرة بغير الأقوال فى انشاء المعاملات.

و فيه ان الدال على المعنى فى الاستعمال المجازى انما هو اللفظ و ذو القرينة، و القرينة انما تدل على ذلك- اى ارادة المعنى من ذى القرينة- لا ان جزءا من المعنى يستفاد من ذى القرينة، و جزءا منه من القرينة، مثلا فى قولنا: رأيت اسدا يرمى، يكون

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٠١

فالخطاب فى نفسه محتمل لا- يدرى المخاطب بم خوطب، و انما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم و المفروض على ما تقرر فى مسألة المعاطاة ان النية بنفسها، أو مع انكشافها بغير الاقوال لا تؤثر فى النقل و الانتقال،

فلم يحصل هنا عقد لفظى يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه لا يجرى فى جميع ما ذكره من امثلة الكناية، ثم انه ربما يدعى ان العقود المؤثرة فى النقل و الانتقال اسباب شرعية توقيفية كما حكى عن الايضاح من ان كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار على المتيقن، و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلا عن الروايات المتكثرة الآتية بعضها. و أما ما ذكره الفخر قدس سره فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة فى الصيغة شرعا هى اشمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به فى كلام الشارع.

فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبرا عنها فى كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة، فلا بد من اشمال عقدها على هذه العناوين، فلا- يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الاجارة أو نحو ذلك، و هكذا الكلام فى العقود المنشئة للمقاصد الاخر كالبيع، و الاجارة و نحوهما، فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشمالها على هذه العناوين الدائرة فى لسان الشارع أو ما يرادفها لغه أو عرفا لأنها بهذه العناوين موارد للاحكام الشرعية التى لا تحصى، و على هذا فالضابط وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين كما لو لم تقصد المرأة الهبة نفسها أو اجارة نفسها مدة الاستمتاع، لم يترتب عليه الآثار المحمولة فى الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة، و ان كانت بقصد هذه العناوين دخلت فى الكناية التى عرفت ان تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقوال، فما ذكره الفخر رحمه الله مؤيد لم ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سره و إليه يشير ايضا ما عن جامع المقاصد من أن العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه.

و ما عن المسالك من انه يجب الاقتصار على العقود اللازمة على الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغه و مراده بالمنقولة شرعا هى المأثورة فى كلام الشارع،

و عن كثر العرفان فى باب النكاح انه حكم شرعى حادث، فلا بد له من دليل يدل على حصوله و هو العقد اللفظى المتلقى من النص

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٠٢

ثم ذكر لإيجاب النكاح الفاظا ثلاثة و عللها بورودها فى القرآن، و لا يخفى ان تعليقه هذا كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود، و انه متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن و من هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغه من الالفاظ المتقدمة فى ابواب العقود المذكورة من غيره من غيره و ان الاجارة بلفظ العارية غير جائزة و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلا لا يبعد جوازه و هكذا.

يرمى قرينة على ارادة الرجل الشجاع من الأسد، و عليه ففى جميع المجازات يكون الدال على المعاملة هو اللفظ.

فالأظهر صحة الانشاء بالمجاز و ان كان بعيدا.

و بما ذكرناه ظهر الحال فى المشترك اللفظى إذا كانت افادة اللفظ فيه للمعنى المراد مع القرينة.

و أما الموضوع الرابع- اى المشترك المعنوى:- فقد اختار المحقق النائنى قدس سره عدم صحة الانشاء به إذا كان مشتركا بين العقود التمليكية و غيرها من النقل الخارجى كلفظ نقلت.

و استدل له: بان امتياز النقل الخارجى عن النقل الاعتبارى ليس بعين ما به اشتراكهما، فلا محالة ينشأ الجنس العالى اولا ثم يميز بالفصل، فيلزم التدريجية فى الوجود.

وفيه: انه و ان كان اللفظ مركبا، الا انه لا يكون ذلك الاعتبار النفسانى البسيط تدريجيا من حيث الاظهار و الابرار، بل يصير ميرزا بالمجموع.

فالأظهر صحة الانشاء بالمشارك المعنوى ايضا.

الفاظ الايجاب و القبول

اشارة

و مما ذكرناه من صحة الانشاء بالكنايات و المجازات، و المشارك اللفظى، و المعنوى يظهر انه يصح الانشاء بجميع الالفاظ التى وقع الخلاف فى صحة الانشاء بها التى ستمر عليك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٠٣

إذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب و القبول:

[أما الإيجاب]

منها لفظ بعت فى الايجاب

و لا خلاف فيه فتوى و نساء، و هو و ان كان من الاضداد (١) بالنسبة الى البيع و الشراء لكن كثرة استعماله فى وقوع البيع به تعينه،

و منها لفظ شريت

فلا اشكال فى وقوع البيع به لو ضعه له، كما يظهر من المحكى عن بعض اهل اللغة بل قيل لم يستعمل فى القرآن الكريم الا فى البيع. و عن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع، و باعه كاشتره فهما ضد و عنه ايضا كل من ترك شيئا و تمسك بغيره، فقد اشتره و ربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفا فى البيع (٢) و كونه محتاجا الى القرينة المعينة، و عدم نقل الايجاب به فى الأخبار و كلام القدماء و لا يخلو عن وجه.

و أما على القول الآخر: فقد وقع الكلام فى انشاء البيع بطائفة من الالفاظ من ناحية الصغرى، و انها داخله فى ما يصح الانشاء به، أو فيما لا يصح، و هى متعددة: منها: لفظ بعت.

(١) والكلام فيه من جهة انه من الاضداد- كما اختاره المصنف قدس سره- أو مشترك معنوي بمعنى التمليك بعوض اعم من ان يكون صريحا أو ضمنيا.

الظاهر ان: المتفاهم منه عرفا كونه موضوعا للبيع المقابل للشراء كما يظهر لمن راجع المرتكز في ذهنه، فلو سلم كونه في اللغة موضوعا لكل منهما أو للجامع بينهما، لا ينبغي التأمل في ان المتفاهم منه عرفا هو البيع، وهذا يكفي في صحة انشاء البيع به، فلا حاجة الى تطويل الكلام في ذلك.
و منها لفظ شريت.

(٢) و المصنف قدس سره بعد تسليمه كونه من الاضداد استشكل في انشاء البيع به، بقله استعماله فيه عرفا، و كونه محتاجا الى القرينة المعينة، و عدم نقل الايجاب به في الاخبار و كلمات العلماء.

و يرد عليه- مضافا الى ما تقدم من انه لا إشكال في صحة الانشاء و ان كانت القرينة المعينة حالية-: ان القرينة المعينة دائما تكون لفظية، لان الشراء إذا استعمل في البيع
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٤

و منها لفظ ملكت بالتشديد

و الاكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق حيث قال: انه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعث و ملكت، و يدل عليه ما سبق في تعريف البيع من ان التمليك بالعوض المنحل الى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفا و لغة، (١) صرح به فخر الدين حيث قال: ان معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى، و ما قيل من ان التمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها فيه ان الهبة انما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادة التمليك، فهي مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة و بين المجرد عنها، فان اتصل بالكلام ذكر العوض افاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع، و ان تجرد عن ذكر العوض افاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع، و ان تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية.
و قد عرفت سابقا ان تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة، بنى على صحة عقد بلفظ غيره مع النية، (٢) و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الارشاد: ان معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى.

يكون مفعوله الأول مال نفسه و غير مصدر بالباء و إذا استعمل في الشراء يكون مفعوله الأول مال الطرف و مال نفسه يصدر بالباء- فالقرينة المعينة دائما تكون هي الهبة.
و منها: لفظ ملكت.

و الكلام فيه ليس في صحة انشاء البيع به

(١) لما ذكره المصنف قدس سره من ان حقيقة البيع هي التمليك بعوض.

(٢) بل الكلام فيه انما هو فيما ذكره المصنف قدس سره بان صحة العقد به بارادة الهبة المعوضة أو المصالحة منه مبنية على صحة عقد بلفظ غيره مع النية،

فانه اورد عليه السيد و المحقق النائيني قدس سره: بان ما ذكره يتم في الصلح و لا يتم في الهبة المعوضة، فان الهبة المجانية و المعوضة من التمليك حقيقة.

و فيه: ان الهبة المعوضة من التمليك المجاني لا التمليك بعوض، إذ العوض فيها ليس في مقابل المال الموهوب، و المصنف قدس سره يدعى ان الهبة المعوضة ليست من التمليك بعوض، و لم يدع عدم كونها من التمليك. فتدبر في كلماته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٥

و أما الايجاب باشتريت،

ففي مفتاح الكرامة انه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، و المنقول عنها في نسختين من تعليق الارشاد. اقول و قد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على بعث و ملكت شبههما أو ما يقوم مقامهما إذا ارادة ما يقوم مقامهما في اللغات الاخر للعاجز عن العربية ابعده، فيتعين ارادة ما يرادفهما لغة أو عرفا فيشمل شريت و اشتريت لكن الاشكال المتقدم في شريت اولي بالجريان هنا لأن شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه الا فيه (١) بخلاف اشتريت و دفع الاشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجابا. اما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول. و أما لعل ذلك غير صحيح لأن الاعتماد على القرينة الغير اللفظية،

في تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه، (٢) الا ان يدعى ان ما ذكر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد و تميزه عما عداه من العقود. و أما تميز ايجاب عقد معين عن قبوله الراجع الى تميز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد و لو بقرينة المقام أو غلبته و نحوهما، و فيه اشكال.

و منها: لفظ اشتريت.

(١) و المصنف قدس سره: قال ان الاشكال المتقدم في شريت اولي بالجريان هنا، لان شريت استعمل في القرآن الكريم «١» في البيع، بل لم يستعمل فيه الا فيه بخلاف اشتريت.

و ربما يتوهم انه يمكن دفع الاشكال المتقدم و هو قلة استعماله في البيع بانه لو قدم ذلك يتعين ارادة الايجاب منه.

(٢) و اجاب المصنف قدس سره عنه بان الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه.

و يرد عليه ما ذكرناه من الوجهين في شريت انما الاشكال فيه يكون من جهة اخرى، و هي ان هيئة الافعال انما وضعت لمعنيين: احدهما: قبول المادة. كالا اكتساب

(١) سورة يوسف: آية ٢١ البقرة آية ١٠٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٦

و أما القبول، فلا ينبغي الاشكال في وقوعه بلفظ قبلت و رضيت و اشتريت و شريت و ابتعت و تملك و ملكت مخففا (١)

و أما بعث فلم ينقل الا من الجامع (لابن سعيد) مع أن المحكى عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه بين البيع و الشراء، و لعل الاشكال فيه كأشكال اشتريت في الايجاب.

و اعلم ان المحكى عن نهاية الاحكام و المسالك ان الاصل في القبول قبلت و غيره بدل لأن القبول على الحقيقة مما لا يمكن به الابتداء و الابتداء بنحو اشتريت و ابتعت ممكن، و سيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الايجاب، ثم ان في انعقاد القبول بلفظ الامضاء و الاجازة و الانفاذ و شبهها وجهين. (٢)

فرع لو وقع العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب و القبول

ثم اختلفا في تعيين الموجب و القابل (٣) اما بناء على جواز تقديم القبول، و أما من جهة اختلافهما في المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتيب الآثار المختصة بكل من البيع و الاثراء على واحد منهما.

و الاحتطاب و الاقتراب.

ثانيهما: قبول المادة من الغير كالانتقاص و شبهه، و في كل مورد لا بد من الرجوع الى اهله في انه استعمل في اي المعنيين و ليس لنا التصرف، و عليه فحيث ان اشترت في الكلمات انما استعمل في قبول المادة من الغير لا في قبول المادة، فاستعماله في الايجاب لا يصح.

(١) و مما ذكرناه ظهر وقوع القبول بلفظ قبلت، و رضيت، و شريت، و اشترت

(٢) انما الكلام فيه في الفاظ امضيت، اجزت، انفذت و اشباهها و منشأ الاشكال ان الانفاذ و الامضاء و الاجازة انما تتعلق بما له مضى و جواز و نفوذ، و ما يترقب منه ذلك هو السبب التام، و هو العقد لا الايجاب خاصة.

و لكن يمكن دفعه: بان هذه العناوين بما انها من لوازم تحقق العقد بلحوق القبول للايجاب و يكون القبول ملزوما لها، فانشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائى، و قد عرفت صحة الانشاء بالكنائيات.

(٣) لا اختصاص لهذا الفرع بايقاع العقد بالالفاظ المشتركة بل لو كان بالالفاظ

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٧

[شروط عقد البيع]

مسألة: المحكى عن جماعة منهم: السيد عميد الدين و الفاضل المقداد، و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد

(١) للتأسي (٢) كما في جامع المقاصد، و لان عدم صحته بالعربي الغير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق اولى (٣) و فى الوجهين ما لا يخفى و اضعف منهما منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي. فالاقوى صحته بغير العربي.

المختصة و كان الاختلاف فى المتقدم يجرى هذا الفرع ثم ان الحكم بالتحالف انما هو فيما إذا كان هناك اثر مترتب على كل من الدعويين، كما لو كان كل من العوضين حيوانا، و الا فصاحب الحيوان هو المنكر، و للكلام فى هذا الفرع محل آخر. اعتبار العربية

و أما الثانى: فالكلام فى ما قيل باعتباره فى طى مسائل:

(١) الاولى: المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان: اعتبار العربية فى العقد. و استدلل له بوجوه

(٢) الاول: التأسي، فإن النبى صلى الله عليه و آله و الائمة عليهم السلام كانوا يعاملون بالعربية.

و فيه: انه لم يدل دليل على لزوم التأسي أو محبوبيته فى كل ما كانوا عليهم السلام يفعلونه،

ألا ترى انهم كانوا يتكلمون بالعربي و لم يتوهم احد لزومه أو استحبابه، و لعل انشاء معاملاتهم بها من هذا القبيل مع ان مطلوبيتها لا تستلزم فساد الانشاء بغيرها بعد شمول العمومات و الاطلاقات له، مضافا الى عدم لزوم التأسي غايته الاستحباب.

(٣) الثانى: ان اعتبار الماضوية فى العقد يستلزم اعتبار العربية بالاولوية.

و فيه: ان الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية حتى يقال ان اعتبارها يستلزم اعتبار العربية، بل هى خصوصية فى كل لغة فهما

خصوصيتان في عرض واحد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٨

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة بناء على اشتراط العربي؟ الاقوى ذلك (١) بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل، و كذا اللحن في الاعراب.

الثالث: ان مقتضى اصالة الفساد عدم ترتب الأثر على شىء من العقود، و المتيقن مما خرج عن هذا الأصل هو العقد بالعربية، فلا بد من رعايتها.

و فيه: انه يتوقف على عدم جواز التمسك بالعمومات و المطلقات في دفع احتمال اعتبار شىء في الاسباب، و قد عرفت في اول هذا الجزء صحته.

الرابع: عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي.

و فيه: اولاً: انه يكفى صدق التجارة و البيع عليه في نفوذه.

و ثانياً: ان العقد من مقولة المعنى، فما معنى عدم صدقه على غير العربي و صدقه على العربي؟ و اضعف من ذلك دعوى عدم صدقه عليه مع التمكن من العربي.

فتحصل: ان الأظهر عدم اعتبار العربية،

و يشهد- له مضافاً الى ذلك-: انه لو كان ذلك معتبراً لاشتهر و كان يجب على كل مكلف تعلم صيغ العقود لكثرة ابتلاء الناس بالمعاملات، فنفس عدم اشتها ذلك و عدم نقل و ورود روايه داله على ذلك دليل قطعى على عدم الاعتبار، مع قيام السيرة عليه. نعم في خصوص النكاح ادعى الاجماع على اعتبار العربية مع من التمكن، فان ثبت و الا فالعمومات تقتضى عدم اعتبارها فيه ايضاً، فالأظهر صحته بغير العربي.

ثم انه على القول باعتبار العربية وقع الكلام في امور

(١) احدها: انه هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة كما اختاره المصنف ام لا؟ الظاهر: ان اللحن فيهما ان كان بنحو لا يضر بظهور الكلام عرفاً في ارادة المعاملة الخاصة كما لو قال: بعثك بالفتح صحح العقد و لا يعتبر عدمه للعمومات. نعم على القول بلزوم الاقتصار على المتيقن من الاسباب لا بد من العقد مع عدم اللحن، لكن عرفت انه بمراحل عن الواقع، و ان كان بنحو يضر به كما لو قال جوزتتك بدل زوجتك اعتبر عدمه لما عرفت من لزوم كون الانشاء بما يكون مظهرها لتلك المعاملة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٩

و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعثك بفتح الباء و بين ما لو قال:

جوزتتك بدل زوجتك، فصحح الأول دون الثاني (١) الا مع العجز عن التعلم و التوكيل، و لعله لعدم معنى صحيح في الأول الا البيع بخلاف التجويز (٢) فان له معنى آخر فاستعماله في التزويج غير جائز. و منه يظهر ان اللغات المحرفة لا- بأس بها إذا لم يتغير بها المعنى.

ثم هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب، و القبول، كالثمن و المثلثن ام يكفى عربية الصيغة (٣) الداله على انشاء الايجاب و القبول حتى لو قال: بعثتك:

اين كتاب را به درهم، كفى و الاقوى هو الأول لأن غير العربي كالمعدوم فكأنه لم يذكر في الكلام. نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا يجب في القبول، و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ صحح الوجه الثاني، لكن الشهيد رحمه الله في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين في الايجاب.

(١) و لعله الى ما ذكرنا نظر فخر الدين حيث فصل بين ما لو قال بعتك بفتح الباء و بين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك فصحح الاول دون الثانى، لا إلى ما افاده المصنف قدس سره

(٢) بقوله لعدم معنى صحيح فى الاول الا البيع بخلاف التجويز.

فان لازم ما ذكره صحة العقد بزواجك، إذ لا معنى صحيح له سوى التزويج، مع انه لا تأمل فى فساده فالمعيار ما ذكرناه

(٣) قوله ثم هل المعتبر عربىة جميع أجزاء الايجاب و القبول كالثمن و المثلن ام يكفى عربىة الصيغة.

يقع الكلام فى موردين:

الأول: انه هل يعتبر ذكر العوضين فى عقد البيع ام لا؟ الثانى: انه على فرض اللزوم هل يعتبر ان يكون بالعربىة ام لا؟ اما الأول: فالظاهر لزوم ذكرهما، إذ العوضان فى البيع نظير الزوجين فى النكاح، إذ المبادلة انما تكون بين المالىن و لا بد من انشاء هذا المعنى، فإذا لم يذكر العوضين لم ينشأ البيع و لو كان من قصده تبديل هذا المال بذلك لعدم العبرة بالقصد المجرد فى انشاء المعاملات.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٠

ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا، بمعنى اللفظ (١) بأن يكون فارقا بين معنى بعت و ابيع و انا بايع أو يكفى مجرد علمه بأن هذا اللفظ، يستعمل فى لغة العرب لانشاء البيع الظاهر هو الأول لأن عربىة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب فلا يقال انه تكلم و ادى المطلب على طبق لسان العرب، الا إذا ميز بين معنى بعت و ابيع و اوجدت البيع و غيرها، بل على هذا لا يكفى معرفة ان بعت مرادف لقوله: فروختم حتى يعرف ان الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلم فيميز بين بعتك و بعت بالضم و بعت بفتح التاء، فلا ينبغى ترك الاحتياط و ان كان فى تعيينه نظر و لذا نص البعض على عدمه.

مسألة: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية،

بل فى التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيحك أو اشتر منى، و لعله لصراحته فى الانشاء (٢) إذ المستقبل اشبه بالوعد

و أما الثانى: فجميع ما ذكر فى وجه اعتبار العربىة فى الصيغة تدل على اعتبارها فى اجزاء الايجاب و القبول سوى الاولوية، و لكن قد عرفت فساد الجميع،

فالأظهر عدم اعتبارها فيها.

(١) قوله ثم: هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ اعتبار كونه عالما بمعنى اللفظ فى الجملة مما لا ينكر، لان استعمال اللفظ فى المعنى يتوقف على لحاظ اللفظ و المعنى، و الا فلا يعقل ذلك و يكون التلفظ مجرد لقله اللسان و ليس تكلما بالعربى مثلا و لكن ذلك لا يقتضى اعتبار العلم التفصيلى.

عدم اعتبار الماضوية

الثانية: المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية.

و قد استدلل لاعتبارها بوجوه الأول: الاجماع و هو كما ترى.

(٢) الثانى: ما فى المتن و هو ان الماضى صريح فى الانشاء، و المستقبل اشبه بالوعد،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١١

و الامر استدعاء لا إيجاب، (١) مع ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف (٢)

وفيه: انه ان اريد من صراحة الماضي في الانشاء عدم احتياج ظهوره في الانشاء الى قرينة حالية أو مقالية فيرد عليه: ان تلك الهيئة مشتركة بين الانشاء و الاخبار، بمعنى ان الموضوع له و المستعمل فيه في هيئة الصيغة المشتركة بين الانشاء و الاخبار- مثل بعث- شيء واحد،

و هي النسبة المتحققة بين المسند- و هو الاعتبار النفساني- و المسند إليه- و هو المتكلم-، و انما يفترقان في الداعي كما حقق في محله، فلا بد في افادتها الانشاء الى القرينة.

و ان اريد من صراحته عدم كون الماضي المستعمل في الانشاء من قبيل الكناية أو المجاز فهو و ان كان متينا الا ان الفعل المضارع المستعمل في الانشاء ايضا كذلك، فان هيئة المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالمبدإ في حال التكلم أو بعده، فإذا استعملت في مقام الانشاء فقد استعملت في ما وضعت له.

و ما افاده المحقق النائيني قدس سره من انها تدل على تلبس الفاعل بالمبدإ و هذا ملازم للتحقق لا انه صريح فيه بل لازمه يرد عليه: ان التلبس عين التحقق لا انه لازمه.

و ان شئت قلت: انها موضوعه للتحقق ايضا. و تمام الكلام في محله.

و بما ذكرناه يظهر صحة استعمال الجملة الاسمية نحو انا بائع في مقام الانشاء،

فان هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب البيع الى البائع، فيصح استعمالها في مقام انشاء البيع، فظهر ان الحكم في باب الطلاق بوقوعه بان تطلق ليس على خلاف القاعدة.

(١) و أما الامر فهو موضوع للدلالة على ان صدور المادة من المخاطب متعلق لشوق المتكلم، و عليه فصحة الانشاء به تتوقف على صحة الانشاء بالكناية، لان انشاء المعاملة باظهار كون وقوعه متعلقا للشوق من قبيل الاستعمال الكنائي، و قد عرفت صحة الانشاء بالكناية، و سيأتي تمام الكلام في ذلك في المسألة الآتية.

(٢) الثالث ان قصد الانشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١٢

و عن القاضي في الكامل و المهذب عدم اعتبارها، و لعله لإطلاق البيع و التجارة و عموم العقود، (١) و ما دل في بيع الآبق و اللبن في الضرع من الايجاب بلفظ المضارع، (٢) و فحوى ما دل عليه في النكاح و لا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع في الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام، فتأمل.

مسألة: الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول

(٢) و به صرح في الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة، كما عن الايضاح و جامع المقاصد

و فيه: ان التعارف لا يوجب تقييد اطلاق الأدلة كما لا يخفى،

(١) فالأظهر صحة الانشاء بغير الماضي للمعلومات و الاطلاقات.

(٢) و تشهد له- مضافا إليها:- النصوص الواردة في بيع العبد الآبق، و الجارية الآبقة، و بيع المصحف، و اللبن في الضرع، و النكاح، من الوقوع بفعل المضارع و الأمر «١» و حمل جميعها على ارادة المقاول و الوعد و الاستدعاء خلاف الظاهر جدا.

تقديم القبول على الايجاب

(٣) قوله الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا.

الأقوال في المسألة ثلاثة الأول: - و هو الأشهر كما قيل- لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا.

الثاني: ما عن الشيخ في كتاب النكاح من المبسوط، و المحقق في الشرائع، و العلامة قدس سره في التحرير، و الشهيدان في بعض كتبهما و غيرهم في غيرها، و هو جواز التقديم بل عن المبسوط و السرائر دعوى الاجماع عليه في كتاب النكاح

(١) الوسائل باب ٨ و ١١ من أبواب عقد البيع و باب ٣١ من أبواب ما يكتسب به. و باب ١٨ من أبواب المتعة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١٣

و لعله الاصل بعد حمل آية و جوب الوفاء على العقود المتعارفة (١)

كإطلاق البيع و التجارة في الكتاب و السنة. و زاد بعضهم أن القبول فرع الايجاب فلا يتقدم عليه و أنه تابع له، فلا يصح تقدمه عليه و حكى في غاية المراد عن الخلاف الإجماع عليه و ليس في الخلاف في هذه المسألة إلا أن البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيؤخذ به فراجع، خلافا للشيخ في المبسوط في باب النكاح،

و أن وافق الخلاف في البيع الا انه عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحته بين الامامية حيث أنه بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل زوجني فلانة جائز بلا خلاف، قال: أما البيع فإنه إذا قال بعنيها، فقال: بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين، و قال: قوم منهم لا- يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى. و كيف كان فنسب القول الأول إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع و أما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق في الشرائع و العلامة في التحرير و الشهيدان في بعض كتبهما. و جماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها، و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار (٢) مثل خبر ابان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه و آله إلى أن قال: فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك و انت أولى الناس بها و رواه سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقين كما قيل: المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجيها.

الثالث: التفصيل بين الصيغ التي ينشأ بها القبول، و هو الذي اختاره المصنف و سيمر عليك و ربما ينسب الى بعض التفصيل بين البيع و النكاح بجواز التقديم في النكاح بلفظ الامر دون البيع، لكن الظاهر عدم صحة النسبة.

(١) و قد استدلل للاشتراط مطلقا بالاصل بعد حمل ادلة الامضاء على العقود المتعارفة،

و يرد انه لا وجه له سوى الانصراف الذي هو بدوى لا يصلح للتقليد

(٢) و بازاء ذلك استدلل لعدم الاشتراط بفحوى جوازه في النكاح الثابت بالاخبار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١٤

...

و قد ذكر المصنف قدس سره من الروايات المثبتة روايتين احدهما خبر ابان بن تغلب عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له عليه السلام كيف اقول لها إذا خلوت بها فقال عليه السلام تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه لا وارثه و لا مورثه كذا و كذا يوما و ان شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما و تسمى من الاجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا فإذا قالت نعم فقد رضيت و هي امرأتك و انت أولى الناس بها الحديث (١) ثانيتهما و خير سهل الساعدي المروي عند الخاصة و العامة و عن المسالك انه المشهور بين العامة و الخاصة و رواه كل منهما في الصحيح و هو ان امرأة اتت الرسول صلى الله عليه و آله فقالت يا رسول الله صلى الله عليه و آله وهبت نفسي لك و قامت قياما طويلا فقام رجل و قال يا رسول الله صلى الله عليه و آله زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة الى ان قال فقال رسول الله صلى الله عليه و آله زوجتك بما معك من القرآن (٢) لكن لم يرو هذا الخبر من اصحابنا غير الاحسائي في

غوالى اللثالى نعم فى صحيح محمد بن مسلم ما يقرب هذا المضمون (٣) و تقريب الاستدلال بهذه النصوص انه ليس فيها ان الزوج اعاد القبول فيكون امره قبولا- مقدما على الايجاب و فيه ان قول الرجل فى خير سهل و محمد بن مسلم لا يكون قبولا بل هو طلب النكاح و لذا طلب منه المهر،

اضف اليه الفصل الطويل بين ذلك و ايجاب النبى صلى الله عليه و آله و أما خبر ابان و ما بمضمونه فقد استدل بها على جواز ان يكون الايجاب من الزوجه و سيأتى الكلام فيه فى تلك المسألة.

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب المتمتع حديث ١.

(٢) المستدرک باب ٢١ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب المهور حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٥

و التحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت و رضيت. و أما ان يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو بعنى، فيقول المخاطب: بعتك و أما ان يكون اشترت و ملكت مخففا و ابتعت، فإن كان بلفظ قبلت. فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لما عرفت فى صدر المسألة، بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة انه لا خلاف فى عدم جواز تقديم لفظ قبلت، و هو المحكى عن نهاية الاحكام و كشف اللثام فى باب النكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين ايضا، بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه (١) و يدل عليه مضافا الى ما ذكروا الى كونه خلاف المتعارف من العقد: ان القبول الذى هو احد ركنى عقد المعاوضة فرع الايجاب، فلا يعقل تقدمه عليه. (٢)

و ليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد، مجرد الرضا بالايجاب حتى يقال ان الرضا بشىء لا يستلزم تحققه قبله، فقد يرضى الانسان بالأمر المستقبل. بل المراد منه الرضا بالايجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله فى الحال الى الموجب على وجه العوضيه لأن المشتري ناقل كالبائع، و هذا لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الايجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل فى الحال فإن من رضى بمعاوضة ينشئها الموجب فى المستقبل، لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة التى أنشأها الموجب سابقا، فإنه يرفع بهذا الرضا يده من ماله و ينقله الى غيره على وجه العوضيه. و من هنا يتضح

و ملخص القول فى المقام ان القبول تارة: يكون بلفظ قبلت و رضيت، و اخرى:

يكون بلفظ الامر، و ثالثة: يكون بلفظ اشترت و ما شابهه.

فان كان بلفظ قبلت و رضيت فقد استدل لعدم جواز تقديمه على الايجاب بوجوه:

(١) الاول: الاجماع، و هو كما ترى.

(٢) الثانى ما فى المتن و حاصله: ان القبول بالمعاوضات انما يتضمن لامرين:

احدهما: الرضا بالايجاب. الثانى: نقل ماله من حين القبول. و هذان الأمران متحققان فى القبول المتأخر باى لفظ كان، فانه لا حالة منتظرة للنقل سوى لحوقه، و كذلك حاصلان مع القبول المتقدم إذا كان بلفظ اشترت، فانه انشاء لنقل ماله الذى هو العوض.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٦

فساد ما حكى عن بعض المحققين فى رد الدليل المذكور، و هو كون القبول فرع الايجاب و تابعا له و هو ان تبعية القبول للايجاب ليست تبعية اللفظ، للفظ و لا القصد للقصد حتى يتمتع تقديمه و انما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولا لما يلقى إليه من الموجب، و الموجب متناولا- كما يقول السائل فى مقام الانشاء انا راض بما تعطينى و قابل لما تمنحنى، فهو متناول

قدم انشاء أو آخر فعلى هذا يصح تقديم القبول و لو بلفظ: قبلت و رضيت ان لم يقيم اجماع على خلافه انتهى.
و وجه الفساد ما عرفت سابقا من ان الرضا بما يصدر من الموجب فى المستقبل من نقل ماله بازاء مال صاحبه، ليس فيه انشاء نقل من القابل فى الحال،

بل هو رضا منه بالانتقال فى الاستقبال، و ليس المراد: ان اصل الرضا بشيء تابع لتحقيقه فى الخارج أولا قبل الرضا به حتى يحتاج الى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذى يعد ركنا فى - العقد

و أما إذا كان القبول بلفظ قبلت و قدم ذلك، فالأول موجود، الا ان الثانى غير متحقق، لان القبول بهذا اللفظ انما يتضمن نقل ماله بالالتزام من جهة ان ذلك لازم رضاه بانشاء البائع تمليك ماله بازاء مال القابل، فهو يكون نقلا من حين تحقق الايجاب من الموجب لا من حين القبول.

و بعبارة اخرى: ان النقل الحاصل بهذا اللفظ انما يكون بعنوان الرضا بنقل الموجب، و لازم ذلك عدم تحققه الا حين تحققه من ذلك الغير.

وفيه: اولاً: انه لا يعتبر فى القبول نقل ماله الى الغير، بل يكفى رضاه بنقل الغير ماله إليه فى مقابل تملك ماله، بل وظيفة القابل ليست الا- ذلك، فان البائع انما يعتبر ملكية ماله للمشتري بازاء ملكية ماله لنفسه، و هذا الاعتبار النفسانى المظهر بالايجاب لا يصير وحده موضوعا لاعتبار العقلاء و الشارع الا مع رضا المشتري بذلك، فالمعتبر هو رضاه المظهر باللفظ لا غير.

و ثانياً: انه لو سلم اعتبار النقل فيه ايضا، لكن لم يدل دليل على اعتبار النقل فى الحال.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٧

و مما ذكرنا يظهر الوجه فى المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر (١) كما لو قال بعنى هذا بدرهم، فقال: بعتك لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل فى الحال للدهرم الى البائع كما لا يخفى، و أما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه. و أما فحوى جوازه فى النكاح، ففيها بعد الاغماض عن حكم الاصل بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبى صلى الله عليه و آله و يؤيده انه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الايجاب و القبول منع الفحوى و قصور دلالة رواية ابان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة، نعم، فى الايجاب.

و ثالثاً: ان المراد من النقل فى الحال ان كان هو النقل فى اعتباره فهو ممكن من حين القبول و ان قدم لانه فعله الاختيارى و ان كان هو النقل فى اعتبار العقلاء و الشارع فهو مما لا يتصور فى الايجاب المتقدم ايضا لفرض عدم النقل عندهم الا بعد تمامية العقد.

الثالث: ما افاده المحقق النائنى قدس سره، و هو: ان هذا اللفظ - أى قبلت - ظاهر فى مطاوعة شيء و انفاذ أمر أوجده، و هذا المعنى يتفرع على وقوع ايجاد من الآخر كتنفرع الانكسار على الكسر، فان مطاوعة الأمر المتأخر و الانفعال و التأثر من الايجاب فعلا يمتنع عقلا.

وفيه: ان المطاوعة المأخوذة فى القبول انما هى مطاوعة انشائية لا حقيقية، فلا مانع عن تقدم قبلت على الايجاب.

و ان كان القبول بلفظ الأمر، فقد استدلل لعدم جواز تقديمه على الايجاب بامور:

(١) الاول: ما افاده المصنف قدس سره فى قبلت بتقريب: انه انما يدل على الرضا بالمعاملة و لا يكون متضمنا لنقل المال فى الحال. و قد عرفت ما فيه.

الثانى: ما ذكره المحقق النائنى قدس سره فى الصورة الثالثة، و ستعرف تقريبه و ما يرد عليه الثالث انه يعتبر الماضوية فى صيغ العقود،

و فيه ما عرفت من عدم اعتبارها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١٨

ثم اعلم ان في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الاصحاب، فقال في المبسوط: ان قال بعنيها بالف، فقال: بعتك صح و الاقوى عندي انه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت و اختار ذلك في الخلاف و صرح به في الغنية، فقال: و اعتبرنا حصول الايجاب من البائع و القبول من المشتري حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و هو ان يقول بعنيه بألف، فيقول: بعتك، فإنه لا- ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت أو قبلت، و صرح به ايضا في السرائر و الوسيلة و عن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحكم اتفقي، و حكي الاجماع عن ظاهر كل من اشترط الايجاب و القبول.

و مع ذلك كله فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، و نسبته الينا مشعر بقريته السياق الى عدم الخلاف فيه بيننا،

فقال: إذا تعاقدا فإن تقدم الايجاب على القبول، فقال: زوجتك، فقال: قبلت التزويج صح، و كذا إذا تقدم الايجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف. و أما ان تأخر الايجاب و سبق القبول، فإن كان في النكاح، فقال الزوج: زوجنيها.

فقال: زوجتكها، صح و ان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدي قال الرجل: زوجنيها يا رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: زوجتكها بما معك من القرآن فتقدم القبول و تأخر الايجاب، و ان كان هذا في البيع، فقال: بعنيها، فقال: بعتكها، صح عندنا و عند قوم من المخالفين، و قال: قوم منهم لا يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى.

و حكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم الى كل من جوز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق، و تمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، الا ان المحقق رحمه الله مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب صرح بجواز تقديم القبول على الايجاب، و ذكر العلامة قدس سره الاستيجاب و الايجاب، و جعله خارجا عن قيد اعتبار الايجاب و القبول كالمعاطاة، و جزم بعدم كفايته، مع انه تردد في اعتبار تقديم القبول، و كيف كان فقد عرفت ان الاقوى المنع في البيع لما عرفت

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١٩

بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ: قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضيه فيما دل على القبول، ثم ان هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب، من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم، و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك. و اما على ما (اخترناه) قويناه سابقا في مسألة المعاطاة من ان البيع العرفي موجب للملك، (١) و ان الاصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يقع اجماع على عدم اللزوم و هو ما إذا خلت المعاملة عن الانشاء باللفظ رأسا، أو كان اللفظ المنشئ به المعاملة مما قام الاجماع على عدم افادتها اللزوم. و أما في غير ذلك فالأصل اللزوم، و قد عرفت ان القبول على وجه طلب البيع قد صرح في المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكي عن الكامل ايضا،

فتأمل.

و ان كان التقديم بلفظ اشتريت و ابتعت أو تملك أو ملكت هذا بكذا،

فالأقوى جوازه (٢) لأنه إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا ففي الحقيقة انشاء المعاطاة كالبائع الا ان البائع ينشأ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه،

و المشتري ينشأ ملكية مال صاحبه

(١) قوله و أما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاطاء من ان البيع العرفي موجب للملك ما ذكره قده في وجه عدم جواز التقديم في الموردین لا- ربط له باعتبار اللفظ في الانشاء بل هو قيد آخر و هو تضمن القبول للنقل الفعلي و عليه فلا فرق في هذا المقام بين المسلك المشهور و مسلكه قده- و لعله لذلك امر بالتأمل.

و ان كان القبول المقدم بلفظ اشتریت و ابتعت و نحوهما

(٢) فقد اختار المصنف قدس سره جواز تقديم.

و استدلل له بان المعبر في القبول امران: الرضا بالايجاب، و نقل الثمن في الحال و لا يعتبر فيه شيء زائدا على ذلك. و اورد عليه بامور:

الأول: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه يعتبر في القبول باى لفظ كان مطاوعة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٠

ففي الحقيقة كل منها يخرج ماله الى صاحبه، و يدخل مال صاحبه في ملكه الا ان الادخال في الايجاب مفهوم من ذكر العوض، و في القبول مفهوم من نفس الفعل و الإخراج بالعكس، و حينئذ فليس في حقيقة الايجاب من حيث هو معنى القبول.

لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الايجاب و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول اطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود في الايجاب المتأخر لأن المشتري إنما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا، و البائع إنما ينشأ انتقال الثمن إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة.

و قد صرح في النهاية و المسالك على ما حكى: بأن اشتریت ليس قبولا حقيقة، و إنما هو بدل و ان الأصل في القبول قبلت، لأن القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به و لفظ اشتریت يجوز الابتداء به، و مرادهما أنه بنفسه لا يكون قبولا فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع،

كما أن رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخرا، و لذا منعنا عن تقديمه فكل من رضيت و اشتریت بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدم و التأخر متعاكسان

الايجاب و الانفعال و التأثير منه، و الا كان غير مرتبط بالايجاب بل هو ايجاب مستقل، و تضمنه للمطاوعة يستدعى تأخره عن الايجاب. و فيه: اولاً- انه لا- يعتبر في القبول سوى الرضا بالايجاب، و هذا لا يمنع عن جواز التقديم- كما تقدم- و لا يلزم منه عدم الارتباط بالايجاب كما هو واضح.

و ثانيا: ما تقدم من ان المطاوعة الانشائية قابلة للتقدم و ليست كالمطاوعة الحقيقية.

الثاني: الاجماع على اعتبار القبول في العقد، و هو متضمن لمعنى المطاوعة.

و فيه: ان المتيقن من الاجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالايجاب.

الثالث: ان الاشارة أو الاتباع بمفهومه متضمن لاتخاذ المبدأ، فان كان بعنوان اتخاذ المبدأ من الغير فهو مطاوعة قصديه، و ان كان بعنوان اتخاذ المبدأ ابتداء فيكون من انشاء بيع مال الغير فضولا لا إنشاء الملكية قبولا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢١

فان قلت ان الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله اشتریت حتى يقع قبولا لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له، يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون اشتریت متأخرا التزاما بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فإن مجرد انشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة فإنه لا قبول فيه رأسا.

قلت: المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب.

و أما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة و قبول الاثر، فلا، فقد تبين من جميع ذلك ان انشاء القبول لا بد ان يكون جامعا لتضمن انشاء النقل و للرضا بانشاء البائع تقدم أو تأخر و لا يعتبر انشاء انفعال نقل البائع، فقد تحصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ: اشترت وفاقا لمن عرفت، بل هو ظاهر اطلاق الشيخ في الخلاف حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الايجاب. و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشترت: و كذا السيد في الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الايجاب و كذا ظاهر إطلاق الحلبي (أبو الصلاح) في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد.

و الحاصل ان المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء: الحلبي و ابن حمزة،

فمن التعجب بعد ذلك حكاية الاجماع عن الخلاف على تقديم الايجاب، مع انه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب بأن ما عداه مجمع على صحته و ليس على صحته دليل و لعمرى ان مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول. و قد نبهنا على امثال ذلك في مواردنا نعم يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب (١) و لا فرق بين المتعارف هنا، و بينه في المسألة الآتية، و هو الوصل. بين الايجاب و القبول

و فيه اولاً: ان المطوعة الانشائية لا تمنع من التقديم كما تقدم.

و ثانياً: ان صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطوعة دائماً.

(١) الرابع: ما اوجب تردد المصنف قدس سره و هو كون تقديم القبول خلاف المتعارف المعهود من الصيغة.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٢

فالحكم لا يخلو عن شوب الاشكال، ثم ان ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدي بانشاء مستقل كالاجارة التي يؤدي قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا، أو ملكت و النكاح الذي يؤدي قبوله بلفظ نكحت و تزوجت. و أما ما لا إنشاء في قبوله الا قبلت أو ما يتضمنه كارتھنت. (١) فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا التزام في قبوله لشىء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله الى البائع، بل لا ينشأ به معنى غير الرضا بفعل الموجب.

و قد تقدم ان الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب كما يجوز تعلقه بأمر محقق،

فيجوز ان يقول رضيت برهنك هذا عندي، فيقول رهنك و التحقيق عدم الجواز لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن و لا يخفى انه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن لان الايجاب انشاء للفعل (لنقل) و القبول انشاء للانفعال (للتنقل) و كذا القول في الهبة و القرض فانه لا يحصل من انشاء القبول فيهما التزام بشىء، و إنما يحصل به الرضا بفعل الموجب و نحوها قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض،

و فيه: ان التعارف لا يوجب تقييد المطلقات و انصرافها.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول مطلقاً لإطلاق ادلة امضاء البيع و التجارة و العقود.

المؤيد بالنصوص الخاصة الواردة في موارد مخصوصة المتقدمة الاشارة إليها.

(١) قوله و أما ما لا إنشاء في قبوله الا قبلت أو ما يتضمنه كارتھنت.

لما فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم و التأخير في العقود المعاوضية المستلزمة لكون القابل فيها باذلاً لشىء من عمل أو منفعة أو عين أو تسليط، اراد بيان حكمه في العقود غير المعاوضية.

و حاصل ما ذكره فيها انها على قسمين.

منها ما لا يعتبر في قبوله سوى الرضا بالايجاب و هى العقود الإذنية كالوكالة و العارية و شبههما مما ليس فيه اعطاء واخذ اصلا، بل انما يفيد اباحة أو سلطنة على التصرف أو الحفظ.

و منها ما يعتبر في قبوله عنوان المطاولة كالرهن و الهبة و القرض و شبهها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٣

أما المصالحة المشتملة على المعاوضة (١) فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، و كان نسبتها إليهما على وجه سواء، و ليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر كان البادى منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة و عرفا،

مما يتضمن اعطاء من طرف واخذ من الآخر.

و الوجه في اعتباره في قبولها لزوم تحقق عنوان المرتهن و المتهم و المقترض ليرتب عليها احكامها، و تلك العناوين تتحقق بالقبول، فيعتبر في قبولها عنوان المطاوعة.

و فى القسم الاول: لا مانع من تقديم القبول، لان الرضا يتعلق بالامر المتأخر.

و فى القسم الثانى: لا يجوز التقديم، إذ المطاوعة و الانفعال بما يوجبه الموجب لا تتحقق قبل الفعل و الايجاب.

و يرد عليه قدس سره امور:

الأول: ان الفرق بين القسمين بلا- فارق، إذ كما انه رتب الاحكام فى القسم الثانى على المرتهن مثلا، كذلك رتب فى القسم الأول على العناوين الخاصة من المستعير و الوكيل و شبههما، و هذه العناوين لا تتحقق قبل القبول، و المحقق لها هو القبول.

الثانى: ان العناوين المشار إليها فى القسمين ليست عناوين قصديه، و انما هى تصدق على القابل بعد تحقق العقد، و ان لم يكن القابل ملتفتا إليها كعنوان البائع و المشتري.

الثالث: ان الممتنع تحقق عنوان المطاوعة فى الوعاء المناسب له قبل الايجاب،

و أما انشاء ذلك العنوان المتحقق بعد الايجاب فلا مانع فيه، و لم يدل دليل على اعتبار تحقق عنوان المطاوعة فى حال القبول.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول فى القسمين:

(١) قوله اما المصالحة المشتملة على المعاوضة.. موجبا لصدق الموجب عليه.

محصل ما ذكره فيه ان القبول فى المصالحة المشتملة على المعاوضة. منحصر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٤

ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول إذ لو قال أيضا صالحتك، كان إيجابا آخر فليزم تركيب العقد من إيجابين، و تحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول فى الصلح أيضا غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت.

و قد عرفت ان قبلت و رضيت مع التقديم لا- يدل على انشاء لنقل العوض فى الحال. فتلخص مما ذكرنا ان القبول فى العقود على اقسام: لأنه اما ان يكون التزاما بشئ من القابل كنقل مال عنه أو زوجية. و أما ان لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب، و الأول على قسمين، لأن الالتزام الحاصل من القابل اما ان يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغايرا كالاقتراض.

و الثانى: ايضا على قسمين، لأنه اما ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض.

و أما ان لا يثبت فيه اعتبار ازيد من الرضا بالايجاب، كالوكالة و العارية و شبههما فتقديم القبول على الايجاب لا يكون الا فى القسم

الثانى من كل من القسمين،

بلفظ قبلت من جهة ان الالتزامين من المتسالمين متساويان، ولذا كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، فنسبتها اليهما على حد سواء، فان انشأ القبول بلفظ قبلت كان الايجاب معه عقدا، و الا كانا ايجابين غير مرتبطين، فان كان قبولها بلفظ قبلت لزم تأخيرها لما عرفت من ان قبلت إذا قدم لا يدل على النقل في الحال.

و يرد عليه- مضافا الى ما تقدم من انه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بما انشأه الموجب، و انه لا يعتبر النقل في الحال في القبول. انه في تحقق عنوان المصالحة كعنوان البيع لا يعتبر ازيد من كون انشاء التسالم من احدهما، و قبول ذلك من الآخر كان بلفظ قبلت أو تصالحت أو غيرهما.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول في جميع العقود.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٥

ثم ان مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام ايجابه اعتبار عرفي فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمال آخر يسمى مشتريا و كل من نقل ماله على ان يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا، و بعبارة أخرى كل من ملك ماله غيره بعوض، فهو البائع فكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، و إلا فكل منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره و يملك مال غيره بإزاء ماله. و من جملة شروط العقد: الموالاة بين ايجابه و قبوله (١) ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و الشيخ المقداد،

قال الشهيد في القواعد الموالاة معتبرة في العقد و نحوه، و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى (الاستثناء) و المستثنى منه (٢) و قال بعض العامة لا يضر قول الزوج بعد الايجاب الحمد لله و الصلاة على رسول الله قبلت نكاحها،

اعتبار الموالاة

(١) قوله و من جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه و قبوله.

و هو: المحكى عن الشيخ في المبسوط في باب الخلع و العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و الشيخ المقداد و غيرهم من الاساطين.

(٢) قوله و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه.

الظاهر ان مراده ان ظهور اعتبار الاتصال بينهما صار منشئا للتعبه على اعتبار الاتصال في غيره من الموارد المشابهة له.

و وجه ظهور اعتباره فيه- احد امرين.

احدهما ما افاده المصنف قدس سره بعد اسطر بقوله و يحتمل بعيدا الخ.

و هو ان المستثنى من الملحقات التي توجب خروج الكلام من الكذب الى الصدق،

فلا بد من اتصاله كي يخرج الكلام عن الكذب بحسب ظاهره.

ثانيهما ان كلمة الاء بما ان معناها معنى حرفي متقوم بالطرفين فلا بد من اتصال المستثنى بالمستثنى منه كي تتحقق تلك النسبة و الربط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٦

و منه الفورية في استتابة المرتد (١) فيعتبر في الحال، و قيل: الى ثلاثة ايام، و منه السكوت في اثناء الاذان، فإن كان كثيرا ابطله، و منه

السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها (خلالها)، كذا التشهد و منه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع (٢) فان تعمدوا

أو نسوا حتى ركع فلا- جمعة، و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة، و منه الموالاة في التعريف بحيث لا ينسى انه تكرر و

الموالاة في سنة التعريف، فلو رجع في اثناء المدة استونفت ليتوالى، انتهى.

اقول: حاصله ان الامر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية،

فالعقد المركب من الايجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية (٢) ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو ازيد، وانضباط ذلك انما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه،

(١) قوله و منه الفورية في استتابة المرتد.

الظاهر ان مراد الشهيد قدس سره عدم الفصل بين الاستتابة و التوبة بحيث يظهر كون التوبة اجابة للاستتابة، فلو اخرها لم تقبل خلافا لمن قال انها تقبل و ان تاب بعد ثلاثة ايام.

لا ما ذكره المصنف قدس سره في تفسير كلام الشهيد و هو عدم الفصل بين الارتداد و الاستتابة.

(٢) قوله و منه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع.

يعنى ان ما دل «١» على اعتبار العدد في الجمعة يقتضى اعتبار دخولهم في الصلاة قبل الركوع على وجه يعد المجموع أى تمام الصلاة فعلاً لجميعهم.

و استدل لاعتبار الموالاة بين الايجاب و القبول بوجوه.

(٣) الاول: ما عن الشهيد قدس سره و حاصله: ان كل امرين أو امور يجمعها عنوان واحد كالصلاة و الاذان و نحوهما يعتبر في تحقق ذلك العنوان و انطباقه عليها عدم الفصل بينها بنحو يوجب عدم تحقق الصورة الاتصالية و صيرورة كل واحد عنواناً مستقلاً. و من هذا القبيل العقد، فانه عبارة عن ربط انشاء احدهما بانشاء الآخر، فلو انفصل

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب صلاة الجمعة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٧

فيجوز الفصل بين كل من الايجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما، و يجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف كما في الاذان و القراءة، و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود و باطلاق كلمات الاصحاب في اعتبار العقد في اللزوم، بل الملك، اما لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد. (١) و أما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه فلأنه منشأ الانتقال الى هذه القاعدة، فإن اكثر الكليات انما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص، و قد صرح في القواعد مكرراً بكون الاصل في هذه القاعدة كذا، و يحتمل بعيداً ان يكون الوجه فيه ان الاستثناء اشد ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن حد الكذب الى الصدق فصدقه يتوقف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك اقبح فصار اصلاً في اعتبار الموالاة بين اجزاء الكلام، ثم تعدى منه الى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً، أو معنى، أو من حيث صدق عنوان خاص عليه لكونه عقداً أو قراءة أو أذاناً و نحو ذلك،

القبول عن الايجاب بزمان معتد به عرفاً لما صدق عليهما العقد، فلا يترتب عليهما الاثر المترقب منه.

(١) و اجاب: عن هذا الوجه المصنف قدس سره: بان حكم الملك و اللزوم في المعاملة لو كان منوطاً بصدق العقد كان ما ذكر تاماً،

و أما لو كان منوطا بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد.
و اورد على هذا الجواب المحقق النائيني قدس سره تأييدا للشهيد قدس سره بايرادات:
منها: انه ليس البيع و التجارة و الصلح و النكاح الا العقود المتعارفة.

و فيه: ان التعارف لا يوجب الانصراف الذى يعتمد عليه فى تقييد اطلاق الادلة كما حقق فى محله.
و ان اريد به عدم صدق البيع كما لا يصدق العقد عليه فهو بديهى البطلان.
و منها: ان ادلة امضاء البيع و التجارة عن تراض من جهة عدم ورودها فى مقام
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٢٨

ثم فى تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتد. فإن غاية ما يمكن ان يقال فى توجيهه ان المطلوب فى الإسلام الاستمرار
فإذا انقطع فلا بد من اعادته فى اقرب الاوقات.
و أما مسألة الجمعة فلأن هيئة الاجتماع فى جميع احوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة، فيقبح الاخلال بها و للتأمل فى
هذه الفروع و فى صحة تفريعها على الاصل المذكور مجال،

البيان من جميع الجهات لا سبيل الى التمسك باطلاقها.

و فيه: انه قد عرفت انها مطلقة من هذه الجهات، و لذا بنينا على التمسك باطلاقها لامضاء الاسباب، مع ان الشك فى كونها فى مقام
البيان يكفى فى الحكم بالاطلاق.

و منها: انه لا يمكن التفكيك بين الصحة و اللزوم الا بدليل خارجى من الاجماع و نحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين أو جعلهما
لأنفسهما أو لأجنبى، و عليه فحيث ان هذه المعاملة- اى الايجاب و القبول الذى تخلل الفصل بينهما- لا تكون مشمولة لدليل أو فوا
بِالعُقودِ (١) الذى هو دليل اللزوم- و لأجل ذلك لا يحكم بلزومها- فلا بد من البناء على فسادها ايضا.
و فيه: اولاً: قد عرفت ان دليل لزوم البيع لا ينحصر به.

و ثانياً: انه لم يدل دليل على عدم التفكيك بين الصحة و اللزوم.

و ثالثاً: انه لو سلم ذلك، فليكن دليل الصحة- بضميمة عدم الفصل بين الصحة و اللزوم- كافياً فى الحكم باللزوم، و عدم شمول دليل
أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يدل على عدم لزومه كى يحكم بضميمة عدم الفصل بالفساد، فانه يقتضى لزوم كل عقد لا عدم لزوم غير العقد، فلا
يصلح لمعارضه دليل الصحة، إذ الاقتضاء لا يعارض المقتضى لشيء.

و يمكن الجواب عن الشهيد قدس سره بوجه آخر- و هو ايراد على المصنف قدس سره ايضا حيث سلم عدم صدق العقد عليه- و هو:
ان العقد من مقولة المعنى لا اللفظ، و هو عبادة عن ربط

(١) المائدة، آية ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٢٩

ثم ان المعيار فى الموالاة موكول الى العرف كما فى الصلاة و القراءة و الاذان و نحوه، و يظهر من رواية سهل الساعدى المتقدمة فى
مسألة تقديم القبول، جواز الفصل بين الايجاب و القبول بكلام طويل اجنبى، بناء على ما فهمه الجماعة من ان القبول فيها قول ذلك
الصحابى زوجيتها و الايجاب قوله بعد فصل طويل زوجتكها بما معك من القرآن، و لعل هذا موهن آخر للرواية، فافهم.

احد الالتزامين بالآخر باعتبار ورودهما على امر واحد، و هو كون احد المالين بازاء الآخر، و هذا لا يقتضى الا بقاء الالتزام الأول على

حاله و ان تخلل زمان طويل. نعم إذا لم يكن الالتزام الأول باقيا في نفس الموجب بان اعرض عنه مثلا لم يرتبط الالتزام الثاني به، و هذا ايضا لا فرق فيه بين تخلل زمان قصير أو طويل.

فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

الوجه الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان في العقود المعاوضية خلعا

و لبسا أو ايجاد علقه، فلا بد و ان يكون مقارنا للخلع لبس، و هكذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول، و الا تقع الاضافة أو العلقه بلا محل و مضاف إليه.

و فيه: اولاً: النقض بالزمان القصير الفاصل بين الايجاب و القبول قهرا في جميع الموارد، فانه لا- فرق في هذا المحذور بين الزمان القصير و الطويل.

و ثانياً: ان الخلع في اعتبار الموجب و ان تحقق من حين الايجاب الا- ان اللبس في اعتباره ايضا كذلك، و أما في اعتبار العقلاء و الشارع فكما ليس لبس الا بعد القبول، ليس خلع كذلك. فتدبر فانه دقيق.

الوجه الثالث: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: انه يلزم من الفصل المخل بالموالاة عدم تطابق الايجاب و القبول، فان الايجاب نقل من حينه، فإذا تأخر القبول فاما ان يكون قبولا لتمام مضمون الايجاب فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد و ذلك باطل أو يكون قبولا لبعض مضمونه- اعنى النقل من حين تحقق القبول- فيلزم عدم المطابقة بين الايجاب و القبول.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٠

و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد (١) بأن لا يكون معلقا على شيء بأداء الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها، و ممن صرح بذلك الشيخ و الحلبي و العلامة و جميع من تأخر عنه كالشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم قدس الله ارواحهم و عن فخر الدين في شرح الارشاد في باب الوكالة ان تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية و كذا غيره من العقود، لازمه كانت أو جائزة.

و عن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه.

و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد (٢) و ان لم يتعرض الأكثر في هذا المقام،

و فيه: انه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق.

مع ان النقل في اعتبار العقلاء و الشارع لا يقع الا بعد تمامية العقد في جميع الموارد.

فتحصل: ان الأظهر عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب و القبول.

و من الشرائط التنجيز في العقد

إشارة

(١) الخامسة: صرح جماعة منهم الشيخ، و الحلبي، و العلامة و جميع من تأخر عنه كالشهيدين و المحقق الثاني، و غيرهم: بانه يعتبر في العقد التنجيز، بان لا يكون معلقا على شيء بأداء الشرط، بان يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها. و في المتن.

(٢) و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد.

و عن جماعة: دعوى الاجماع عليه.

و تنقيح القول فى المقام: ان المعلق بحسب التصوير العقلى احد امور ثلاثة:

الأول: الانشاء.

الثانى: المنشأ كالملكية مثلا.

الثالث: متعلق المنشأ، كما لو آجر دارا فعلا ليسكن فيها بعد سنة فان المنشأ كالانشاء ليس معلقا بل المعلق هو متعلق المنشأ اى سكنى

الدار، و الا فالمستأجر

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣١

...

يملك فعلا على المؤجر منفعة الدار بعد سنة.

اما الأول: فالتعليق فيه امر غير معقول، من غير فرق بين ان يكون المراد به آلة الانشاء كاللفظ ام نفس الاعتبار النفسانى.

اما الأول: فلأن الانشاء وجه من وجوه استعمال اللفظ فى المعنى - كان عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ، ام كان عبارة عن ابراز الاعتبار

النفسانى باللفظ بداعى تنفيذه - فلا يعقل فيه التعليق.

و أما الثانى: فلأن الاعتبار فعل تكوينى، فكما لا يعقل التعليق فى وقوع الضرب على احد و كذا غيره من الأفعال التكوينية، كذلك لا

يعقل التعليق فى الاعتبار، و الظاهر ان هذا ليس محل الكلام فى المقام.

و أما الثالث: - اى التعليق فى متعلق المنشأ - فهو انما يصح فيما إذا كان من الاعراض و الافعال من جهة تصوير التعدد فيها بلحاظ

التقييد بالزمان أو الزمانى، مثلا منفعة الدار فى هذه السنة غير منفعتها فى السنة الآتية، فالتعليق فيها امر ممكن و واقع لا محذور فيه، و

أما الجواهر كالدار فلا يتصور فيها التعليق من جهة ان الوجود الجوهرى لا يتعدد بتعدد الزمان و الزمانى، مثلا الدار فى هذه السنة

ليست غير الدار فى السنة الآتية،

فإذا كان متعلق المنشأ جوهرًا خارجيًا لا يعقل التعليق فيه، فان كان هناك تعليق و شرط فلا بد و ان يرجع الى المنشأ.

و لعل هذا هو وجه الفرق بين الاجارة و البيع، حيث لم يقع الخلاف فى صحة التعليق فيها على بعض الوجوه المتقدم مع اتفاقهم على

بطلان التعليق فى البيع و عدم امكان تصحيحه بوجه.

فمحل الكلام انما هو التعليق فى المنشأ.

و قبل الشروع فى البحث فيه و بيان وجوه المنع لا بد من التنبيه على امرين.

احدهما نقل كلمات القول فى المقام و حيث ان المصنف ذكر كلماتهم فلاحظ المتن.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣٢

و يدل عليه فحوى فتاويهم و معاهد الاجماع فى اشتراط التنجيز فى الوكالة مع كونه من العقود الجائزة التى يكفى فيها كلما دل

على الاذن، حتى ان العلامة ادعى الاجماع - على ما حكى عنه - على عدم صحة ان يقول الموكل: انت و كيلي فى يوم الجمعة ان تبع

عبدى، و على صحة قوله انت و كيلي و لاتبع عبدى الا فى يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا و فرق بينهما جماعة بعد الاعتراف بأن

هذا فى معنى التعليق بأن العقود لما كانت متلقاة من الشارع انيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها و ان افادت فائدتها، فإذا

كان الامر كذلك عندهم فى الوكالة فكيف الحال فى البيع.

و بالجملة فلا شبهة فى اتفاقهم على الحكم. و أما الكلام فى وجه الاشتراط فالذى صرح به العلامة فى التذكرة انه منافع للجزم حال

الانشاء بل جعل الشرط هو الجزم. ثم فرع عليه عدم جواز التعليق قال الخامس من الشروط للجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح و

ان كان الشرط المشيئة للجهل بشوتها حال العقد،

و بقائها مدته و هو احد قولى الشافعى، و اظهرهما عندهم الصحة، لأن هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لأنه لو لم يشأ لم يشتر انتهى كلامه، و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله فى قواعدة قال: لأن الانتقال بحكم الرضا و لا رضا الا مع الجزم و الجزم ينافى التعليق، انتهى.

و مقتضى ذلك ان المعتبر هو عدم التعليق على امر مجهول الحصول، كما صرح به المحقق فى باب الطلاق و ذكر المحقق و الشهيد الثانى فى الجامع و المسالك فى مسألة ان كان لى فقد بعته ان التعليق انما ينافى الانشاء فى العقود و الايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول لكن الشهيد فى قواعدة ذكر فى الكلام المتقدم ان الجزم ينافى التعليق لأنه بعرضة عدم الحصول، و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لأن الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد، ثم قال: فإن قلت فعلى هذا يبطل قوله فى صورة انكار التوكيل: ان كان لى فقد بعته منك بكذا، قلت: هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع، و كذا القول لو قال فى صورة انكار وكالة التزويج و انكار التزويج حيث تدعيه المرأة ان كانت زوجتى فهى طالق، انتهى كلامه رحمه الله.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣٣

و علل العلامة فى القواعد صحة ان كان لى فقد بعته بأنه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً، و كذا كل شرط علم وجوده فإنه لا يوجب شكاً فى البيع و لا وقوفه، انتهى.

و تفصيل الكلام ان المعلق عليه، اما ان يكون معلوم التحقق، و أما ان يكون محتمل التحقق و على الوجهين: اما ان يكون تحققه المعلوم أو المحتمل فى الحال أو المستقبل، و على التقادير، فاما ان يكون الشرط مما يكون مصححاً للعقد ككون الشىء مما يصح تملكه شرعاً، أو مما يصح اخراجه عن الملك كغير ام الولد و غير الموقوف و نحوه، و كون المشتري ممن يصح تملكه شرعاً كأن لا يكون عبداً و ممن يجوز العقد معه، بأن يكون بالغاً، و أما ان لا يكون كذلك، ثم التعليق اما مصرح به و أما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة، و قوله فى القرض و الهبة خذ هذا، بعوضه أو خذ بلا عوض يوم الجمعة فإن التملك معلق على تحقق الجمعة فى الحال أو فى الاستقبال و لهذا احتمل العلامة فى النهاية، و ولده فى الايضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللاً بأن العقد و ان كان منجزاً فى الصورة الا انه معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتك، فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر انه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقق و العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و الصيمرى. و حكى ايضا عن المبسوط و الايضاح فى مسألة ما لو قال: ان كان لى فقد بعته بل لم يوجد فى ذلك خلاف صريح، و لذا ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً، و ما كان منها معلوم الحصول فى المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة، فالظاهر انه داخل فى معقد اتفاهم على عدم الجواز و ان كان تعليهه للمنع باشرط الجزم لا يجرى فيه، كما اعترف به الشهيد فيما تقدم عنه و نحوه الشهيد الثانى فيما حكى عنه، بل يظهر من عبارة المبسوط فى باب الوقف كونه مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فإنه قال إذا قال الواقف: إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البيع و الهبة و عندنا مثل العتق ايضا، انتهى. فإن ذيله يدل على ان مماثلة الوقف للبيع و الهبة غير مختص

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣٤

بالامامية. نعم مماثلته للعتق مختص بهم، و ما كان منها مشكوك الحصول و ليس صحة العقد معلقة عليه فى الواقع كقدوم الحاج، فهو المتيقن من معقد اتفاهم، و ما كان صحة العقد معلقة عليه كالأمثلة المتقدمة. فظاهر اطلاق كلامهم يشمله، الا ان الشيخ فى المبسوط حكى فى مسألة ان كان لى فقد بعته، قولاً من بعض الناس بالصحة و ان الشرط لا يضره مستدلاً بأنه لم يشترط الا ما يقتضيه اطلاق العقد،

لأنه انما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان اذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلثين أو ما اشبه ذلك انتهى. وهذا الكلام وان حكاه عن بعض الناس الا ان الظاهر ارتضائه له. وحاصله انه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع فتعليقه ببعض مقدماته كالالزام ببعض غاياته فكما لا يضر الالزام بما يقتضى العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الاطلاق معلقا عليه و مقيدا به، وهذا الوجه وان لم ينهض لدفع محذور التعليق في انشاء العقد، لأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الاثر الشرعي على العقد دون انشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق على شيء ليس معلقا في كلام المتكلم على شيء بل ولا منجزا، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام الا ان ظهور ارتضاء الشيخ له كاف في عدم الظن بتحقيق الاجماع عليه، مع ان ظاهر هذا التوجيه لعدم قرح التعليق يدل على ان محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم.

و يؤيد ذلك ان الشهيد في قواعد جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع بعتك ان قبلت و يظهر منه ذلك ايضا في آخر القواعد، ثم انك قد عرفت ان العمدة في المسألة هو الاجماع، وربما يتوهم ان الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق، و بطلانه واضح لأن المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام، فالتعليق غير متصور فيه الا ان الكلام ليس فيه، و ان كان الكلام في انه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٥

فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر، كقوله هذا لك ان جاء زيد غدا، و خذ المال قرضا أو قراضا إذا اخذته من فلان و نحو ذلك، فلا ريب في انه امر متصور واقع في العرف و الشرع كثيرا في الأوامر و المعاملات من العقود و الايقاعات (١)

الثاني ان ما صرح به المصنف قدس سره في المقام في بيان صحة التعليق في المنشأ بقوله.

(١) فلا ريب في انه متصور و واقع في العرف و الشرع كثيرا في الاوامر و المعاملات من العقود و الايقاعات.

ينافي ما نسب إليه في التقارير في مبحث الواجب المشروط من امتناعه.

و كيف كان: فصور التعليق في المنشأ على ما ذكره المصنف قدس سره ثمان.

الا ان الظاهر انها اثنتا عشرة و ذلك لان المعلق عليه.

ان كان امرا حاليا فتارة: يكون معلوم التحقق، و اخرى: يكون مشكوك التحقق.

و على التقديرين فتارة: يكون مما له دخل في صحة العقد، و اخرى: لا يكون دخيلا فيه.

و ان كان امرا استقباليا فهذه التقادير الاربعة تتصور فيه، باضافة انه على اى تقدير ربما يكون القيد ماخوذا فيه على نحو الشرط

المتأخر، بمعنى انه ينشأ. الملكية الفعلية على فرض تحقق ذلك الامر في المستقبل، و ربما يكون بنحو الشرط المقارن، بمعنى انه ينشأ

الملكية على تقدير تحققه بعد تحققه.

فان كان المعلق عليه امرا استقباليا مشكوك الحصول، و لم تكن صحة العقد متوقفة عليه، و كان التعليق بنحو الشرط المقارن، فالظاهر

انه مورد اتفاق الاصحاب القائمين بمبطلية التعليق، فلو كان الاجماع تعديدا كان هو الحجته في المقام، و لا دليل عليه سوى ذلك.

فانه قد استدلل للبطلان - بغير الاجماع - بوجوه:

الأول: ما عن جماعة، و هو: اعتبار الجزم في العقد، و هو مناف للتعليق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٦

و يتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق اثره بشرط من المتعاقدين

مخالف لذلك (١) وفيه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة و اللزوم في مثل قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لأن دليل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك (٢)
 ان العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) الا مفاد اوفوا بالعهد في ان العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب لعدم الوفاء بالعهد.

و فيه: انه ان اريد به الجزم بالانشاء فهو حاصل كما هو واضح، و ان اريد به الجزم بالمنشأ في نظره- اى تحقق الملكية الاعتبارية جزما- فهو محل الكلام، و ان تمسك بالاجماع على اعتباره فسيأتى الكلام فيه.
 (١) الثانى: ان ظاهر خطاب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» كظاهر سائر الخطابات: ان الحكم مطلق غير مشروط بشيء، فيكون ظاهره ترتب الاثر على العقد، و عليه فان التزم بترتب الاثر فعلا قبل تحقق ما علق عليه كان ذلك منافيا للانشاء المعلق، و لا سبيل إليه.
 و ان التزم بعدم ترتب الاثر فعلا لزم عدم كونه مشمولا لهذا الخطاب، فلا دليل على لزوم الوفاء به و ترتيب الأثر عليه.
 و فيه اولاً: ان دليل الصحة لا ينحصر ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بل هناك ادلة اخر من قبيل (احل الله البيع) «٢» التى لا يجرى فيها هذا الوجه، و لا فرق في ذلك بين المعلق و المنجز.
 و لا- يخفى ان هذا الايراد انما يرد على المستدل لو كان مفاد (احل الله البيع) الحلية الوضعية، و لا- يرد عليه لو كان مفاده الحلية التكليفية، فان ما ذكر فى وجه اختصاص (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) يجرى فيه طابق النعل بالنعل.
 (٢) و بذلك ظهر ان المصنف قدس سره حيث التزم فى مبحث المعاطاة بان مفاده الحلية

(١) المائدة، ٢.

(٢) البقرة، ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٧

و الحاصل انه ان اريد بالمسبب هو مدلول العقد فعدم تخلفه عن انشاء العقد من البديهيات التى لا يعقل خلافها، و ان اريد به الاثر الشرعى و هو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة، بل هو مطلق الملك فإن كان البيع غير معلق كان اثره الشرعى الملك الغير المعلق، و ان كان معلقا فأثره الملكية المعلقة مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا (١)

التكليفية ليس له هذا الايراد.

(١) كما ان ايراده عليه بقوله مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا.

ليس فى محله، إذ التخلف مع الدليل لا يوجب سلب الظهور المدعى فى الاستدلال، اللهم الا ان يكون مراده ان التخلف كثير، و لو بنى على الظهور المزبور لزم تخصيص الاكثر المستهجن.
 و ثانيا: ان العقد ليس هو اللفظ كما تقدم، بل هو ربط احد الالتزامين الواردين على مورد واحد بالآخر، و الوفاء به عبارة عن اتمامه، و معنى ذلك فيما إذا كان متعلقه النتيجة هو عدم حله و نقضه لا ترتيب الآثار عليه، و من الواضح انه فى هذا الذى ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق و المنجز.

الثالث: انه يلزم تخلف المنشأ عن الانشاء، و هو غير معقول.

و فيه: ان هذه شبهة اوردها على الواجب المشروط و قد اجبتنا عنها فى كتابنا زبدة الاصول مفصلا.

و تقتصر فى المقام على الاشارة الى وقوع ذلك الذى هو ادل دليل على امكانه،

لاحظ، الوصية، و النذر، و التدبير، و الواجب المشروط.

الرابع: ما عن المحقق النائيني قدس سره، و هو: انصراف العقود الى العقود غير المعلقة المتعارفة بين عامة الناس، فلا تشمل ادلة العقود و العناوين العقد المعلق.

و فيه: مضافا الى ان التعارف لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، ان التعليق فى العقد واقع كثيرا كما تقدم

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣٨

مع ان ما ذكره لا يجرى فى مثل قوله: بعثك ان شئت، و ان قبلت فقال قبلت فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه، مع ان هذا لا يجرى فى الشرط المشكوك المتحقق فى الحال فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفا، مع ان ما ذكره لا يجرى فى غيره من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنه كما لا يخفى، و ليس الكلام فى خصوص البيع، و ليس على هذا الشرط فى كل عقد دليل على حدة، ثم الاضعف من الوجه المتقدم التمسك فى ذلك بتوقيفية الاسباب الشرعية، الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، و ليس الا العقد العارى عن التعليق (١) إذ فيه ان اطلاق الأدلة مثل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم وحل التجارة عن تراض، و وجوب الوفاء بالعقود و أدلة سائر العقود كاف فى التوقيف.

و بالجملة فإثبات هذا الشرط فى العقود مع عموم ادلتها و وقوع كثير منها فى العرف على وجه التعليق بغير الاجماع محققا أو منقولا مشكل، ثم ان القادح هو تعليق الانشاء.

(١) الخامس: ان الاسباب الشرعية توقيفية لا بد فيها من الاقتصار على المتيقن،

و هو العقد الخالى عن التعليق.

و فيه: ان هذا يتم إذا لم تكن هناك عمومات و مطلقات من قبيل احل الله البيع و فتحصل مما ذكرناه: انه ليس فى مقابل العمومات و المطلقات الدالة على الصحة ما يدل على بطلان العقد المعلق سوى الاجماع.

و فى مقابل هذه الصورة صورتان.

احدهما: ما إذا كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما تتوقف صحة العقد عليه.

ثانيتها: ما إذا كان المعلق عليه امرا استقباليا كذلك، مع كون القيد مأخوذا على نحو الشرط المتأخر، فانه لا يجرى فيهما شىء من المحاذير المتقدمة حتى الاجماع، بل لعل الاجماع قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيهما.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣٩

...

و أما ان كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما لا يتوقف عليه صحة العقد، أو كان امرا استقباليا كذلك مع كون الشرط بنحو الشرط المتأخر، فلا يجرى فيهما شىء من الوجوه المتقدمة.

سوى ما افاده المحقق النائيني من دعوى الانصراف التى عرفت ما فيها، و الظاهر انها غير داخلى فى معقد الاجماع.

فلا ينبغى التوقف فى عدم البطلان فيهما.

و أما ان كان المعلق عليه امرا استقباليا معلوم الحصول مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن.

فمقتضى الوجه الثانى و الثالث و الخامس بطلانه، و كذلك مقتضى الوجه الرابع هو ذلك لو كان المعلق عليه مما لا تتوقف صحة العقد عليه، و قد عرفت عدم تمامية شىء منها.

و أما الاجماع فالمتيقن منه غيرهما فلا وجه للحكم بالبطلان.

و ما ذكره الشهيد قدس سره فى محكى قواعد من الحكم بالبطلان فى الصورتين معللا بان الجزم ينافى التعليق لانه بعرضه عدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد.

يرد عليه: انه يتم لو كان بطلان العقد المعلق مفاد آية أو روايه، و لم يحرز كون الجهل بحصول الشرط هو العلة لذلك لا فيما إذا كان البطلان من جهة الوجه المتقدمه.

فراجع.

و أما ان كان المعلق عليه امرا حاليا مشكوك الحصول، أو كان استقباليا كذلك مع كونه بنحو الشرط المقارن أو المتأخر، كان المعلق عليه مما يتوقف صحة العقد عليه ام لا فالظاهر شمول معقد الاجماع لهما فلا حظ.

تنبيهات [التعليق فى العقد]

و ينبغى التنبيه على امور:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤٠

و أما إذا انشأ من غير تعليق صح العقد، و ان كان المنشئ مترددا فى ترتب الأثر عليه شرعا أو عرفا (١) كمن ينشئ البيع و هو لا يعلم ان المال له، أو ان المبيع مما يتمول أو ان المشتري راض حين الايجاب ام لا أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا أو شرعا، بل الظاهر انه لا يقدر اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقق القصد الى التملك العرفى، و قد صرح بما ذكرنا بعض المحققين، حيث قال: لا يخل زعم فساد المعامله ما لم يكن سببا لارتفاع القصد، نعم ربما يشكل الأمر فى فقد الشروط المقومه كعدم الزوجية أو الشك فيها فى إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزا من دون العلم بالزوجية

الاول: ان القادح انما هو التعليق فى العقد، فلو كان مترددا فى ترتب الاثر على العقد الذى ينشؤه شرعا و انه صحيح أو فاسد لا كلام فى صحته، فانه لا يكون هذا التردد مورثا للتعليق فى ما ينشؤه، إذ العلم بالفساد يجتمع مع القصد الى المعامله فضلا عن التردد فيه. هذا فيما إذا كان مترددا فى تأثيره شرعا، و لو كان مترددا فى تأثيره عرفا فان كان ما يحتمل دخله فى ترتب الاثر عرفا مقوما لعنوان المعامله و تحققها كالزوجية بالاضافه الى الطلاق، لا محالة يكون ذلك منافيا للتنجيز، و الا فلا.

و بما ذكرناه ظهر ان ما افاده المصنف قدس سره.

(١) بقوله: و أما إذا انشأ من غير تعليق صح العقد، و ان كان المنشئ مترددا فى ترتب الاثر عليه شرعا أو عرفا.

تام، و ان مراده ما ذكرناه، لا ان مراده كون التنجيز من شرائط الصيغه.

فلا يرد عليه ما افاده السيد فى الحاشية بقوله: مقتضى ما ذكره العلامة و الشهيد من كون الوجه اعتبار الجزم بالبطلان فى هذه الصورة ايضا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤١

و كذا الرقيه فى العتق، و حينئذ فإذا مست الحاجة الى شىء من ذلك للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه، فلا بد من إبرازه بصورة التنجيز (١) و ان كان فى الواقع معلقا، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بايقاعه و لا يقدر فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لأن فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الاذن الا ان ظاهر الشهيد فى القواعد الجزم بالبطلان، فيما لو زوج امرأة يشك فى انها محرمة عليه فظهر حلها و علل ذلك بعدم الجزم حال العقد، قال: و كذا الايقاعات كما لو خالغ امرأة

أو طلقها و هو شاك في زوجيتها أو ولى نائب الامام عليه السلام قاضيا لا يعلم اهليته، و ان ظهر اهلا ثم قال: و يخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتا لأن الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومة و ان قيل بالبطان امكن لعدم القصد الى نقل ملكه، و كذا لو زوج امه ابيه فظهر ميتا، انتهى. و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه بإمكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق، فافهم.

الثاني: انه هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعربية كما يظهر من بعض كلماتهم و إليه يشعر ما في المتن. (١) فإذا مست الحاجة الى شيء من ذلك للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من ابرازه بصورة التنجيز.

ام يرجع هذا الشرط الى المعنى المقصود بان يعتبر في المعاملة ان لا يكون القصد إليها معلقا على امر، كما هو صريح المحقق النائيني قدس سره حيث قال: لا ينحصر التعليق في اداء الشرط بل كل ما كان في معنى التعليق و لو بغير الاداء؟ وجهان. اقوامها الثاني، إذ الظاهر من كلماتهم و معاهد اجماعاتهم هو ذلك كما هو مقتضى الوجوه الخمسة المشار إليها المذكورة لبطان التعليق.

الثالث: هل هناك فرق بين الامور التي تتوقف صحة العقد عليها فلا مانع من تعليق العقد عليها، و بين ما لا تتوقف صحة العقد عليه فالتعليق عليه مبطل ام لا؟ وجهان.

قد استدل للاول الشيخ الاكبر في محكي المبسوط: بان التعليق على ما تتوقف صحة العقد، عليه ليس الا شرطا لما يقتضيه اطلاق العقد، فإذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٢

و قال في موضع آخر و لو طلق بحضور خنثين فظهر ارجلين، امكن الصحة، و كذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا، و يشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح، انتهى.

و من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول (١) فلو اختلفا في المضمون، بأن اوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري،

أو المثلن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط،

و استدل المحقق النائيني قدس سره له بالانصراف.

و هذا الوجهان و ان كانا فاسدين.

اما الثاني. فلما تقدم.

و أما الاول فلأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الاثر الشرعي على العقد دون انشاء مدلول الكلام، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء كما ذكره المصنف قدس سره.

الا انه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالاجماع، فمثل هذه الكلمات توجب التردد في شمول معقد الاجماع للتعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه، فيتعين الرجوع الى المطلقات و العمومات الدالة على الصحة.

اعتبار المطابقة بين الايجاب و القبول

(١) السادسة: من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول.

كما صرح به غير واحد.

بل الظاهران اعتبار التطابق بين الايجاب و القبول من القضايا التي قياساتها معها،

فانه مع عدم التطابق - كما لو انشأ احدهما بعنوان البيع و قبل الآخر بعنوان الهبة- لا يتحقق العقد، فانه مع عدم ورود الالتزامين على مورد واحد لا يكونان مرتبطين، و مع عدم الربط لا يصدق عليهما عنوان العقد.

و ان شئت قلت ان القبول قوامه بالرضا بالايجاب، بل هو حقيقته، فمع عدم كونه قبولا- لما انشأه الموجب لما كان قبولا، فلا يتحقق العقد، بل كانا ايقاعين غير مرتبطين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٣

فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد (١) و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالايجاب، فحينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا، فقال: اشتريته لنفسى لم ينعقد، و لو قال: بعته هذا من موكلك فقال الموكل:

الغير المخاطب: قبلت صح، و كذا لو قال: بعتهك فأمر المخاطب و كيله بالقبول فقبل،

انما الكلام فى تطبيق هذه الكبرى الكلية على مواردنا: فان عدم التطابق فى بعض الموارد واضح لا يحتاج الى بيان.

كما لو اختلفا فى عنوان المعاملة أو فى اركانها و هى المبيع و الثمن فى البيع، مثل ما لو باع العبد بمائة دينار و قبل بيع الجارية.

كما ان تحقق التطابق فى بعض موارد اخر واضح.

كما لو اختلفا من حيث اللفظ مع اتحاد المعنى كأن يقول البائع بعتهك، فقال: قبلت الشراء.

و محل الخلاف موارد:

منها: ما إذا اوجب البائع مشروطا بشرط و قبل القابل البيع بلا شرط.

و منها: ما إذا اوجب البائع البيع لشخصين فقبل احدهما نصف البيع بنصف الثمن.

و منها: ما لو باع البائع شيئين بثمن معين فقبل القابل احدهما بنصف الثمن.

(١) اما الاول: فصريح المصنف قدس سره و المحقق النائيني قدس سره: بطلان البيع من جهة عدم المطابقة.

و لكن: الظاهر هو تحقق التطابق الذى دل الدليل على اعتباره، و ذلك لانه لا خلاف بينهم فى ان تخلف الشرط أو تعذره أو فساده لا

يوجب بطلان العقد بل يقع صحيحا، غاية الأمر غير لازم، فيستكشف من ذلك ان المعاهدة واقعة على الفاقده للشرط،

و عليه فالقبول بلا شرط مطابق للايجاب.

و ان شئت قلت: ان الشرط لو كان قيده للمعاملة لزم بطلانها عند تخلفه، فالقول بان تخلفه لا يوجب البطلان يكون مبتنيا على كونه

التزاما فى ضمن التزام بالمعنى الذى سيأتى تحقيقه فى محله، و عليه فالالتزام البيعى غير معلق على شىء،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٤

و لو قال بعتهك العبد بكذا، فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ينعقد (١) و كذا لو قال: بعتهك العبد بمائة درهم، فقال:

اشتريته بعشرة دانير، و لو قال للاثنين بعتهكما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم يقع، و لو قال كل منهما ذلك

لا يبعد الجواز، و نحوه لو قال البائع بعتهك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين، و فيه اشكال.

فالقبول بلا شرط مطابق للايجاب.

و لعله الى هذا يرجع ما ذكره بعضهم من: ان فساد الشرط إذا لم يخل بصحة العقد فعدم قبول المشتري للشرط الذى تضمنه الايجاب

اولى بعدم الاخلال.

(١) و أما الثاني: فصريح المحققين المتقدم ذكرهما ايضا البطلان لعدم التطابق، ولكن الظاهر الصحة و التطابق، و ذلك لان البيع لشخصين ينحل الى بيعين حقيقة، كما يدل عليه افتاء الفقهاء بالصحة و عدم البطلان فيما لو قبلا- و فسخ احدهما البيع فى المجلس بالقياس الى غير الفاسخ، فإذا كان هناك بيعان فالمطابقة بين احد البيعين و القبول متحققه فلا وجه للبطلان، بل غاية ما هناك ثبوت الخيار للبائع كما لا يخفى. و بما ذكرناه ظهر الحال فى الثالث، فان الأظهر الصحة لعين ما ذكرناه فى سابقه. و ما افاده المحقق النائيني قدس سره فى المقام من: انه لا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث الانشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة الذى هو اثر العقد الصحيح، لانه لا بد اولا من صحة العقد باتحاد المنشأ ثم اثبات الخيار فيه، فما يترتب على الصحة لا يمكن ان يكون منشأ الصحة.

يرد عليه: ان المثبت للصحة هو الاتحاد بالتقريب المتقدم لا ثبوت الخيار. فلاحظ و تدبر. فتحصل مما ذكرناه: ان اعتبار المطابقة بين الايجاب و القبول مما لا ينبغى انكاره، الا ان جملة من الموارد التى ذكرها المصنف قدس سره من موارد عدم المطابقة ليست منها، بل فيها التطابق متحقق، و عليك بالتأمل فى كل مورد ثم الحكم بالصحة أو الفساد من جهة وجود التطابق و عدمه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤٥

و من جملة الشروط فى العقد ان يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء (١) فلو كان المشتري فى حال ايجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد (٢) ثم ان عدم قابليتهما ان كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الاغماء، بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة و المعاهدة حيثئذ. (٣)

اعتبار وقوع العقد فى حال يجوز لكل منهما الانشاء

(١) السابعة: من جملة الشروط فى العقد: ان يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال يجوز لكل منهما الانشاء بلا خلاف فيه فى الجملة، بل الظاهر انه متفق عليه.

و تنقيح القول فيه بالبحث فى موضعين:

الأول: فى عدم الاهلية المانع عن تحقق التعاقد و التعاقد.

الثانى: فى عدم الاهلية الموجب لعدم كون العقد عن رضا معتبر.

اما الأول: ففيه اقوال:

(٢) الاول: ما اختاره المصنف قدس سره و المحقق النائيني قدس سره و هو: اعتبار واجديته كل منهما لجميع القيود المعتبرة فى تحققه فى حال انشاء الآخر.

الثانى: عدم اعتبارها فيهما، اختاره المحقق الايروانى قدس سره.

الثالث: اعتبار واجديته القابل لها فى حال الايجاب و عدم اعتبارها بالنسبة الى الموجب، ذهب إليه السيد قدس سره فى بعض الفروض. الرابع: عكس ذلك.

و تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى موارد:

الأول: فى الايجاب.

الثانى: فى القبول.

الثالث: فيما بينهما.

اما المورد الاول: فقد استدل لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود: في المتن.

(٣) بان المعاقدة و المعاهدة لا تتحقق بدونها، هذا ما افاده المصنف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٦

...

و ايده المحقق الاصفهاني قدس سره بان مناط المعاهدة مع الغير يقتضى كونهما معا كذلك في حال الايجاب و القبول، إذ معية المتعاقدين انما هي معية شاعر ملتفت الى ما يلتزم للغير و يلتزم الغير له، و الا فلا ينقذ القصد الجدى في نفس العاقل الى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار، و علمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلا.

و فيه: اولاً: أن عنوان العقد انما ينطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد و ليس منطبقاً على الايجاب خاصة، و انما شأن الموجب هو الالتزام النفساني و ابرازه،

و هو انما يكون باقيا ما لم يرفع اليد عنه، فإذا كان باقيا الى حين القبول و التزم القابل الاهدل لذلك حين القبول فقد ارتبط الالتزامان لا محالة و تحقق عنوان العقد.

و دعوى عدم تحقق الالتزام في نفس الموجب بالنسبة الى من هو كالجدار.

كما ترى، إذ العاقل الملتفت الى مالكية من يفرض كالجدار كيف لا ينقذ في نفسه القصد الجدى.

و ثانياً: انه لا ينحصر دليل النفوذ باوفوا بالعقود.

فالأولى ان يستدل له: بانه بعد ما لا ريب في انه يعتبر في ترتيب العقلاء و الشارع الاثر على الالتزام النفساني ان يظهره لمن هو طرفه في المعاملة، فإذا كان الطرف غير قابل للتخاطب فالأظهار له كلا اظهاراً، فلاجل ذلك يعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الايجاب، فتدبر فانه دقيق.

و أما المورد الثاني: فيشهد لاعتبار واجدية الموجب لتلك القيود حال القبول الوجه المشار إليه.

و يمكن ان يقال في هذا المورد: بما أنه في حال القبول يتم العقد و يخرج المال عن ملك كل منهما فلا بد و ان يكون الموجب ايضاً ممن يكون اهلاً لذلك كي يترتب الاثر على التزامه النفساني.

و أما ما ذكر في وجهه من عدم تحقق المعاقدة و المعاهدة، من جهة انتفاء الالتزام النفساني بالأغماء و الجنون مثلاً، فليس هناك التزام من الموجب كي يرتبط بالتزام القابل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٧

و أما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو (١) شرط حقيقة لا ركن، فإن حقيقة الوصية الايصاء، و لذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه و لو رد جاز له القبول بعد ذلك، و ان كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه ايضاً عن مفهوم التعاقد و التعاقد لأئد المعترف فيه عرفاً، رضا كل منهما لما ينشؤه الآخر حين انشاء (انشاء) كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق، لو فرض أو مرض موت و الاصل في جميع ذلك ان الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق (٢)

فيرد عليه: ان الالتزامات النفسانية لا تزول بذلك، و لذا لا شك لأحد في ان العهود و الالتزامات لا تبطل بالموت، فضلاً عن النوم و الاغماء، و لا فرق بين الموت قبل لحوق القبول و بعده، إذ ضم التزام آخر إليها لا يوجب بقائها ان كانت تزول بالموت. و بما ذكرناه ظهر الحال في المورد الثالث، و انه لا يعتبر الاهلية بينهما كما لا يخفى.

(١) قوله و أما صحة القبول من الموصى له بعد موت الوصى فهو شرط.

هذا دفع لما توهم من انه لا كلام فى صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فيستكشف من ذلك ان موت الموجب لا يكون مانعا عن تحقق المعاقدة.

و حاصل الدفع ان حقيقة الوصية ليست الا- الايضاء و لا يعتبر فى تحققها القبول بل هى من الايقاعات و قبولها قبول الوصية و ردها ردها لا انه جزء للوصية.

نعم فى الوصية التمليكية، من جهة ان ادخال المال فى ملك الغير من دون رضاه مناف لسلطنة الناس على انفسهم، و ليس من شئون السلطنة على المال السلطنة على الغير، فلا محالة يتوقف نفوذ التمليك على الرضا، أو عدم الرد على الخلاف الا ان القبول الكاشف عن الرضا أو عدم الرد شرط لنفوذ الوصية لا انه جزء للعقد، و تمام الكلام فى محله.

(٢) قوله و الاصل فى جميع ذلك ان الموجب لو فسخ ... لغى الايجاب السابق.

مراده ان الوجه فى الالتفات الى ما ذكرناه من اعتبار رضا كل منهما حال انشاء الآخر فى تحقق المعاقدة، وضح فساد الايجاب بفسخ الموجب و عدم رضا القابل به،

فعلنا من ذلك مدخلة رضا كل منهما حال انشاء الآخر فى تحقق معنى المعاقدة.

فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره بقوله ان هذا عين المسألة المبحوث عنها لا أصلها و مأخذها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤٨

و كذا لو كان المشتري فى زمان الايجاب غير راض أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير، فصحة كل من الايجاب و القبول يكون معناه قائما فى نفس المتكلم من اول العقد الى ان يتحقق تمام السبب، و به يتم معنى المعاقدة فإذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس احدهما، ام قام، و لم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاقدة (١) ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا ببيع المكره و مقتضاه عدم اعتباره من احدهما حين العقد بل يكفى حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الايجاب و قبل القبول، اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم فى المكره على خلاف القاعدة لأجل الاجماع.

و لكن يرد على المصنف قدس سره: ان لغوية الايجاب بفسخ الموجب، اجنبية عن المقام فان الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة فلا يكون الايجاب باقيا كى يلحقه القبول و يرتبط به، و يتحقق عنوان العقد، و هذا غير ما نحن فيه الذى يكون الالتزام و الايجاب باقيا كما عرفت.

و أما الموضوع الثانى: ففيه ايضا اقوال.

و ملخص القول فيه: انه قد استدل المصنف قدس سره لاعتبار واجدية كل منهما لتلك القيود فى حال انشاء الآخر.

(١) بعدم تحقق معنى المعاقدة و المعاهدة حينئذ.

و لعل نظره الشريف الى ما افاده بعض المحققين بان رضاهما بعد ان كان فى نظر الشارع الأقدس كلا رضا، و المفروض ان رضاهما مما يعتبر فى تحقق مفهوم التعاقد، لا جرم كان تعاذهما فى نظره كالعدم، فلا يكون عقدهما عقدا معتبرا شرعيا.

وفيه: ان حقيقة العقد هى ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد- كان ذلك مع رضاهما بذلك أو بدونه- فالرضا بالعقد لا يعتبر فى تحققه، و عدمه لا يخل به، من غير فرق بين عدم الرضا اصلا أو عدم الاعتبار به شرعا و انما هو شرط فى تأثير انشاء كل منهما نفسه، فاعتبار رضا كل منهما حال انشاء الآخر مما لا أصل له، و لأجل ذلك نلتزم بان صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا انما تكون على القاعدة، مع انه لو سلم توقف تحقق العقد على الرضا الا ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤٩

فرع لو اختلف، المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة

فهل يجوز ان يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه ام لا وجوه: (١)

ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل، كما لو فرضنا انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب و جواز العقد بالفارسية أدرؤها اخيرها

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

(١) فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة، فهل يجوز لكل واحد منهما ان يكتفى بما يقتضيه مذهبه، ام لا. ام يجوز الا- في صورة كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل كما لو فرضنا انه لا قائل بصحة العقد بالفارسي مع تقديم القبول على الايجاب، و كان العقد بالفارسي صحيحا عند احدهما، و تقديم القبول جائزا عند الآخر، فاقوعا العقد كذلك؟ وجوه:

و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موارد:

الأول: في القيود التي ينحصر دليلها بالاجماع.

الثاني: في ما لدليل اعتباره اطلاق مع عدم سراية احدى الصفات الى فعل الآخر.

الثالث: في ما لدليل اعتباره اطلاق مع السراية.

اما الأول: فالظاهر صحة العقد كما هو مقتضى العمومات و المطلقات، و المتيقن من الاجماع على اعتبار ذلك القيد كالعربية مثلا هو غير المقام الصادر فيه الايجاب و القبول عن اعتقاد كل منهما صحة ما انشأه، ففيه يرجع الى العمومات المقتضية للصحة. و أما المورد الثاني: ففيه اقوال:

الأول: الصحة مطلقا.

الثاني: عدم الصحة كذلك.

الثالث: التفصيل بين كون العقد فاسدا في نظر الجميع، بحيث لا قائل بصحته،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٠

و الاولان مبنيان على ان الاحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية (١) فالايجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا اشارة الاخرس و ايجاب العاجز عن العربية و كصلاة المقيم بالنسبة الى واجد الماء ام هي احكام عذرية لا يعذر فيها الا من اجتهد أو قلد فيها؟ و المسألة محررة في الأصول، هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الآخر كالصراحة و العربية و الماضوية

كما لو فرضنا انه لا قائل بنفوذ العقد الفارسي المقدم ايجابه على قبوله فعدم الصحة، و بين غيره فالصحة.

(١) و قد ابنتي المصنف قدس سره الاولين على ان الاحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية، فالايجاب بالفارسي من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس، ام هي احكام ظاهرة لا يعذر فيها الا من اجتهد أو قلد فيها؟ و اورد عليه بوجهين:

الأول: ما افاده المحقق الخراساني قدس سره: بان مجرد كونه حكما واقعيا و بمنزلته لا يكفي في الحكم بالصحة، بل لا بد و ان يقيد بما إذا كان كذلك حتى في حق الغير الذي له مساس بالعقد، فلو كان حكما واقعيا في حق المنشئ خاصة لم يجد في الحكم بالصحة

بالإضافة الى غيره.

وفيه: انه بما ان الملكية من الاحكام المجعولة الوضعية، و من الاعتباريات لا من الامور الواقعية، فإذا فرضنا ان الايجاب بالفارسي و ان كان عند القابل مما لا مصلحة في نفسه في جعل الملكية بعده، الا انه من جهة قيام الامارة عند الموجب تحدث فيه مصلحة بهذا العنوان مقتضية لذلك، فلا محالة للآخر القابل ترتيب الاثر، لأنه لا كشف خلاف لذلك، و لا معنى للقول بان المصلحة انما هي في حق الموجب خاصة، فالملكية المجعولة انما تكون له خاصة. فتدبر فانه دقيق.

الثاني: ما افاده السيد في الحاشية و تبعه بعض مشايخنا المحققين قدس سره، و هو: ان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥١

و الترتيب (١)

و أما الموالاة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء إلى آخر العقد. فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأن بالإخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحة الانشاء يفسد عبارة من يراها شروطاً فإن الموجب إذا علق مثلاً أو لم يبق على صفة صحة الانشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروع ذلك لم يجز من القائل بطلان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول، و كذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمل (٢)

ما ذكر على القول بكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية انما يتم بالنسبة الى ما لو كان الحكم المجتهد فيه مع متعلقه موضوعاً لحكم الآخر، كما لو كان رأيه جواز النكاح بالفارسي فزوج امرأة بالعقد الفارسي فانه يكون العقد صحيحاً عنده، فلا يجوز لغيره الذي يرى اعتبار العربية تزويج تلك المرأة، و لا ينفع بالنسبة الى ما إذا كان المتعلق معروضاً لحكمه و لحكم غيره في عرض واحد، كما لو ذكى الذبح بغير الحديد فانه لا يجوز لمن يرى اعتبار كونه بالحديد الأكل من تلك الذبيحة. و السر فيه: ان ذلك بعنوانه المجتهد فيه ليس موضوعاً لحكم غيره، فلا يجوز. لغيره المخالف له في الرأي الاكل منه. (١) قوله و الترتيب.

و قد اورد عليه بان الترتيب من الصفات التي تسرى الى فعل الآخر إذا لقابل، إذا قدم قبوله على الايجاب لزعمه جوازه، فيلزم منه تأخر الايجاب، و المفروض ان الموجب يرى بطلان العقد المؤخر ايجابه عن قبوله فليس الايجاب بعده. و لكن يمكن دفعه بان مدرك لزوم تقديم الايجاب و عدم جواز تقديم القبول عنده قده عدم كون القبول نقلاً في الحال و هذه الخصوصية لا تسرى الى الايجاب فهو من قبيل الاول لا الثاني. (٢) قوله فتأمل.

لعله اشارة الى ان الموالاة انما تكون شرطاً لصحة القبول لا الإيجاب، إذ لا معنى لصحة الايجاب، الا وقوعه على نحو لو لحقه القبول الواجد للشرائط لأثر، و هو مع فقد الموالاة كذلك فالموالاة من قبيل الترتيب لا التنجيز.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٢

...

و كيف كان فيما نحن فيه من قبيل الثاني، لان البيع فعل واحد تشريكي، بمعنى انه قائم بطرفين و يجب على كل من المتبايعين ايجاد عقد البيع، و لا يجوز لواحد منهما الاكل الا بعد ذلك.

و بالجملة: الصحة لأحد الطرفين ليست موضوعاً لحكم الطرف الآخر، بل لا بد من إحراز كل منهما صحة مجموع السبب.

وفيه: ان هذا في الصحة الفعلية، و أما الصحة التأهيلية، فهي انما تكون لكل من الايجاب و القبول مستقلاً، و هي في الايجاب مثلاً

تكون موضوعه لحكم القابل.

فما افاده المصنف قدس سره متين.

و أما المورد الثالث: فقد افاد المصنف قدس سره: ان العقد باطل حتى على القول بكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية الاضطرارية، و الفرق بينه و بين المورد الثاني انه في ذلك المورد لا يوجب سراية تلك الصفة الى فعل الآخر، و المفروض صحته من المعتقد في نظر الآخر.

و هذا بخلاف هذا المورد، فان تلك الصفة تسرى الى فعل الآخر إذا انشأ الموجب العقد معلقا، و القابل ان قبل مطلقا لزم عدم التطابق بين الايجاب و القبول، و ان قبل معلقا كان فعله في نظره فاقدا للوصف المعتبر في العقد فيوجب ذلك الفساد من هذه الجهة لا من جهة فساد فعل طرفه.

و ملخص القول: ان فساد احد الجزئين لا يسرى الى الآخر على هذا المسلك، و لكن منشأ الفساد يسرى إليه و يوجب ذلك فساد.

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٣

مسألة [أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

إشارة

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه

[الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

إشارة

و كان مضمونا عليه (١) اما عدم الملك فلا أنه مقتضى فرض الفساد. و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه و هو أحد امور متفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، و ادعى الشيخ في باب الرهن و في موضع من البيع الاجماع عليه صريحا، و تبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد.

و في السرائر أن البيع الفاسد يجرى عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان، و في موضع آخر نسبه الى اصحابنا و يدل عليه النبوي

(١) قوله لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه.

بلا خلاف و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل هو في الجملة من الواضحات.

و الوجه فيه واضح، لأن ذلك مقتضى فرض الفساد، و تترتب عليه امور:

الأول: انه لا يجوز له التصرف فيه، و كان مضمونا عليه كما هو المعروف، و عن شيخ الطائفة في باب الرهن و في موضع من البيع، و الحل في موضعين من السرائر،

و العلامة في التذكرة و المختلف، و غيرهم في غيرها: دعوى الإجماع عليه.

و ليعلم ان محل البحث في المقام انما هو في فرض التلف، و أما في فرض الإتلاف فلا- اظن توهم الخلاف في الضمان، من جهة

قاعدة من اتلف.

و كيف كان: فالكلام فى موردين:

الاول فى الحكم التكليفى، و هو جواز التصرف و عدمه.

الثانى فى الحكم الوضعى.

اما الأول: فان كان المالك المسلط للمشتري على ماله راضيا بالفعل فى التصرف فى ماله حتى مع فساد العقد- كما لو علم بالفساد و سلطه عليه كذلك- فلا اشكال فى جواز التصرف. و ان لم يكن راضيا بالرضا الفعلى و لكن كان راضيا بالرضا التقديرى، بمعنى انه لو كان عالما بالفساد و ان المال ماله كان راضيا بالتصرف فيه، جاز التصرف بناء على كفاية الرضا التقديرى فى حلية التصرف. و الا فلا يجوز لما دل على انه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه. «١»

(١) راجع الوسائل- باب ٣- من ابواب مكان المصلى و المستدرک ج ١ ص ٢١٢

و فروع الكافى ج ١- ص ٤٢٦- و الاحتجاج ص ٢٦٧.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٥٤

المشهور: على اليد ما أخذت حتى تؤدى. (١) و الخدشة فى دلالتها بأن كلمة على ظاهرة فى الحكم التكليفى، فلا يدل على الضمان (٢) ضعيفة جدا، فإن هذا الظهور انما هو إذا اسند الظرف الى فعل من افعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال كما يقال عليه دين،

و دعوى ان فساد المعاملة لا يوجب زوال الأذن و الرضا بالتصرف الذى كان فى ضمن العقد، لأن الجنس لا يتقوم بفصل خاص. فاسدة، فان الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتياز. فإذا لم يترتب على الرضا الموجود فى ضمن المعاملة اثر- و المفروض انه ليس هناك رضا آخر- فلا مورد للقول بالجواز.

و أما الثانى: فقد مر فى التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة و ما يرد عليه.

و انما الكلام فى المقام فى انه مع عدم حصول الملك هل يكون ضامنا لو تلف ام لا.

المشهور بين الأصحاب هو الأول، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

و استدلل له فى المتن بوجهين.

(١) الاول: النبوى المشهور: على اليد ما اخذت حتى تؤدى «١».

و هو و ان كان ضعيف السند الا انه لاعتماد الأصحاب عليه و استدلالهم به لا مجال للمناقشة فى سنده، و انما المهم دفع ما اورد على الاستدلال به، و هو انما يكون امرين.

(٢) الاول: ان كلمة على ظاهرة فى الحكم التكليفى، من جهة ان ظاهر كلمة على هو الاستعلاء و الاستعلاء المعقول الحاصل فى التكليف اقرب الى المعنى الحقيقى مما يتصور بالنسبة الى الوضع.

و يمكن الجواب عنه بوجه.

منها: ان حملة على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوا و يقدر يجب و نحوه، بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى، و هو خلاف الظاهر.

(١) سنن البيهقى ج ٦- ص ٩٠- و كنز العمال ج ٥- ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧، تفسير أبو الفتوح رازى ج ١، ص ٧٨٤، عوالى اللئالى، ج

٢، ص ٣٤٥، ج ١٠- المستدرک کتاب الغصب باب ١، حدیث ٤، نقل عنهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٥

فان لفظه على حينئذ لمجرد الاستقرار في العهدة عينا كان أو دينا (١)

و منها: انه يستدعى تقدير فعل من الأفعال من قبيل رده أو حفظه، وهذا التقدير ايضا خلاف الظاهر.

و منها: ان تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لا يناسب الغاية، إذ يكون مفاده حينئذ انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد، فتكون الغاية تحديدا للموضوع، وهو بعيد في الغاية.

و لا يناسب ايضا ارادة دفع البدل، إذ مع امكان الغاية لا يجب دفع البدل، و مع عدم امكانها لا غاية كى يفي بها. فالتعین حمل الحديث على الوضع.

(١) ثم الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة و هو كون دركه عليه مع تلفه كما هو صريح المتن و المنسوب الى المشهور.

ام هو بمعنى دخول المأخوذ في العهدة و للعهد آثار تكليفية و وضعيه من حفظه و ادائه مع التمكن و اداء بدله لو تلف- كما اختاره بعض مشايخنا العظام؟ وجهان.

اقواما الثاني، لأن ما قبل الغاية من جهة كونه مغياً بالأداء لا بد و ان يكون امرا ثابتا فعليا مستمرا الى ان يتحقق الأداء، و هذا ينطبق على الوجه الثاني، و أما على الوجه الأول فلا امر مستمر الى حال الأداء ما لم يتلف.

الايراد الثاني: ما عن المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان الأخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر و الغلبة كما تشهد به موارد استعماله- لاحظ قوله تعالى: (و كذلك اخذ ربك إذا اخذ القرى) «١» و قوله: (لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين) «٢» و قوله تعالى: (فاخذناهم اخذ عزيز مقتدر) «٣» و غير ذلك من موارد استعماله. و عليه فيختص الحديث بصورة الغصب و لا يشمل غير ذلك المورد من موارد اذن المالك الحقيقي و تسليط المالك ماله للمشتري.

(١) هود، ١٠٢.

(٢) الحاقة، ٤٦.

(٣) القمر، ٤٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٦

و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير (١) بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفه، لعدم التمييز و الشعور،

و فيه: ان الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء كان عن قهر و غلبة ام لم يكن،

و استعماله في غير موارد الأخذ بالغلبة و القهر كثير، لاحظ قوله تعالى: (خذ العفو) «١» و قوله عز اسمه: (خذ من اموالهم صدقة) «٢» و قوله عليه السلام: خذها فاني اليك معتذر. و غير ذلك من الموارد فتحصل: ان الحديث يدل على الضمان في مطلق الموارد..

(١) قال المصنف قدس سره: و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير.

و يرد عليه: انه يتم على القول باستقلال الأحكام الوضعية في الجعل، و أما بناء على مسلكه قده من انها منتزعة من الأحكام التكليفية في موارد فلا يتم كما لا يخفى.

و ما ذكره بعض مشايخنا العظام بقوله: و يمكن دفعه بان ذلك انما يتوجه لو اريد من الجملة الانشاء و الجعل، و أما لو اريد منه

الاخبار بالتعهد، وان الاخذ متعهد بما اخذه، وانه يثبت عليه و يتوجه إليه تمام ما في المأخوذ من التكاليف و الخسارات المتوجهة طبعاً الى مالكة، فلا يلزم شيء، و يكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع من التكليف.
يرد عليه: - مضافاً الى كونه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من الجملة كونها في مقام الانشاء لا الأخبار.
ان الأمر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه فعلاً و تقديراً، فإذا لم يكن بالنسبة الى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه.
و أما ما افاده في رسالة الاستصحاب بما حاصله: ان ضمان الصغير حكم وضعى ينتزع من الخطاب المتوجه إليه بعد صيرورته بالغاً بان يغرم ما اتلفه في حال صغره.
فيرد عليه: ان فعلية الأمر الانتزاعي مع كون منشأ انتزاعه امراً استقبالياً لا تعقل.

(١) الاعراف، ١٩٩.

(٢) التوبة، ١٠٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٧

و يدل على الحكم المذكور ايضاً قوله عليه السلام في الامه المتباعدة إذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري انه: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة (١)
فإن ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريق اولي، فليس استيلاها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل أحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا كالمثل فافهم.

(١) هذا هو الوجه الثاني للضمان و هو.

مرسل جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال عليه السلام يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته. «١» بدعوى انه يدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فيدل بالاولوية على ضمان العين في صورة التلف.

وجه الاولوية: ان اليد على المنافع انما يكون بتبع اليد على الأعيان، فإذا كانت اليد التابعة موجبة للضمان فالمتأصلة اولي بذلك.

و فيه: انه لو قيل بتكون الولد من نطفة المرأة و كان اللقاح من الرجل.

أو قيل بان الولد ينقذ رقا و يصير حراً بالولادة.

يكون: ذلك اتلافاً حقيقة، و الضمان في صورة الإتلاف مما لا كلام فيه.

و أما لو قيل بتكونه من نطفة الرجل و انه ينقذ رقا، فمن حيث اخذ.

الولد منها حراً و ان كان لا إتلاف و لا استيفاء للمنفعة، الا انه من حيث اشغال الرحم بتربية ما وضعه فيها استيفاء لمنفعة الرحم، و لا أقل من كونه اتلافاً، فانها كانت مستعدة لإنماء نطفة الرق فسلب عنها ذلك باشغالها بنطفته.

و عليه فإذا كان مفاد الحديث ثبوت ضمان الولد بالقيمة كان ذلك تعبداً محضاً و تم استدلال المصنف قدس سره به، و أما لو كان مفاده ثبوت ضمان قيمة ولد مملوك فلا يتم، و لا يبعد دعوى ظهوره في الثاني، و لا أقل من الإجمال.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٨

ثم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة، كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(١) و هذه القاعدة اصلا و عكسا و ان لم اجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة الا انها يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط، فانه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على ان يكون المال مضمونا عليه. و حاصله ان قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعى أو جعلى موجب للضمان، و هذا المعنى يشمل القبوض بالعقود الفاسدة التى تضمن بصحيحها. و ذكر ايضا فى مسألة عدم الضمان فى الرهن الفاسد: ان صحيحه لا يوجب الضمان، فكيف يضمن بفاسده، و هذا يدل على العكس المذكور، و لم اجد من تأمل فيها عدا الشهيد فى المسالك فيما لو فسد عقد السبق، فهل يستحق السابق اجرة المثل ام لا، و كيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة اصلا و عكسا، ثم بيان المدرك فيها.

فتحصل: انه لا يصح الاستدلال به من جهتين.

ثم انه فى مورد الخبر لا بد من البناء على اشتغال ذمة المشتري بالوطة ايضا، فانه منفعة استوفائها عن ملك الغير.

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

و فى مفتاح الكرامة نسب الى الأصحاب انهم استدلوا للضمان مضافا الى ما تقدم بالقاعدة المشهورة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

و فى الجواهر بالنسبة الى الجملة الأولى انه يظهر من بعضهم الإجماع عليها.

(١) و فى المتن: ثم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٥٩

فتقول و من الله الاستعانة: ان المراد بالعقد اعم من الجائر و اللازم، بل مما كان فيه شائبة الايقاع، أو كان اقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع، و المراد بالضمان فى الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الاصلى، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه معه. (١)

و قد اورد على المصنف قدس سره بان هذه القاعدة اصلا و عكسا لم ترد مورد رواية و لا معقد اجماع كى تكون مدركا لضمان المقبوض بالعقد الفاسد فلا فائدة فى البحث فيها.

و فيه ان التعرض لذلك بعد بنائه على ان مقتضى حديث على اليد- اقتضاء كل يد للضمان، بيان ما خرج عن تحت هذه القاعدة تخصيصا أو تخصصا.

و كيف كان: فالمهم بيان معنى القاعدة اصلا و عكسا، ثم بيان المدرك فيها.

فلا بد من البحث فى مقامين:

الأول: فى الأصل، و الكلام فيه فى جهات:

الأولى: فى معنى الضمان، فعن بعض الأساطين تفسيره بكون تلفه عليه و انه يتلف مملوكا له.

و فيه: انه لا- دليل و لا- وجه لتقدير التالف ملكا لمن تلف فى يده الا- بناء على القول بكون اداء البدل من قبيل المعاوضة القهرية

الشرعية، و ستعرف ما فى المبنى.

مع ان الانسان لا يكون ضامنا لأمواله التالفه و لا يكون ذلك خساره عليه و ان كان خساره منه. و فى المتن.

(١) تفسيره بكون المال متداركا بالعوض بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه. و يرد عليه:

اولا: ان هذا لا يناسب معنى الضمان الذى هو من ماده ضمن يضمن بحسب اللغه و المتفاهم العرفى.

و ثانيا: ان لازم هذا المعنى عدم فعليه الضمان قبل التلف فى العقود الفاسده.

و ثالثا: ان الثابت فى العقود الصحيحه التمليك للمال بالعوض لا التدارك بالعوض،

فليس عنوان الدرک و التدارك فى الصحيح.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦٠

و أما مجرد كون تلفه فى ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان اصلا، فلا يقال ان الانسان ضامن لأمواله، ثم تداركه من ماله تارة يكون باداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو و المالك على كونه عوضا و امضاء الشارع كما فى المضمون بسبب العقد الصحيح و اخرى باداء عوضه الواقعى و هو المثل أو القيمة و ان لم يتراضيا عليه، و ثالثه باداء اقل الامرين: (١) من العوض الواقعى و الجعلى، كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض (٢) فإذا ثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعى، لأن هذا هو التدارك حقيقه. و لذا لو اشترط ضمان العارئة

و رابعا: ان التلف لا دخل له فى الضمان فى الصحيح، و انما تمام الموضوع فيه هو العقد.

فالحق فى معنى الضمان ان يقال: ان المراد به فى الجملتين هو المراد به فى سائر موارد استعماله، بل سائر موارد استعمال مشتقاته، و هو التعهد المالى. ففى العقود الصحيحه يكون هذا المعنى - اى تعهد كل منهما مال صاحبه بتسيب من المتعاقدين مع امضاء الشارع - و فى العقود الفاسده يكون ذلك بجعل من الشارع، فالضمان فى الجملتين اريد به التعهد المالى.

(١) قوله و ثالثه بازاء اقل الامرين من العوض الواقعى و الجعلى.

(٢) و قد مثل لذلك بتلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

و فى المسألة اقوال.

الاول عدم وجوب دفع العوض و عدم الضمان، اختاره العلامة، و ولده على ما نسب اليهما.

الثانى ما عن جماعة، و هو تعيين دفع المسمى.

الثالث، ما عن المسالك، و اختاره المصنف قدس سره و هو وجوب اقل الامرين من المسمى و العوض الواقعى للعين.

وجه الاول انه فى الهبة المعوضه، لا- يجب على المتهم دفع العوض، غاية الامر مع بقاء العين للواهب الرجوع إذا لم يدفع المتهم العوض، ففى صورة التلف لا يجب عليه شىء، لا العوض المسمى كما هو واضح، و لا الواقعى لفرض انه هبة صحيحه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦١

لزم غرامه مثلها أو قيمتها، و لم يرد فى اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق.

و أما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع فاحتمال ان يكون المراد بالضمان فى قولهم يضمن بفاسده هو وجوب اداء العوض المسمى، نظير الضمان فى العقد الصحيح ضعيف فى الغايه لا لأن ضمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد، إذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه و ان كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضيه، نظير المعاطاة (١) على القول بالاباحه بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان و ان التدارك بالمسمى فى الصحيح

لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته، لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا في العبارة فافهم.

و وجه الثانى عموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقد- غاية الامر انه فى صورة وجود العين يكون المتهم مخيرا بين ردها و دفع المسمى- فإذا تعذر الاول للتلف تعين الثانى.

و وجه الثالث ان المتهم قبل التلف مخير بين دفع المشتراط ورد العين و إذا تلف يكون هذا الخيار باقيا لانه تعذر دفع العين يقوم بدلها مقامها فى الطرفية للتخير.

فيكون فى فرض التلف مخيرا بين دفع المشتراط و العوض الواقعى فالواجب عليه أى ما لا بد منه هو دفع اقل الامرين و تمام الكلام فى هذه المسألة موكول الى محله.

(١) قوله إذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة و ان كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضيه نظير المعاطاة.

و فيه ان معنى الفساد عدم امضاء الشارع لعوضيه كل منهما للآخر مطلقا، لا عدم امضائه لها فى زمان خاص، أو مع عدم الشرط المخصوص.

و عليه فتعين كل منهما للعوضيه، عند تلف احدهما، مناقض لفرض الفساد.

و انما يلتزم بذلك فى المعاطاة لما عرفت من انها صحيحة ممضاه، غاية الامر تكون مشروطة بشرط، و هو تلف احدهما فزمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦٢

ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الانواع (١) ليكون افراده مثل البيع، و الصلح و الإجارة و نحوها، لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، و إنما المقتضى له بعض اصنافه. فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به، دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف مثلا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه قد لا يفيد الا فائدة الهبة الغير المعوضة أو الابراء، فالموجب للضمان هو المشتتمل على المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان ايضا، و لا يلتفت الى ان نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا، فلا يضمن بفاسده و كذا الكلام فى الهبة المعوضة، و كذا عارية الذهب و الفضة.

نعم ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الذى استعاره المحرم، ان صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغى ان لا يضمن بفاسدها، و لعل المراد عارية غير الذهب و الفضة و غير المشروط ضمانها

(١) الجهة الثانية: فى ان عموم العقود هل هو انواعى، أو اصنافى، ام افرادى؟ ظاهر العموم و ان كان هو الأخير- كما هو الشأن فى كل طبيعة واقعة فى متلو اداة العموم كقوله عليه السلام كل شىء طاهر، أو كل مسكر حرام و ما شابههما.

الا ان ظاهر قولنا يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وجود الفردين فى ما هو الموضوع لهذا الحكم، و لو حمل العام على الأفرادى تعين حمل الصحيح على الفرض و التقدير فيقال: ان هذا البيع الفاسد لو كان صحيحا كان يضمن به، فكذلك فى هذا الفرض، و هو خلاف الظاهر.

فما احتمله صاحب الجواهر من كون العموم افراديا ضعيف.

فيدور الأمر بين كونه انواعيا أو اصنافيا.

و الأظهر هو الثانى، إذ لو كان انواعيا حيث انه قد يتفق فى نوع واحد، ما يضمن بصحيحه، و ما لا يضمن به، كالعارية: فان فى عارية

الذهب و الفضة ضمان دون عارية غيرهما، و كالصلح فانه ربما يكون معاوضيا، و ربما لا يكون كذلك فلا يفيد سوى الإبراء و التمليك المجاني، فالجامع بين القسمين لا محالة لا يكون موجبا للضمان،
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٣

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه (١) فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة اشكال كما لو استأجر اجارة فاسدة، و اشترط فيها ضمان العين. و قلنا بصحة هذا الشرط فهل يضمن بهذا الفاسد لأن صحيحه يضمن به و لو لأجل الشرط ام لا و كذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفسادها مطلقا تبعا لظاهر المسالك، و يمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل بناء على انها هبة مشروطة لا معاوضة.

و ربما يحتمل في العبارة ان يكون معناه ان كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد، و رتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط ان لا أجره كما اختاره الشهيدان أو باع بلا ثمن كما هو احد وجهي العلامة في القواعد، و يضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل صحيح و فاسد،

لا ما يفرض تارة صحيحا و اخرى فاسدا، فالمتمتع بمقتضى هذه القاعدة الضمان في مسألة البيع، لأن البيع الصحيح يضمن به نعم ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة بأنه اقدم على العين مضمونة عليه لا يجري في هذا الفرع لكن الكلام في معنى القاعدة لا في مدرتها.

فلا بد من البناء على عدم الضمان في الأفراد الفاسدة منه مطلقا و هو مما لا يمكن الالتزام به.
و ان شئت قلت: انه مع وجود القسمين في نوع فهل يتبع الفاسد ما يضمن بصحيحه، أو ما لا يضمن به.
و بعبارة ثالثة: ان ظاهر الجملة اتحاد القسمين في جميع ما يعتبر في الضمان و عدمه الا في الجهة الموجبة للفساد، فيتعين كون العموم اصنافيا.

(١) قوله ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه.
اورد عليه السيد قدس سره: بان العقد مع الشرط و مجردا عنه صنفان متغايران، و بعد ارادة الصنف من مدخول كل لا يبقى اشكال في ان المراد اعم من ان يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط.
و فيه: ان الشرط تارة يكون مؤثرا في اقتضاء العقد للضمان - و بعبارة اخرى:
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٤

ثم ان لفظ الباء في بصحيحه و بفساده. اما بمعنى (١) في بأن يراد كلما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده، و أما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان الا بعد القبض، كما في السلم و الصرف بل مطلق البيع حيث ان المبيع قبل القبض مضمون على البائع بمعنى ان دركه عليه و يتداركه برد الثمن فتأمل. و كذا الاجارة و النكاح و الخلع فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه الى ان يتسلمه من انتقل إليه. و أما العقد الفاسد فلا يكون علة تامة أبدا بل يفتقر في ثبوت الضمان الى القبض قبله لا ضمان،

فجعل الفاسد سببا. اما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان (٢)

يوجب ضمان متعلق العقد، كما في العارية المضمونة، فان الشرط يوجب صيرورة يد المستعير يد ضمان.

و اخرى لا يكون كذلك، بل يوجب الضمان في غير متعلق العقد كما لو استأجر اجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين و قلنا بصحة هذا الشرط، فان متعلق العقد هو المنفعة دون العين.

ففى الأول يتم ما ذكره المحشى و لا يتم فى الثانى كما لا يخفى.

(١) قوله ثم ان لفظه الباء فى بصحيحه و بفساده اما بمعنى فى.

هذه هى الجهة الثالثة: و هى فى بيان الباء فى بصحيحه و بفساده.

محتملات الباء فى المقام ثلاثة: السببية التامة، السببية الناقصة، الظرفية.

لا سبيل الى الالتزام بالأول، لأنه ربما لا يوجب العقد الصحيح الضمان الا بعد القبض كما فى باب الصرف و السلم، فيكون القبض جزء العلة.

و أما الثانى: فالالتزام به فى بصحيحه و ان كان لا بأس به الا انه لا يتم فى بفساده،

إذ فى العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد، و قد ذكر المصنف وجهين لسببية العقد الفاسد للضمان:

(٢) الاول ان العقد منشأ و سبب للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان، فهو سبب للسبب.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦٥

و أما لانه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض (١) و لذا علل الضمان الشيخ و غيره، بدخوله على ان يكون العين مضمونة عليه و لا

ريب انه دخوله على الضمان انما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب للضمان ما يقبضه و الغرض من ذلك كله، دفع ما يتوهم ان سبب

الضمان فى الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصحيح فى سببية الضمان و يقال: كلما يضمن بصحيحه

يضمن بفساده و قد ظهر من ذلك ايضا فساد توهم ان ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان فى الفاسد الى القبض فلا بد من تخصيص

القاعدة باجماع و نحوه، ثم ان المدرك لهذه الكلية (٢) على ما ذكره فى المسالك

وفيه: ان سبب السبب و ان كان سببا الا ان ذلك فيما إذا كانت السببية فى المورد من سنخ واحد تكوينية أو تشريعية، و أما إذا

كانت فى احدهما تكوينية و فى الآخر تشريعية فلا يصح هذا الاطلاق كما لا يخفى، و المقام كذلك، فان سببية العقد الفاسد للقبض

ليست تشريعية بخلاف سببية القبض للضمان. و ان شئت قلت: ان الظاهر من هذه الجملة ان السببية المترتبة من هذه القاعدة هى

الشرعية لا الخارجية.

(١) الثانى: ان العقد الفاسد سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

وفيه: ان الموجب للضمان هو القبض، و السببية المشار إليها من قبيل الوصف بحال المتعلق، فعلى هذا بما ان الظاهر بقرينة وحدة

السياق ارادة شىء واحد من كلمة الباء،

فيتعين حملها على ارادة الظرفية، كما فى قوله تعالى: (و لقد نصركم الله بيدرا) «١» و قوله:

(و نجيناهم بسحر) «٢» و غير ذلك من الاستعمالات.

مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

(٢) قوله ثم ان المدرك لهذه الكلية.

هذه هى الجهة الرابعة: و هى فى مدرك هذه القاعدة و قد ذكر له وجوه.

الأول: الإجماع.

وفيه: انه لو تم الإجماع حيث انه غير تعبدى لمعلومية مدرك المجمعين فلا يعتنى به.

(١) آل عمران، آية ١١٩.

(٢) القمر، آية ٣٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٦

فى مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل، هو اقدام الاخذ على الضمان (١) ثم اضاف الى ذلك قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما أخذت حتى تؤدى.

و الظاهر انه تبع فى استدلاله بالاقدام الشيخ فى المبسوط حيث علل الضمان فى موارد كثيرة من البيع و الاجارة الفاسدين بدخوله على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فإذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة، و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل لأنهما انما اقداما و تراضيا و توطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص (٢) لا الضمان بالمثل و القيمة و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية، حتى يتقوم بخصوصية اخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة ان ثبت، فحكم شرعى تابع لدليله

(١) الثانى: اقدام الاخذ على الضمان، و هو و ان دخل على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى، لكنه إذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة.

و اورد عليه المصنف قدس سره بايرادات:

(٢) منها: انهما انما اقداما على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة،

و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى. و اورد عليه المحقق الخراسانى قدس سره على ما نسب إليه: بانهما انما اقداما على اصل الضمان فى ضمن الأقدام على ضمان خاص، و الشارع انما لم يمض الضمان الخاص لا أصله.

وفيه: ان الأقدام الموضوع للأثر هو الأقدام القصدى لا القهرى، و معلوم ان ما تراضيا عليه و قصده هو الضمان بشىء خاص، و هذا لا ينحل الى التراضى بمطلق الضمان، و كونه بشىء خاص، فلا يكون الأقدام على الضمان بالمسمى اقداما على مطلق الضمان.

فالاولى: ان يورد على المصنف قدس سره: بان ما ذكره اخص من المدعى، إذ ربما يكون المسمى مقدارا كليا منطبقا على القيمة الواقعية، و ربما يكون المسمى هو القيمة الواقعية.

وفى هذين الموردين يكون المقدم عليه هو الذى يحكم بثبوتيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٧

و ليس مما اقدام عليه المتعاقدان. هذا كله مع ان مورد هذا التعليل اعم من وجه من المطلب إذ قد يكون الاقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض (١) و قد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان (٢) كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري و كما إذا قال بعتك بلا ثمن، أو أجرتك بلا اجرة، نعم قوى الشهدان فى الأخير عدم الضمان و استشكل العلامة فى مثال البيع فى باب السلم. و بالجملة فدليل الاقدام مع انه مطلب يحتاج الى دليل لم نحصله منقوض طردا و عكسا.

(١) و منها: انه ربما يكون الاقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض.

وفيه: ان الضمان فى الصحيح ضمان المسمى، و هو متحقق قبل القبض، و انما يكون التلف من مال بائعه لما دل على ذلك من جهة

انفساخ العقد بالتلف أو من جهة الشرط الارتكازي الضمني، و هو ضمان البائع لو تلف المال قبل قبضه. و على اى تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود.

(٢) و منها: انه ربما لا يكون الاقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا قال بعتك بلا ثمن، و كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري.

و لكن يرد على النقض الأول: ان المنشأ لهذا البيع لا يتمكن من قصد حقيقة البيع الا بان يقصد ذلك بقوله بعتك، و قوله بلا ثمن يكون اسقاطا للعرض و ابراء الذمة المشتري،

فان قوام البيع و حقيقته انما يكون بجعل المال بازاء الثمن، فيكون هذا الكلام من الأغلاط و ذكر المتناقضين، و ان قصد البيع بقوله بعتك خاصة فقد أقدم على الضمان، و ان قصد به التمليك فهو هبة، إذ التمليك بلا عوض هو الهبة. و عليه فان صح انشاء عقد بالألفاظ الموضوعه لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة، و الاففاسدة، فعلى جميع التقادير لا يصح هذا النقض.

و يرد على الثانى: ان الأقدام على الضمان المعاوضى موجود، و كذلك الضمان،

غاية الأمر هناك شرط لضمان البائع المبيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦٨

و أما خبر اليد فدلالته و ان كانت ظاهرة و سنده منجبرا (١) الا ان مورده مختص بالاعيان فلا يشمل المنافع و الاعمال المضمونه فى الاجارة الفاسدة. (٢)

و منها: انه لا دليل على سببية الأقدام للضمان، و هذا هو الحق فى الجواب عن هذا الدليل.

(١) الثالث: خبر على اليد المتقدم، و قد تقدم ان ضعف سنده منجبر بالشهرة و دلالته على الضمان ظاهرة.

(٢) و اورد عليه: بان مورده مختص بالاعيان و لا يشمل المنافع و الاعمال المضمونه فى الاجارة الفاسدة.

وجه الاختصاص بها امران.

احدهما: ما افاده المصنف فى الأمر الثالث، و هو عدم صدق الأخذ بالإضافة الى المنافع.

و فيه: انه ليس المراد بالأخذ الأخذ بالجرحه الخاصة، و الا لزم عدم شمول الخبر لجملة من الأعيان كالدار و العقار، فلا محالة يكون الأخذ كناية عن الاستيلاء على الشئ، و التعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازما غالبا له، و الأخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع، إذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين،

و ان لم يستوف المنفعة و لم تكن العين مضمونه، فان المنفعة هى قابلية العين للركوب و للسكنى مثلا، و هذه القابلية من مراتب وجود العين، و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها، و منها القابلية للانتفاع.

ثانيهما: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، و هو عدم صدق التأديه فى المنافع، فان الظاهر قوله حتى تؤدى كون عهده المأخوذ باداء نفس المأخوذ، و المنافع لتدرجها فى الوجود لا أداء لها بعد أخذها فى حد ذاتها.

و لا يمكن دفعه بان المنفعة و ان كانت تدريجية الوجود الا انها واحدة وجودا فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد و الأداء باداء طرفه الآخر، لأن المقصود اثبات ضمان المنافع، و هذا التقريب يوجب عدم الضمان بعد رد العين كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦٩

اللهم الا ان يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم (١)

و انه لا يحل الا عن طيب نفسه، و ان حرمة ماله كحرمة دمه و انه لا يصلح ذهاب حق احد

كما انه لا يفيد جعل الغاية محددة للموضوع فيدل الخبر على ضمان المأخوذ غير المؤدى، إذ الظاهر منه ما كان من شأنه ان يؤدي بعد اخذه.

وفيه: ان الغاية في الخبر ليست اداء شخص ما اخذ و الا بقى الضمان في صورة التلف و اداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص، بل المراد منها اعم من اداء الشخص و اداء العوض غاية الأمر يكون بنحو الطولية، فإذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان الا باداء شخصها، و في صورة التلف يرتفع باداء عوضها، و المنافع و ان لم يمكن ردها الا انه يمكن رد عوضها.

هذا كله مضافا الى انه يمكن ان يقال: انه و ان اختص مورد الخبر بالأعيان و لا يشمل المنافع، الا ان اخذ العين له احكام منها ضمان منافعها.

فتحصل: ان الأظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع.

(١) الرابع: قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه. «١» و قوله صلى الله عليه و آله: حرمة ماله كحرمة دمه «٢». و قوله: لا يصلح ذهاب حق احد. «٣» و تقريب دلالة حديث لا يحل: ان الحلال هو ما لا تبعه له، فإذا نسب الى الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه، فيستفاد منه الحلية التكليفية. و إذا نسب الى المال كما في المقام كان معناه ما لا خسارة من قبله، فمعنى لا يحل في المقام انه مع عدم رضا المالك يكون المال مما له تبعه و خسارة و عوض.

وفيه: اولاً: ان ظاهر هذا التركيب في نفسه ارادة الحلية التكليفية، و يقدر التصرف

(١) بمضمونه اخبار- في الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى- و المستدرک ج ١، ص ٢١٢- و فروع الكافي ج ١- ص ٢٢٦- و الاحتجاج ص ٢٦٧.

(٢) الوسائل- باب ٣- من ابواب القصاص في النفس حديث ٣.

(٣) الوسائل- باب ٤٠- من ابواب كتاب الشهادات حديث ١ و ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٠

...

كما في نظائر المقام، كقوله تعالى: (حرمت عليكم امهاتكم) «١» و قوله عز و جل: (احل لكم الطيبات «٢» و غيرهما.

و ثانياً: ان حمل الحلية على الوضعية لا- يلائم مع حرف المجاوزة في قوله الا عن طيب نفسه، فان ظاهره صدور شيء عن الطيب، فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا.

و ثالثاً: ان الحديث لو دل على الضمان فانما هو بالنسبة الى المنفعة التي استوفيت،

و لا يدل على الضمان في المنافع غير المستوفاة، و العمل الصادر من الأجير بالإجارة الفاسدة من دون تسيب من المستأجر، فانها غير مربوطة بالمستأجر حتى يشملها الحديث الشريف.

و رابعاً: انه لا يشمل عمل الحر بناء على ما تقدم منه في اول كتاب البيع من التأمل في صدق المال عليه.

و أما حديث حرمة ماله كحرمة دمه فتقريب الاستدلال به: ان الحرمة انما نسبت الى المال، و ظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال، و احترامه كذلك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله ماليه بتداركها، فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه، فرعاية ماليته رده اورد عوضه لو تلف.

وفيه: اولاً: ان ظاهر الخبر- و لو بقرينة السياق- ارادة الحرمة التكليفية منه، فان قبله هكذا: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و اكل لحمة من معصية الله فيكون المراد من حرمة ماله- بواسطة تنظيره بحرمة دمه- شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر.

و ثانيا: انه ايضا لا يشمل المنافع غير المستوفاه و العمل الصادر من الأجير غير العائد نفعه الى المستأجر.
و ثالثا: ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية مالكيته،

(١) النساء، ٣٣.

(٢) المائدة، ٤.

منهاج الفقه (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧١

مضافا الى ادلة نفي الضرر (١) فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيله لغرضه، فلا بد من اداء عوضه لقاء عديته الاحترام و نفي الضرر. ثم انه لا يبعد ان يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالاقدام و الدخول عليه بيان ان العين و المنفعة اللذين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجانا و تبرعا حتى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرع به و العين المدفوعة مجانا أو امانة، فليس دليل الاقدام دليلا مستقلا بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الاموال و احترام الاعمال. نعم في المسالك ذكر كلا من الاقدام و اليد دليلا مستقلا فيبقى عليه ما ذكر سابقا من النقص و الاعتراض.

و هي لا تقتضى ازيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه، لا تداركه لو تلف.

و رابعا: انه لا يشمل عمل الحر بناء على عدم كونه مالا.

و أما حديث لا يصلح ذهاب حق احد فهو لا يدل على الضمان، لأن الكلام انما هو في ثبوت الحق في المقام، و الحكم لا يصلح لإثبات موضوعه.

(١) الخامس: قاعدة نفي الضرر، بدعوى ان حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضررى على المالك فينتفى لحديث نفي الضرر «١»، فيحكم بالضمان.

و لكن بعد تسليم المبنيين اللذين بنى عليهما المصنف قدس سره في محله، و عليهما يبنى الاستدلال في المقام.

احدهما: ان المنفى بحديث لا ضرر ليس خصوص الأحكام الوجودية المجعولة،

بل كل ما هو من الإسلام وجوديا كان أو عدميا.

ثانيهما: ان مدلول حديث لا ضرر نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، كان الضرر ناشئا من متعلقه ام كان ناشئا من نفسه، كلزوم البيع الغبني.

انه لا يصح الاستدلال به في المقام من جهة ان حديث لا ضرر انما يدل على نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، و ان الضرر يكون منقيا في عالم التشريع،

(١) الوسائل - باب ١٢ و ٧ - من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٥ - من ابواب كتاب الشفعة و باب ١ من ابواب موانع الارث و غيرها من كتب الحديث.

منهاج الفقه (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٢

و يبقى الكلام حينئذ في بعض الاعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها الى الضامن و لم يقع بأمره كالمسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ و المحقق و غيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل، خلافا لآخرين و وجهه ان عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر و لم يقع بأمره ايضا، فاحترام الاموال التي منه الاعمال لا يقضى بضمان الشخص له و وجوب عوضه عليه لأنه ليس كالمستوفى له، و لذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة حيث انه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل و تمام الكلام في بابه.

ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض (١) و توهم ان الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه و المفروض ان القابض جاهل مدفوع، باطلاق النص و الفتوى، و ليس الجاهل مغرورا لأنه اقدم على الضمان قاصدا و تسليط الدافع العالم لا يجعلها امانة مالكية لأنه دفعه على انه ملك المدفوع إليه لا انه امانة عنده أو عارية. و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به و سيأتي تنمته ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري هذا كله في اصل الكلية المذكورة.

و لا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي، فلو تضرر احد في تجارته مثلا لا يجب على المسلمين تدارك ضرره، و هذا من الواضح بمكان.

و في المقام إذا حكم الشارع بالضمان فهو انما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفي الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك.

مع ان الحديث لو كان مثبتا للزوم التدارك لما كان وجه للالتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم انتفاعه به و لا إتلافه، فليكن سد ضرره من بيت المال المسلمين.

فالأظهر ان قاعدة نفي الضرر ايضا لا تفي باثبات المطلب. فالعمدة حديث اليد،

و هو انما يختص بالأعيان و المنافع، و لا يشمل مثل عمل الحر كما لا يخفى.

(١) قوله لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض.

الصور المتصورة اربع: علمهما بالفساد، و جهلها به، و علم الدافع مع جهل القابض، و العكس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٣

و أما عكسها: و هو ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده (١) فمعناه ان كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده بفساده لا يفيد ضمانا، كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية الغير المضمونة، بل المضمونة بناء على أن المراد بإفادته الصحيح للضمان افادته بنفسه لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة،

و الأشكال انما هو في صورتين منها، و هما: علم الدافع و جهل القابض، و علمهما به. و في الصورة الاولى منهما اشكال آخر مختص بها.

اما الأشكال المشترك فهو: ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة يكون دفعه تسليطا و امانة مالكية.

و فيه: انه يمكن ان يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذي بني عليه تشريعا.

و بعبارة اخرى: بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث في المقام.

و أما إذا سلطه مجانا فلا كلام في عدم الضمان.

و أما الأشكال المختص فهو: ان الدافع إذا كان عالما بالفساد و القابض جاهلا به لا محالة يكون الدافع غارا و القابض مغرورا، فلا يكون ضامنا لقاعدة الغرور.

و فيه: ان القابض انما قبضه لا مجانا بل مع العوض و اقدم على ذلك، فلا يكون مغرورا.

قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

(١) المقام الثاني: في عكس القاعدة، و هو: ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

و الكلام فيه فى مواضع:

الأول: ان الكلام فى مواد القضية هو ما تقدم فى اصل القضية، الا انه يشهد لعدم ارادة السببية من لفظه الباء فى هذه القاعدة انها لو كانت للسببية. لم تجد هذه القضية
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٧٤

...

للحكم بعدم الضمان فى شىء من الموارد، إذ هى انما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان، و لا ينافى ذلك اقتضاء اليد أو غيرها للضمان، فالمتعين حملها على ارادة الظرفية.

الثانى: فى مدرك هذه القاعدة. فعن الشيخ فى المبسوط: الاستدلال لها: بان الضمان لا بد و ان يكون لأقدام الاخذ، أو لحكم الشارع به، و العقد الصحيح الذى ليس فيه اقدام على الضمان و لا حكم الشارع به فيه فالفساد منه ايضا كذلك فانه ليس فيه اقدام، و لا حكم للشارع فيه.

اما الأول: فواضح.

و أما الثانى: فلأن حكمه به مع عدم التعبد الشرعى الخاص به لا بد و ان يكون من جهة امضاء ما يقتضى الضمان المفقود فى المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع.

و لكن هذا الاستدلال مبنى على مسلكه فى الضمان فى فاسد العقود التى يضمن بصحيحها من التمسك بقاعدة الاقدام.

و أما بناء على كون المدرك حديث على اليد فهذا الاستدلال اجنبى عن المقام.

و ظاهر كلام شيخ الطائفة هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح و الفاسد، و قوله فكيف بفساده اريد به التعجب، إذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول.

لا بالاولوية كما فهمه المصنف قدس سره.

ثم على فرض ارادته الاولوية، مراده اولوية الفاسد بعدم الضمان من صحيحه لا اولوية فاسد ما لا يضمن بصحيحه من فاسد ما يضمن بصحيحه كما هو ظاهر توجيه المصنف قدس سره.

و قد استدلل المصنف قدس سره فيما سيأتى من كلامه على عدم الضمان فى غير التمليك بلا عوض - اعنى الهبة - فى مقابل اليد المقتضية له: بعموم ما دل على ان من استأمنه المالك على ماله غير ضامن، بل ليس له ان يتهمه. (١)

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب الوديعه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٧٥

...

و حاصله: ان حقيقة الاستئمان المالكى هى التسليط عن الرضا مجانا الموجود فى فاسد العقود التى لا يضمن بصحيحها.

و استدلل له فى الهبة بفحوى ما دل على خروج صورة الاستئمان «١»، فان استئمان

المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق اولى.

و لمن تأخر عنه فى كل من الموردين كلام.

اما المورد الأول: فاورد عليه المحقق الايروانى: بان تسليط المالك ان وقع بزعم صحة المعاملة و مقيدا بها ثم ظهر عدم الصحة لم

يكن هناك واقعا تسليط منه، فكانت اليد باقية تحت عموم على اليد القاضية بالضمان. وفيه: ان حقيقة الاستئمان كما عرفت هي التسليط عن الرضا، وحيث ان دفع ما وقع عليه العقد في هذه الموارد ليس عن اللابدية فلا محالة يكون دفعه المال تسليطا عن الرضا، و ان وقع باعتقاد صحة المعاملة. و أما المورد الثاني: فقد اورد عليه المحقق الخراساني: بان الاولوية انما تكون فيما إذا لم يكن هناك اتلاف، و الا فالضمان ثابت في الأصل، مع انه في المقبوض بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقا. و لكن: الظاهر ان مراد المصنف قدس سره انه في الأصل انما يحكم بعدم الضمان من جهة ان اليد مأذونه و المالك سلطها عن الرضا، غاية الأمر بما انه في تلك الموارد لا إذن و لا رضا في التصرف المتلف، فيلحق ذلك التصرف حكمه، و هذا بخلاف الهبة، فانه في ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف حتى المتلف منه. و وجه الاولوية انه في تلك الموارد انما يكون هو التسليط عن الرضا، و في الهبة يكون ذلك بزيادة قطع اضافة الملكية عن نفسه و وصلها بالموهوب له.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٦

ثم ان مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا، لان صحيح الاجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به في القواعد و التحرير. و حكى عن التذكرة و اطلاق الباقي الا- ان صريح الرياض الحكم بالضمان، و حكى فيها عن بعض نسبه الى المفهوم من كلمات الاصحاب (١)

فتحصل: ان ما افاده الشيخ قدس سره حق لا ريب فيه.

و يمكن ان يستدل على عدم الضمان في العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه بوجهين آخرين. احدهما: السيرة العقلانية على عدم الضمان في العقود المتضمنة للتسليط المجاني، و هي تخصص قاعدة اليد، و لا تصلح هي ان تكون رادعة عنه بعمومها كما حقق في الأصول.

الثاني: انصراف الحديث عن اليد المستندة الى التسليط المجاني، و لعل وجهه ان قاعدة اليد انما تكون عقلانية ممضاء شرعا لا تعبدية صرفة، و هي انما تكون لأجل احترام المال، و لا ريب في سقوط احترام المال بتسليط المالك غيره عليه مجانا. فإذا لا ينبغي التوقف في عموم هذه القاعدة.

نعم يختص ذلك بما إذا كان التسليط المشار إليه باقيا الى حين التلف أو الإتلاف،

فلو وهب ماله لذي رحمه بهبة فاسدة و اعتقد صحتها و لم يكن راضيا ببقاء الموهوب تحت يده و لا يسترده لاعتقاد لزومها، لا إشكال في الضمان في صورة التلف و الإتلاف لعموم قاعدة اليد و الإتلاف و عدم المخصص.

الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها

الثالث: في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة اصلا و عكسا فيها:

(١) منها: ضمان العين المستأجرة، فان الاجارة الصحيحة لا توجب ضمانها، مع ان المنسوب الى الاصحاب ان فاسدها يوجب الضمان. الكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في انه على فرض ثبوت الضمان هل يكون ذلك نقضا لعكس القاعدة ام لا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٧

و الظاهر ان المحكى عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة، و ما ابعده ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب الغصب: ان الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة، و الذي ينساق إليه النظر هو الضمان لأن التصرف فيه حرام لأنه غصب فيضمنه، ثم قال: الا ان كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها. مناف لذلك، فيقال انه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و ان لم يكن مستحقا و الاصل براءة الذمة من الضمان فلا يكون العين بذلك مضمونة و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأن استيلائه بغير حق و هو باطل انتهى.

و لعل الحكم بالضمان في المسألة اما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن، لأن المراد بالمضمون مورد العقد و مورد العقد في الاجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها الى القواعد. (١)

الثاني: في انه هل الضمان ثابت ام لا؟ اما الأول: فقد افاد المصنف قدس سره في وجه عدم كونه نقضا.

(١) بان المراد بالمضمون مورد العقد، و مورده في الاجارة المنفعة، و العين في حكمها يرجع الى القواعد.

فإذا اقتضت ضمانها لا يكون ذلك نقضا لها.

و اورد عليه المحقق الخراساني قدس سره: بان حقيقة الاجارة جعل العين في الكراء و ملك المنفعة لازمها الغالبى، و الا فربما تقتضى ملك العين كاجارة الشاة فانها تقتضى ملك لبنها، فمورد عقد الاجارة، هو العين لا المنفعة.

و لكن يمكن دفعه: بان كون مورد العقد هو العين أو المنفعة اجنبى عما هو الميزان و الملاك للقاعدة، فان الضابط، هو ان العقد الصحيح إذا اوجب الضمان المعاوضى ففي الفاسد منه ضمان الغرامة، و إذا لم يكن في صحيحه الضمان من ناحية العقد ففي فاسده ايضا لا ضمان، و الاجارة انما توجب الضمان بالإضافة الى المنفعة، و ان كان مورد العقد العين، و لا نظر لها الى العين، و لا تكون مقتضية بالقياس إليها اثباتا و نفيًا. و عليه فما افاده المصنف قدس سره متين.

و أما المورد الثاني: فقد اختلفت كلماتهم فيه، و ملخص القول فيه: انه في الموارد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٨

و حيث كانت في صحيح الاجارة امانة مأذونا فيها شرعا، و من طرف المالك لم يكن فيه ضمان. و أما في فاسدها فدفعت المؤجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيه و المفروض عدم الاستحقاق فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان. (١) و أما (لأن) قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد (٢)

و الاقوى عدم الضمان فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة و لا متخصصة، ثم انه يشكل اطراد القاعدة في موارد

التي لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة حيث انه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها و هي الركوب على استيلائه لامكان كون المالك هو السائق لا يكون ضمان، إذ بعد ما لا ملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا، فتكون العين امانة مالكية لما تقدم من ان حقيقة الاستئمان المالكى التسليط عن الرضا.

و أما في الموارد التي يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط، فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال في عدم الضمان ايضا من جهة الأمانة المالكية، و ان لم يكن باقيا فيمكن ان يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متبانيان على عدم ضمان العين لكون الاجارة مبنية على عدم الضمان، و مع هذا التبانى و اسقاط المالك احترام ماله لا تكون العين مشمولة لحديث اليد لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد. فإذا لا دليل على الضمان و الأصل عدمه، بل يمكن

الاستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك.

فالأظهر عدم الضمان على جميع التقادير.

و قد استدل للضمان بوجهين ذكرهما المصنف قدس سره في المتن الأول.

(١) ان دفع المؤجر للعين انما هو للبناء على استحقات المستأجر لها لحق الانتفاع منه، و المفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان.

و فيه: ما عرفت من انه في بعض الموارد تكون يده يد امانية لا عدوانية، و في بعضها الآخر لا تقتضى الضمان لانصراف حديث اليد و بناء العقلاء.

و بذلك كله يظهر الجواب عن الوجه الثاني.

(٢) و هو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٩

منها الصيد الذي استعاره المحرم من المحل (١) بناء على فساد العارية فانهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع ان صحيح العارية لا يضمن به، و لذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديرى الصحة و الفساد. الا ان يقال ان وجه ضمانه بعد البناء على انه يجب على المحرم ارساله و اداء قيمته.

(١) و منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية فان المنسوب إليهم ضمان المحرم بالقيمة، مع ان صحيح العارية لا يضمن به.

لا بد اولاً من الإشارة الإجمالية الى حكم المسألة.

ثم ملاحظة انه هل يكون نقضا على القاعدة. ام لا.

اما الجهة الأولى: فمجمل القول فيها: انه ان قلنا بعدم حرمة امسك الصيد للمحرم و ان المحرم هو حدوث ذلك لا إبقاؤه، فلا اشكال في صحة العارية و عدم الضمان الا مع الإلتلاف، و الا فبناء على وجوب رده الى مالكة تقديماً لحق المخلوق على حق الخالق أو مع الفداء جمعاً بين الحقين، فلا- وجه للضمان، لأن العارية بنفسها لا تقتضيه من جهة الاستئمان المالكى، و المفروض عدم وجوب الإرسال، فلا يتوهم الضمان من ناحيته.

و أما ان قلنا بوجوب الإرسال فلا كلام في الضمان.

و كذا بعد الإرسال إذا عد تلفاً عرفاً.

و أما قبله فقد نسب الى المشهور الضمان من حين وجوب الإرسال.

و استدل له بوجهين.

الأول: ان وجوب ارسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكة بالعارية و الا لزم التصرف في مال الغير من غير اذنه، فيشمله ما دل على ان من اتلف مال الغير فهو له ضامن. إذ لا فرق في هذه الكبرى الكلية بين اتلاف العين و اتلاف ملكيتها مع بقائها، فتكون القيمة ثابتة من حين العارية. و لعله الى هذا نظر المصنف قدس سره حيث قال.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٠

ان المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين (١) فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف،

(١) ان المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف.
و في كل من الصغرى و الكبرى نظر:

اما الاولى: فلأن التمسك باصالة العموم انما هو فيما إذا احرز الفردية للعام و شك في شمول حكمه له، كما لو علم عالمية زيد و شك في وجوب اكرامه، فيتمسك بعموم اكرم العلماء لوجوبه.

و أما لو احرز الحكم و شك في فرديته للعام، كما لو علم عدم وجوب اكرام زيد و شك في انه عالم فيكون عموم اكرم العلماء مخصصا، أو غير عالم، فليس هناك تخصيص، فلا مجال للتمسك باصالة العموم، و الحكم بعدم الفردية كما حقق في محله، و التمسك بعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه في المقام، انما يكون من قبيل الثانى كما لا يخفى، فلا مورد للتمسك به.

مع انه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر، و هو ما دل على ان اختيار المال بيد مالكة و انه مسلط عليه، و هذا يناهى مع خروجه عن ملكه قهرا.

مضافا الى ان لازم هذا انه لو عصى و رده المحرم الى مالكة يكون الضمان باقيا، مع ان الأصحاب افتوا ببراءة ذمته في هذا الفرض. و اضيف الى ذلك كله ان المعير في صورة العلم دخيل في التلف، فان التلف بهذا المعنى اثر فعلهما معا، و معه لا وجه للحكم بضمان المستعير كما هو واضح.

و أما الثانية: فلأن الدليل انما دل على ان اتلاف مال الغير موجب للضمان، و أما اتلاف الملكية و ازالة العلقة فلم يدل دليل على انه موجب للضمان.

الوجه الثانى: ان من اسباب الضمان الحيلولة بين المال و مالكة، و هي كما تتحقق بعدم تمكنه عقلا من التصرف فيه، كذلك تتحقق بعدم تمكنه شرعا. و في المقام على

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٨١

و يشكل اطراد القاعدة ايضا في البيع فاسدا بالنسبة الى المنافع التى لم يستوفها، فإن هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح مع انها مضمونة فى العقد الفاسد (١) الا ان يقال ان ضمان العين يستتبع ضمان المنافع فى العقد الصحيح و الفاسد.

تقدير وجوب الإرسال لا يتمكن المستعير من رده إليه شرعا، و معه يكون مقتضى قاعدة الحيلولة الضمان.

وفيه: ان المالك متمكن عقلا و شرعا من الاسترداد، و انما لا يتمكن المستعير من الرد، و هذا ليس موردا للقاعدة. مع ان دفع بدل الحيلولة انما هو من احكام العين المضمونة و لا يكون عدم التمكن من الأداء بنفسه من المضمنات، و معلوم ان يد المستعير يد مأذونة غير موجبة للضمان، مضافا الى ان المالك مع علمه بنفسه دخيل فى ذلك، فلا وجه لضمان المستعير. و هناك وجوه اخر بينة الفساد. فالأظهر عدم الضمان قبل الإرسال كما عن العلامة قدس سره و غيره.

و أما الجهة الثانية: فان بنينا على عدم الضمان فلا كلام، و ان بنينا على الضمان فحيث ان مدركه صدق الإلتلاف فعدم ورود النقص واضح، فانه انما يصح النقص إذا حكم به مع صدق التلف دون الإلتلاف، إذ فى صورة الإلتلاف فى صحيح العارية ايضا يكون الضمان ثابتا.

(١) و منها: ضمان المنافع غير المستوفاة فى البيع الفاسد، مع انها غير مضمونة فى البيع الصحيح. هكذا ذكر المصنف قدس سره هذا النقص.

و لكن يرد عليه: اولاً: ما سيأتي منه قده من نقل الأقوال الخمسة في ضمان المنافع التي لم يستوفها المشتري في الأمر الثالث، فليس الحكم بالضمان مسلماً.

و ثانياً: ان التخصيص بغير المستوفاه لا وجه له، فان المستوفاه ايضاً مضمون بها في الفاسد دون الصحيح.

فان قيل: ان وجه الضمان فيها انما هو الإتلاف، و مورد القاعدة هو التلف.

توجه عليه: انه لا فرق بينهما، فان الإتلاف يصدق بالنسبة الى غير المستوفاه ايضاً بامساك العين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٢

و فيه: نظر لان نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح (١) لان الثمن انما هو بازاء العين دون المنافع، و يمكن نقض القاعدة ايضاً: بحمل المبيع فاسداً (٢) على ما صرح به في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير من كونه مضموناً على المشتري خلافاً للشهيدين، و المحقق الثاني و بعض آخر، تبعاً للعلامة في القواعد مع ان الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على انه للبائع و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع و حينئذ لا نقض على القاعدة (٣)

و كيف كان: فالكلام في المقام انما هو في انه على فرض الحكم بالضمان هل يكون ذلك نقضاً على عكس القاعدة ام لا؟

(١) و المصنف قدس سره سلم ورود النقض من جهة ان المنفعة غير مضمونة في العقد الصحيح، لأن الثمن انما هو بازاء العين دون المنفعة.

و اورد عليه السيد قدس سره: بان المنافع و ان لم تكن مقابلة بالمال الا انها ملحوظة في القيمة و زيادة الثمن، و هذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة.

و فيه: ان الميزان ان كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين، و ان كان على عالم الصورة لم يندفع الأشكال بذلك.

و ان شئت قلت: انه لا ريب في ان المال في البيع ليس بازاء المنفعة و ان كانت هي الداعية لجعل المال في مقابل العين، و لذا لو فسخ البيع و كان المشتري مستوفياً لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها يرد جميع الثمن، و لا يلاحظ شيء منه في قبال المنفعة، و عليه فلا يتم هذا الجواب.

و الصحيح في وجه عدم ورود النقض ان يقال: ان حكم المنفعة في البيع حكم العين في الإجارة، و هي لكونها خارجة عن مورد العقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد لا- يكون نقضاً على القاعدة، مع انه ستعرف انه يمكن ان يقال: ان القاعدة انما هي في مورد التلف، و المنافع التي يحكم بضمانها انما هي في صورة الإتلاف من جهة امساك العين.

(٢) و منها: حمل البيع فاسداً، فانه غير مضمون في الصحيح، مع انه مضمون في البيع الفاسد.

(٣) و المصنف قدس سره اجاب عنه: بانه يمكن ان يكون القول بالضمان في صورة الاشرط- اي جعل الحمل جزءاً من المبيع- و حينئذ لا نقض على القاعدة، فان في صحيحه ايضاً الضمان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٣

و يمكن النقض ايضاً بالشركة الفاسدة (١) بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجباً للضمان. ثم أن مبنى هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الاولوية. و حاصلها أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده.

و توضيحه ان الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع امضاء الشارع له،

فالفساد الذي هو بمنزلة العدم لا- يؤثر في الضمان لأن اثر الضمان. اما من الاقدام على الضمان و المفروض عدمه، و الا لضمن بصحيحه.

و أما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض انها لا تؤثر شيئاً. و وجه الأولوية ان الصحيح إذا كان مفيداً للضمان امكن ان يقال ان الضمان من مقتضيات الصحيح فلا يجرى في الفاسد، لكونه لغواً غير مؤثر على ما سبق تقريبه من انه اقدم على ضمان خاص، و الشارع لم يمهضه، فيرتفع اصل الضمان لكن يخدمها انه يجوز ان يكون صحة الرهن و الاجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعاً مؤثرة في رفع الضمان بخلاف الفاسد

و فيه: انه لا نقض على القاعدة و ان قيل بالضمان في صورة عدم الاشتراط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة و العقد بالنسبة إليه لا اقتضاء.

ثم ان الأظهر هو عدم الضمان من جهة ان اقدامه على البيع الملازم للتسليط على الحمل بناء من المتعاقدين على عدم الضمان بالقياس الى الحمل و كونه امانة مالكية، فلا يشمل حديث على اليد كما تقدم. و تمام الكلام في محله.

(١) و منها: الشركة الفاسدة بناء على انه لا يجوز التصرف بها، فانهم حكموا بضمان ما اخذه احد الشريكين عدواناً.

و فيه: ان عقد الشركة بنفسه لا- يوجب جواز التصرف كي يقال انه في صورة الفساد لا يجوز، فيكون المتصرف ضامناً، بل هو انما يكون في صورة الأذن في التصرف، و عليه فلا فرق بين الصحيح و الفاسد في عدم الضمان، إذ لو اقتضى الأذن عدم الضمان في الصحيح اقتضاه في الفاسد ايضاً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٤

الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين، فلا اولوية.

فإن قلت ان الفاسد و ان لم يكن له دخل في الضمان، الا ان مقتضى عموم على اليد هو الضمان خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض، و بقي الباقي. قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، و هي عموم ما دل على ان من لم يضمنه المالك سواء ملكه اياه بغير عوض، أو سلطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه أو دفعه إليه لاستيفاء حقه أو العمل فيه بلا- اجرة أو معها، أو غير ذلك فهو غير ضامن. اما في غير التملك بلا عوض، اعني الهبة فالدليل المخصص لقاعدة الضمان عموم ما دل على ان من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتهمه. اما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد، بفحوى ما دل على خروج مورد (صورة) الاستئمان. فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق اولي،

و التقييد بالمجانة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات فإنه عين التضمين فحاصل ادلة عدم ضمان المستأمن ان من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي اعني المثل و القيمة، و لا جعلي فليس عليه ضمان.

الثاني: من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فوراً الى المالك. (١)

و الظاهر انه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه، كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح في التذكرة كما عن جامع المقاصد: ان مؤنة الرد

يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكة فوراً

(١) الثاني من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فوراً.

و الكلام في هذا الأمر يقع في جهات:

الأولى: في مدرك وجوب الرد، و قد استدلل له بوجوه:

الأول: الإجماع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٥

على المشتري لوجوب ما لا يتم الرد الا به، و اطلاقه يشمل ما لو كان في رده مئونة كثيرة إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفى الضرر، و يدل عليه أن الامساك آنا ما تصرف في مال الغير بغير اذنه، فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه لا يجوز لأحد ان يتصرف في مال غيره الا باذنه (١) و لو نوقش في كون الامساك تصرفا (٢) كفى عموم قوله صلى الله عليه و آله لا يحل مال امرء مسلم لآخيه الا عن طيب نفسه (٣)

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(١) الثاني: التوقيع المروي عن الاحتجاج: لا- يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره الا- باذنه. «١» بتقريب: ان الامساك و لو آنا ما تصرف في مال الغير بلا رضا منه، فلا يجوز فيجب الرد.

و اورد عليه: بان التصرف من الصرف، فالمراد به التقلب و التقلب، و لا يصدق ذلك على مجرد الامساك.

(٢) و الظاهر من الكتاب تردد المصنف قدس سره في تمامية هذا الايراد.

و لكن عدم تمامية الاستدلال به واضح، إذ لو كان الامساك تصرفا لما دل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد الا بناء على مقدمة ترك الضد لوجود ضده، و المراد بالضدين في المقام ما يعم المتماثلين اى ما لا يجتمعان، و وجوب نقيض الحرام، فانه حينئذ يكون الرد ضدا للإمساك، فإذا حرم الامساك حرم ترك الرد لحرمة ذى المقدمه و هو الامساك، و إذا حرم الترك وجب الفعل، و في كلتا المقدمتين نظر بل منع، و عليه فلا يدل هذا الخبر على وجوب الرد.

(٣) الثالث: موثق سماعه عن مولانا الصادق عليه السلام في حديث عن رسول الله صلى الله عليه و آله:

من كانت عنده امانه فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيبه نفس منه. «٢»

(١) الاحتجاج ص ٢٦٧- عن الاسدى العمري عنه عليه السلام.

(٢) الوسائل- باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٦

حيث يدل على تحريم جميع الافعال المتعلقة به التي منها كونه في يده

و لا يرد على هذا الحديث الايراد الأول على الخبر المتقدم، حيث ان حذف المتعلق يفيد العموم فيدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلا اذنه، الا ان الأشكال الثاني يرد عليه.

لا يقال: ان ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر في وجوب الرد.

فانه يرد: بان ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل.

فالحق ان يستدل له: بانه المستفاد من النصوص المتفرقة. ففي صحيح البنظي الوارد في اللقطة: و ان جاءك طالب لا تهتمه رده عليه. و في صدره في الطير الذي يعرف صاحبه قال عليه السلام: إذا عرف صاحبه رده إليه «١». و غير ذلك من النصوص.

فان المستفاد منها لا سيما بعد ملاحظة الآية الشريفة الواردة في الأمانات إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا «٢» و تسالم الأصحاب على هذا الحكم، و وجوب رد مال الغير الى صاحبه.

الثانية: في معنى الرد و الأداء، و انه هل يكون مجرد اعلام المالك بذلك و التخليه بينه و بين ماله، ام هو حمله إليه و اقباضه منه، ام

كل من الأمرين مصداق للأداء و الرد، ام يكون ذلك فى الأمانة بالتخليه و فى غيرها بالإقباض من المالك كما لعله المشهور؟ اقوال.
الأظهر هو الأخير، فان حقيقة الرد و الأداء ايصال الشىء الى محله، و حينئذ إذا كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا بالتخليه بينه
و بين مالكة، لأن بها يخلع الأمين نفسه عن السلطنة عليه و يدخله تحت سلطنة المالك و يوصل الشىء الى محله. و أما محل المال
خارجا فهو كل مكان رضى به المالك أو الشارع الأقدس،

(١) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) النساء الآيه، ٥٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٧

و أما توهم ان هذا باذنه حيث انه دفعه باختياره فمندفع بانه انما ملكه اياه عوضا، فإذا انتفت صفة العوضيه باعتبار عدم سلامة العوض
له شرعا انتفى الاذن (١) و المفروض ان كونه على وجه الملكيه المجانيه مما لم ينشأها المالك،
و كونه مالا للمالك و امانة فى يده ايضا مما لم يؤذن فيه و لو اذن له فهو استيداع جديد كما انه لو ملكه مجانا كانت هبة جديدة،
هذا، و لكن الذى يظهر من المبسوط عدم الاثم فى إمساكه معللا بانه قبضه باذن مالكة و كذا السرائر ناسبا له إلى الأصحاب و هو
ضعيف و النسبة غير ثابتة و لا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

و حيث ان وجود المال خارجا عند الأمين انما يكون برضا المالك أو باذن من ولى امره - اى الشارع الأقدس - فلا يكون فى غير محله
كى يكون مكلفا بالرد الخارجى.

و أما إذا كان المال مغصوبا فأدائه و رده انما يكون بالإقباض منه، إذ كما ان كونه تحت سلطنة الغاصب فى غير محله - فلا بد من
ايصاله الى محله.

كذلك كونه عنده خارجا يكون فى غير محله، فلا بد من ايصاله إليه بالإقباض منه.

و بما ذكرناه ظهر انه لو نقل الأمين الوديعه من بلد الايداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ و بدون اذن مالكة و الشارع، يجب ردها الى
بلد الايداع.

الجهة الثالثه: فى انه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الأمانة فيكفى فى رده التخليه، ام يكون من قبيل المغصوب فيجب
الاقباض؟ و الأظهر هو الأول، و ذلك فى العقود الجائزه واضح، لأنه مع عدم كون المالك ملزما بالدفع لا محاله يكون دفعه للمال عن
الرضا، و قد مر أن الاستئمان المالكى هو التسليط عن الرضا، و أما فى العقود اللازمه فلأنه حين اقدامه على العقد المقتضى للدفع لا
محاله كان راضيا بالدفع و التسليط، و الظاهر بقائه على حاله نوعا الى ما بعد العقد، و هذا هو الوجه فى كون يده امانيه، فلا يرد عليه ما
ذكره المصنف قدس سره.

(١) بقوله: انه انما ملكه اياه عوضا، فإذا انتفت صفة العوضيه ... انتفى الاذن.

إذ الوجه فى كونه استئمانا هو الأذن الخارجى لا الإذن العقدى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٨

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعه منفعة استوفاه المشتري قبل الرد (١) [كان عليه عوضها]

و بما ذكرناه ظهر انه يمكن ان يقال: ان النزاع في المقام صغرى، إذ من يقول بجواز التصرف يقول بذلك فيما إذا احرز رضا المالك بالتصرف في ماله و لو كان رضا تقديرية، و من يقول بالعدم فانما هو في غير هذه الصورة.

الجهة الرابعة: في انه إذا توقف الرد على المئونة.

فهل يجب بذلها على المشتري من جهة انه لا يتم الرد الا به.

ام لا يجب لقوله عليه السلام لا ضرر «١».

ام هناك تفصيل بين المئونة القليلة و الكثيرة، فيجب البذل في الأولى و لا يجب في الثانية من جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة، بخلاف بذل المئونة الكثيرة، كما هو الظاهر من المتن في بادئ النظر.

ام يفصل بين ما إذا كانت المئونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد مال الغير فهو على القابض، و ان كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن و صريح المحقق النائيني قدس سره؟ وجوه:

اقواها الأخير، و ذلك لأنه إذا كانت المئونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد اخص من حديث لا ضرر فيخصص به، و ان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل.

ضمان المنافع المستوفاة

(١) الثالث: فيما لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد.

و الكلام في هذا الأمر يقع في مقامين:

الأول: في المنافع المستوفاة.

الثاني: في المنافع غير المستوفاة.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات - و غيره من الابواب المتقدمة إليها الاشارة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٩

كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدم من السرائر من كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم

اما الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

احدهما: في الدليل على الضمان.

ثانيهما: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الأول: فيمكن ان يستدل له بوجوه:

الأول: عموم على اليد «١». بناء على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما يكون بتبع اليد على الأعيان، و ان الحديث يدل على الضمان.

الثاني: الرواية الواردة في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري، الدالة على انه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة «٢». بالتقريب المتقدم في اول هذا المبحث.

الثالث: صحيح ابى ولاد «٣» الآتى الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة،

نعم هذان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما ستعرف.

الرابع: قاعدة من اتلف، الاستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة، و جملة منه موارد العقود الاستثنائية كالمضاربة و الرهن و

غيرها «٤». فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى و التفريط، و جملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب من قوله عليه

السلام: فهو ضامن، أو غرمه بما جنت به يده «٥». وغيره.
و دعوى عدم صدق المال على المنفعة قد مر جوابها في اول الكتاب.

(١) سنن البيهقي ج ٦- ص ٩٠- و كنز العمال ج ٥، ص ٢٥٧.

(٢) الوسائل- باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

(٣) الوسائل- باب ٧- من ابواب كتاب الغصب- و باب ١٧- من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

(٤) الوسائل- باب ١- من ابواب كتاب المضاربة- و باب ٧- من ابواب كتاب الرهن.

(٥) الوسائل- باب ٢٩- من ابواب كتاب الاجارة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٠

و يدل عليه عموم قوله لا يحل مال امرء مسلم لأخيه الا عن طيب نفسه بناء (١)

على صدق المال على المنفعة. و لذا يجعل ثمننا في البيع و صداقا في النكاح، خلافا للوسيلة فنفي الضمان محتجا بأن الخراج بالضمان
كما في النبوي المرسل (٢)

و تفسيره ان من ضمن شيئا و تقبله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببية أو المقابلة فالمشترى لما اقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه،
بتقبل البائع و تضمينه اياه على ان يكون الخراج له، مجانا، كان اللازم من ذلك ان خراجه له على تقدير الفساد كما ان الضمان عليه
على هذا التقدير ايضا.

و الحاصل أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج و مرجعه إلى أن الغنيمة و الفائدة بإزاء الغرامة. و هذا المعنى مستنبط من أخبار
كثيرة متفرقة مثل قوله في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشترى: ألا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال
المشترى؟ و نحوه في الرهن و غيره و فيه ان هذا الضمان ليس هو ما اقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه.
و انما هو امر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمن المقبوض بالسوم و المغصوب. فالمراد بالضمان الذي بازائه الخراج الترام
الشيء على نفسه و تقبله له مع امضاء الشارع له،

ثم انه قد استدل له بوجوه أخر.

(١) منها: قاعدة احترام مال المسلم.

و منها: قاعدة نفي الضرر.

و قد تقدم انه لا يمكن اثبات الضمان بهذه الوجوه.

و أما المورد الثاني: فقد استدل على عدم الضمان.

(٢) بالنبوي المرسل الخراج بالضمان «١».

بتقريب: انه يدل على ان من ضمن شيئا و تقبله لنفسه فخراجه- اي منافعه- له مجانا.

و تنقيح القول في النبوي المرسل بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به- مع انه محل نظر- فانه و ان استدل شيخ الطائفة به في
جملة من الموارد في محكي المبسوط،

(١) راجع صحيح الترمذي، ج ٥، ص ٢٨٥- و سنن ابي داود،

ج ٢، ص ٢٥٥، و المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩١

...

و العلامة قدس سره في باب الغصب من كتاب التذكرة، الا ان هذا المقدار لا يكفي في جبر ضعف السند. و بعد تسليم ان ما ذكره العلامة قدس سره من اختصاص النبوي بالبيع انما هو اجتهاد منه في تطبيقه على البيع. أنه فيه احتمالات:

احدها: ان المراد بالضمان المعنى الاسم المصدري، و كونه بمعنى التعهد المالي فيكون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعين، و ان كان ضمانه قهرا عليه كما فهمه أبو حنيفة.

ثانيها: ان المراد به المعنى المصدري، اي احداث الضمان امضاه الشارع ام لا،

فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على الضمان، فيشمل العقود المعاوضيه، صحيحة كانت ام فاسدة، و لا يشمل موارد عدم اقدام الشخص على الضمان، و هو الذي فهمه ابن حمزة و جعله مدركا لعدم ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد.

ثالثها: ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له، فيختص الخبر بالعقود المعاوضيه الصحيحة، و الظاهر انه الذي فهمه المشهور منه.

رابعها: ان المراد به كون تلف العين مملوكة للشخص، يعنى ان المنافع تكون لمن كانت العين ملكه، بحيث لو تلفت تلفت من ملكه، و هو الذي فهمه شيخ الطائفة من الخبر.

فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين، فيكون اجنبيا عن المقام.

خامسها: ان المراد بالضمان احد المعاني الثلاثة الأولى، و لكن مع كون المراد به ضمان نفس المنفعة لا- العين، فيكون مفاده: ان المنافع تملك بلا ملك للعين، و يدل على صحة الإجارة.

سادسها: ان المراد به ضمان الأرض، و المراد بالخراج الضريبة المعينة للأراضي الخراجية، فيكون مفاده: ان الخراج يثبت في عهدة ضامن الأرض و متقبلها.

سابعها: ان المراد به ضمان التكفل، فيكون مفاده: ان فائدة العين انما تكون بازاء دخول العين في كفالة مالكها، بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته و حفظه و اصلاحه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٢

و ربما ينتقص ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة (١) حيث انه اقدم على ضمانها مع ان خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة، و انما تملك الانتفاع الذي عينه المالك، فتأمل.

اما الاحتمال الأخير: فيدفعه: ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لا لكونها في كفالته، مع انه يختص الخبر حينئذ بمثل الحيوان، و لا يشمل غيره.

و أما الاحتمال السادس: فهو خلاف اطلاقه، فان حذف المتعلق يفيد العموم.

و أما الاحتمال الرابع: فقد مر ما فيه في بيان المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

و أما الاحتمال الأول: فيدفعه صحيح ابى و لاد الآتى الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين.

و أما الاحتمال الثاني: فيدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث الضمان، مع انه يلزم منه حينئذ ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم، مع انه يلزم منه انه لو ضمن بشيء في ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه.

فيدور الأمر بين الثالث و الخامس.

و الأظهر هو الأول، فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية إليه، و معلوم ان الداعي للأقدام على الضمان في العقود المعاوضية هي المنافع، و مع الأغماض عن ما ذكرناه لإجمال الخبر لا يستند إليه في الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفاه.

(١) قوله و ربما ينتقض ما ذكرناه في معنى الرواية بالعارية المضمونة.

يمكن دفعه بان المراد بالضمان على المعنى الذى اختاره المصنف قدس سره في معنى الخبر وفاقا للمشهور و قويناه هو ثبوته في الذمة دون كون العين في العهدة و معلوم ان هذا المعنى لا يكون في العارية المضمونة و يختص بالعقود المعاوضية الصحيحة.

مع انه في العارية المضمونة ايضا كك فانه لا فرق بين تملك المنفعة و الانتفاع فان معنى كون الخراج له - انه ينتفع بمنافعه مجانا كان ذلك لملكية المنفعة أو الانتفاع و لعل الامر بالتأمل في الكتاب اشارة الى ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٣

و الحاصل ان دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حله الا عن طيب النفس، و ربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد، و عوض اللبن بل عوض كل ما انتفع.

و فيه ان الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة ان مالك العين جعل خراجها له بازاء ضمانها بالثمن لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير، و اضعف من ذلك رده بصحيحة ابي ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاه ردا على ابي حنيفة القائل بأنه اذا تحقق ضمان العين و لو بالغضب سقط كراهها، كما يظهر من تلك الصحيحة. نعم لو كان القول المذكور موافقا لقول ابي حنيفة في اطلاق القول بأن الخراج بالضمان، انتهضت الصحيحة و ما قبلها ردا عليه. هذا كله في المنفعة المستوفاه. و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء (١) فالمشهور فيها ايضا الضمان.

حكم المنافع غير المستوفاه

(١) قوله و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضا الضمان.

هذا هو المقام الثاني: و هو في المنافع الفائتة بغير استيفاء.

فالمشهور فيها ايضا الضمان.

و الكلام فيه في موردين:

الأول: في دليل الضمان.

الثاني: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الأول: فيدل على الضمان حديث على اليد بناء على ما تقدم في بيان مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده من شمول الحديث للمنافع.

و تشهد له ايضا قاعدة الإلتلاف، فان حبس العين و منع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا.

و عن المحقق الخراساني قدس سره: الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها.

و فيه: ان اريد بذلك انه يصدق الاستيلاء و اليد على المنافع بالاستيلاء و اليد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٤

و لعله لكون المنافع اموالا في يد من بيده العين (١) فهي مقبوضة في يده و لذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر و يتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا، و كذا الدار المجعول سكنها ثمنا مضافا الى انه مقتضى احترام مال المسلم، إذ كونه في يد غير مالكة مدة طويلة من غير اجرة مناف للاحترام لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع اموالا حقيقة: بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، الا- ان يندرج في عموم على اليد ما اخذت فلا اشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع، و حصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ، و دعوى انه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الاعيان مشكلة. و أما احترام مال المسلم فإنما يقتضى عدم حل التصرف فيه و اتلافه بلا عوض، و انما يتحقق ذلك في الاستيفاء بالحكم بعدم الضمان مطلقا كما عن الايضاح أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم، مضافا: الى انه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث اليد.

و ان اريد به ما ذكره المحقق الايرواني قدس سره من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها و فروعها، فيرد عليه: انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدى شمول الحديث للعين في ضمانها، فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد لا شيء آخر، و إن اريد به غير ذلك فعليه البيان.

(١) قوله و لعله لكون المنافع اموالا في يد من بيده العين.

هذه هي الصغرى لقياس تكون النتيجة الضمان، فلا بد و ان تنضم إليها ما يدل على الضمان من قاعدة اليد، او الاتلاف، أو الاحترام، و شيء منها لا يصلح للحكم بالضمان كما مر.

و أما المورد الثاني: فقد استدل لعدم الضمان بوجوه:

الأول: ان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده. ذلك، فان المنافع لا تضمن في العقد الصحيح فكذلك في فاسده.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٥

و من المعلوم ان صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة، لأنها له مجانا و لا يتقسط الثمن عليها، و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الاتلاف، فلا ينافى القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة الى التلف لا الإتلاف مضافا، الى الاخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجارية المسروقة المبيعة الساكنة من ضمان غيرها في مقام البيان. (١)

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان القاعدة انما تختص بصورة التلف و لا تشمل صورة الإتلاف، و قد عرفت صدق الإتلاف على تلف المنافع. و ثانياً: ان مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة، و بضميمة عدم الفصل بين البيع و الإجارة يثبت الضمان في المقام.

و ثالثاً: ما تقدم من ان المنافع خارجة عن مورد العقد و مصبه، و القاعدة اصلا و عكسا مختصة بما هو مصب العقد.

الثاني: ان البائع في صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجانا.

و فيه: ان البائع لا- نظر له الى المنافع، و انما يسلط المشتري على العين، إذ ليس متعلق العقد بالمنفعة، و انما هو العين، مع ان هذا لا يختص بغير المستوفاه كما لا يخفى.

(١) الثالث: قوله عليه السلام في الامه المبتاعه إذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده

بقيته. «١» بتقريب: انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة، و ساكت عن ضمان غيرها في مقام البيان. وفيه: ان الخبر وارد في مقام بيان منفعة واحدة، و انه يكون الولد حراً، و عليه قيمته، و لذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الآخر من الطبخ و التنظيف و غيرهما.

و الغريب ان المصنف قدس سره في اول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان في

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٦

و كذا صحيحه محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليده ابيه بغير اذنه، فقال عليه السلام:

الحكم ان يأخذ الوليدة و ابنها (١) و سكت عن المنافع الفاتئة. فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق اولي.

و الانصاف ان للتوقف في المسألة كما في المسالك تبعاً للدروس و التنقيح مجالاً،

و ربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الاشكال و التوقف بصورة علم البائع على ما استظهره السيد العميد و المحقق الثاني من عبارة الكتاب، و عن الفخر حمل الأشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء

المقبوض بالعقد الفاسد ذكر الرواية، و جعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاة، و في المقام جعلها من المستوفاة، و قد تقدم ما هو الحق عندنا.

(١) الرابع: صحيح محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليده ابيه بغير اذنه، قال عليه السلام:

خذ وليدتك و ابنها «١».

بتقريب: انه ساكت عن المنافع الفاتئة، و هو و ان ورد فيما إذا كانت العين لغير البائع، الا انه يدل على حكم المقام بالأولوية.

و يرد عليه ما اوردها على سابقه.

الخامس: صحيح ابي ولاد الآتي الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها «٢». و إذا ثبت عدم الضمان في المغصوب ثبت في المقام بالأولوية.

و فيه: انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة، فانه و ان كان يتصور له منفعة اخرى، الا انها تضاد مع ما استوفاه. و بعبارة اخرى كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البديل، و حيث انه استوفى واحدة منها و لم تكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائتة، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة. مع انه عليه السلام في هذا الصحيح في مقام الرد على ابي حنيفة و بيان ان عليه كرى البغل ليس في مقام بيان احكام اخر.

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٧- من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٧

فيتحصل من ذلك كله: ان الاقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة:

الاول الضمان و كانه للاكثر الثاني عدم الضمان كما عن الايضاح الثالث: الضمان الا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع الرابع: التوقف في هذه الصورة (١)، كما استظهره جامع المقاصد، و السيد العميد من عبارة القواعد الخامس: التوقف مطلقاً

كما عن الدروس و التنقيح و المسالك، و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين، و قد عرفت ان التوقف اقرب الى الانصاف، الا ان المحكى من التذكرة ما لفظه: ان منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غضب عبداً أو جاريةً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه، سواء اتلفها بأن استعملها أو فانتت تحت يده بأن بقيت مدةً في يده لا يستعملها، عند علمائنا اجمع، و لا يبعد ان يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصاً مع علمه سيما مع جهل البائع به، و اظهر منه ما في السرائر في آخر باب الاجارة من الاتفاق ايضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع قوله في باب البيع ان البيع الفاسد عند اصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب الا في ارتفاع الاثم عن امساكه، انتهى. و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة (٢) و ان المتراءى من ظاهر صحيحة ابي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به الى غير محل الرخصة، الا انا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

(١) قوله الرابع التوقف في هذه الصورة لا- يخفى ما في عد التوقف في الحكم مطلقاً- أو مع العلم بالفساد من الاقوال في المسألة- فالاقوال ثلاثة.

(٢) قوله و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة لا يخفى انه قد حكم بالضمان اولاً- ثم بعدمه- ثم توقف في حكم المسألة- ثم قوى الضمان و اورد عليه السيد في الحاشية بانه ان لم يتم ما ذكر وجهاً للضمان- لما صح القول به لاجل الاجماعين المنقولين بعد عدم حجية الاجماع المنقول و عدم معلومية الشمول للمقام فتحصل مما ذكرناه ان الاظهر هو الضمان منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٨

الرابع: إذا تلف المبيع فان كان مثلياً وجب مثله

إشارة

بلا خلاف (١) الا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي و قد اختلف كلمات اصحابنا في تعريف المثلى، فالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و المحقق و تلميذه و العلامة و غيرهم (قدس الله ارواحهم)، بل المشهور على ما حكى

المثلى و القيمى

(١) الرابع: إذا تلف المبيع فان كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف.

و الكلام في هذا الأمر يقع في مواضع:

الأول: في تعريف المثلى و القيمى.

الثانى: في انه لو شك في مورد في انه يجب رد المثل أو القيمة، مقتضى الأصول العملية رد ايهما.

الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية.

و قبل الشروع في البحث في هذه المواضع لا بد من التنبيه على امر و هو: انه لم يقع لفظا المثلى و القيمى فى شىء من الروايات. نعم المشهور بين الأصحاب: انه لو تلف شىء تحت يد غير المالك- الذى لا يكون مأذوناً فيه- يجب رد مثله ان كان من المثليات، وورد قيمته ان كان من القيميّات. بل ادعى عليه الإجماع، و حيث ان المثلى و القيمى ليسا من المفاهيم الواضحة المصاديق، و اختلفت كلماتهم فيهما فى جملة من الموارد.

فقد وقع الخلاف في انه هل يرجع الى العرف في تفسيرهما ولا يتبع تفسير العلماء وان اتفقوا على امر مخالف لما هو المتفاهم عند العرف ام لا بد من البناء على المثلية في خصوص ما إذا اتفقت كلماتهم على كون شيء كذلك ولا يرجع في ذلك الى العرف، ام لا اعتبار بالعرف، ولا باتفاق العلماء، بل يرجع في كل مورد الى ما يفهم من اطلاقات ادلة الضمان.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٩

انه ما يتساوى اجزؤه من حيث القيمة (١) والمراد باجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة، والمراد بتساويها من حيث القيمة، تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة الى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار. ولذا قيل في توضيحه أن المقدار منه إذا كان يساوي قيمة، فنصفه يستوي نصف تلك القيمة و من هنا رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من التقدين قيما، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها.

قلت: وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا إذا لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع، الا ان يقال: ان الدرهم مثلي بالنسبة الى نوعه وهو الصحيح، ولذا لا يعد الجريش مثلا للحنطة ولا الدقاقة مثلا للارز.

ومنشأ هذا الخلاف: ان الإجماع على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة هل هو من قبيل الإجماع على القاعدة و يكون الإجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم عليه السلام متعلقا بهذين العنوانين ام هو من قبيل الإجماع على الحكم في الموارد الخاصة يجمعها تفسير المجمعين لها بذينك العناوين ام هو من قبيل الإجماع على تفسير الاطلاقات الواردة في الضمان وليس من قبيل الإجماع على القاعدة و لا- من قبيل الإجماع على الحكم إذ على الأول لا بد من الرجوع في تفسيرهما الى العرف كما هو الشأن في العناوين المأخوذة في متون النصوص و لا عبرة بتفسير الفقهاء و على الثاني لا بد من الأخذ بما اتفق عليه المجمعون و لا عبرة بنظر العرف و فهمهم كما هو واضح.

و على الثالث لا عبرة بشيء منهما.

و حيث انه لم يثبت كون الإجماع في المقام من اي قسم من هذه الأقسام فلا دليل لكون العبرة بنظر العرف و لا بتفسير الفقهاء، و عليه فيتعين الرجوع الى الأدلة- و ستعرف مقتضاها- فلا اثر للنزاع في ان المثلي ما هو.

و كيف كان: فقد عرفت انه يقع الكلام في مواضع:

الأول: في تعريف المثلي والقيمي. فعن المشهور تفسير المثلي

(١) بانه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة والمراد من الأجزاء الجزئيات والأفراد، والمراد من التساوي التساوي من غير جهة الكم.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٠

و من هنا يظهر ان كل نوع من انواع الجنس الواحد بل كل صنف من اصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف، فلا يرد ما قيل من أنه ان أريد التساوي بالكليّة فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعروف، إذ ما من مثلي الا و اجزؤه مختلفة في القيمة كالحنطة فان قفيزا من حنطة تساوي عشرة و من اخرى تساوي عشرين، و ان اريد التساوي في الجملة فهو، في القيمي موجود كالثوب و الأرض (١) انتهى. و قد لوح هذا المورد في آخر كلامه الى دفع ايراده بما ذكرنا من ان كون الحنطة مثلية، معناه ان كل صنف منها متماثل الأجزاء و متساو في القيمة، لا بمعنى ان جميع ابعاض هذا النوع متساوية في القيمة. فإذا كان المضمون بعضا من صنف لواجب دفع مساويه من هذا الصنف لا القيمة، و لا بعض من صنف آخر لكن الانصاف ان هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما مع عدم صدق التعريف عليه، و اطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثلية انواعه أو اصنافه و ان لم يكن بعيدا الا ان انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا، الا ان يهملوا خصوصيات الاصناف

فمحصل المراد: ان المثلى ما له مماثل في الصورة و الصفات التي تختلف بها الرغبات و تتفاوت بها القيم.

واظن ان ما عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته و ما عن الدروس و الروضة من: انه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و ما عن بعضهم من: انه ما يجوز بيعه سلماً، و ما عن آخر ما يجوز بيع بعضه ببعض. ايضاً ترجع الى هذا المعنى، و لا اختلاف بينهم بحسب المراد.

وقد اورد على هذا التعريف بايرادات:

(١) الاول: انه اريد بالتساوى بالكليّة فالظاهر عدم صدقه على شىء من الموارد، إذ ما من مثلى الا- و اجزائه مختلفة في القيمة كالحنطة، فان قفيزاً من حنطة تساوى عشرة و من اخرى تساوى عشرين. و ان اريد التساوى في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب و الأرض.

وفيه: ان الميزان وجود المماثل له، كان الجامع بينهما هو الصنف أو النوع أو الجنس، ففي الحنطة يكون كل صنف منها مثلياً و هذا هو مراد كل من جعلها مثلياً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠١

الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، كما التزمه بعضهم غاية الأمر و جوب رعاية الخصوصيات عند اداء المثل عوضاً عن التالف أو القرض و هذا ابعده، مضافاً الى انه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا: بأنه ان اريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوي حقيقياً، فقل ما يتفق ذلك من الصنف الواحد من النوع، لأن اشخاص ذلك الصنف لا يكاد يتساوى في القيمة، لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها، كما لا يخفى، و ان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و ان لم يتساو حقيقياً، تحقق ذلك في اكثر القيميات (١) فإن لنوع الجارية اصنافاً متقاربة في الصفات الموجبة لتساوى القيمة، و بهذا الاعتبار يصح السلم فيها.

ولذا اختار العلامة في باب القرض من التذكرة- على ما حكى عنه- على ان ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله.

وقد عد الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات مع ان كل نوع منها مشتمل على اصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً، ثم لو فرض أن الصنف المتساوى من حيث القيمة في الانواع القيميّة عزيز الوجود بخلاف الانواع المثليّة، لم يوجب ذلك اصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمن المثلى، بالمثل و القيمي، بالقيمة ثم انه قد عرف المثلى بتعاريف اخر اعم من التعريف المتقدم أو اخص

(١) الثاني: انه ان اريد تساوى الاجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوي حقيقياً، فقلما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع. و ان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة تحقق ذلك في اكثر القيميات.

وفيه: ان المراد هو الأول، و عرفت ان المراد هو التساوى في الصفات الموجبة لاختلاف القيم، و عليه فدعوى اختلاف افراد الصنف الواحد في الصفات الموجب لاختلافها في المالىة مجازفة، و اختلاف الرغبات بملاحظة بعض الخصوصيات غير الدخيلة في المالىة بالنسبة الى الأفراد من صنف واحد و ان كان لا ينكر الا انه لا يضر بالمثلية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٢

فعن التحرير انه ما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته. و عن الدروس و الروضة أنه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات. و عن المسالك و الكفاية: أنه أقرب التعريفات إلى السلامة و عن غاية المراد: ما تساوى أجزاءه في الحقيقة النوعية. و عن بعض العامة انه ما قدر بالكيل أو الوزن، و عن آخر منهم: زيادة جواز بيعه سلماً. و عن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض. الى غير ذلك مما حكاه

فى التذكرة عن العامة، ثم لا يخفى انه ليس للفظ المثلى حقيقة شرعية ولا متشعبة، و ليس المراد معناه اللغوى إذ المراد بالمثلى لغه المماثل. فان اريد من جميع الجهات فغير منعكس و ان اريد من بعضها فغير مطرد، (١) و ليس فى النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه، نعم وقع هذا العنوان فى معقد اجماعهم على ان المثلى يضمن بالمثلى و غيره بالقيمة.

و من المعلوم انه لا يجوز الاتكال فى تعيين معقد الاجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين، و حينئذ فينبغى ان يقال كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا اشكال فى ضمانه بالمثلى، للاجماع و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم،

كالذهب و الفضة الغير المسكوكين، فان صريح الشيخ فى المبسوط كونهما من القيميات و ظاهر غيره كونهما مثليين، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص فان ظواهر عبائر المبسوط و الغنية و السرائر كونها قيمة و عبارة التحرير صريحة فى كون اصولها مثلية و ان كان المصوغ منها قيميا. و قد صرح الشيخ فى المبسوط

الثالث: انه ربما يوجد لبعض ما هو من القيميات مماثل بهذا المعنى، كما لو فرضنا حيوانين مثليين فى جميع الخصوصيات، مع انه لا ريب فى كون الحيوان قيميا. و إلى هذا نظر المصنف ره حيث قال

(١) فان اريد من جميع الجهات فغير منعكس و ان اريد من بعضها فغير مطرد.

وفيه: ان الميزان هو وجود المماثل نوعا و بحسب الغالب، و لا عبرة بوجود المثل فى النادر، إذ اهل العرف يحكمون بضمان القيمة فى هذه الموارد.

و أما القيدان الآخران اللذان ذكرهما المحقق النائيني ره:

احدهما: ان يكون التساوى فى الصفات بحسب الخلقة الالهية كالجوبات لا ما كان كذلك بحسب الصناعة البشرية، فالمسكوكات من القيميات لا المثليات.

ثانيهما: ان يتغير بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالفواكه.

فلا يكونان معتبرين، إذ لا وجه لتوهم اعتبارهما سوى عد جمع من العلماء هذه الأشياء-

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٣

بكون الرطب و العنب قيميا و التمر و الزبيب مثليا.

و قال فى محكى المختلف ان فى الفرق اشكالا بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب، و العنب مثليين، و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد ان الثوب مثلى و المشهور خلافه و ايضا فقد مثلوا للمثلى بالحنطة و الشعير، و لم يعلم ان المراد نوعهما او كل صنف و ما المعيار فى الصنف، و كذا التمر.

و الحاصل ان موارد عدم تحقق الاجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بد من ملاحظة ان الاصل الذى يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثلى أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة، و لا يبعد ان يقال ان الاصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره (١) فإن فرض اجماع على خلافه، فالاصل تخيير المالك

أى ما تساوت جزئياته بحسب الصناعة البشرية، و ما يتغير بالبقاء و بتأثير الهواء من القيميات- مع انه يكون الاختلاف فى ذلك بحسب الأزمان و الأمكنة و الكيفيات، و من الواضح انه لو كان شىء مثليا فى زماننا كالثوب و الكتاب و غيرهما- يعامل معه معاملة المثلى و ان كان فى سالف الزمان من القيميات.

الموضع الثاني: في بيان المرجع عند الشك في المثليّة و القيمة و فيه وجوه و اقوال:

(١) ان الأصل الذي يرجع إليه هو تخيير الضامن بين المثل و القيمة.

(٢) انه تخيير المالك بينهما.

(٣) الضمان بالمثل.

(٤) الضمان بالقيمة.

(٥) القرعة.

(٦) الرجوع الى الصلح القهرى.

و قد استدلل للأول

(١) باصالة براءة ذمة الضامن عما زاد على ما يختاره.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠٤

...

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان الإجماع قائم على عدم التخيير بين المثل و القيمة، فانه اما يتعين المثل أو القيمة.

و فيه: اولاً: انه فى الشبهة الحكمية لم يثبت اجماع تعبدى على عدم التخيير بينهما واقعا، بل هو ايضا محتمل.

و ثانياً: ان المجمع عليه انما هو عدم التخيير واقعا لا عدمه و لو فى الظاهر.

الثانى: ما عن جماعة من المحققين منهم المحقق النائنى و المحقق الأصفهانى،

و هو: ان المقام من قبيل دوران الأمر بين المتباينين. فان المراد بالقيمة ليس هى المالية السارية فى كل مال بالحمل الشائع - حتى يقال

ان وجوب اداء المالية متيقن و الشك فى وجوب رعاية امر زائد و هى خصوصية الطبيعة المماثلة للتالف فىجرب عنها البراءة- بل

المراد بها المالية المحضه التى لا مطابق لها الا المالية القائمة بالدرهم و الدينار و اشباههما، و لذا ليس للضامن ان يؤدى بدل القيمي

التالف شيئاً آخر، فتعين النقود فى القيميات شاهد كون القيمة هى المالية المحضه لا المالية السارية، فالتفاوت بين المثل و القيمة

كالتفاوت بين الماهية بشرط لا، و الماهية بشرط شىء و هما متباينان، فلا بد من الاحتياط، و لا مورد للبراءة.

و فيه: ان القيمة التى ضمن بها فى القيميات هى صرف المالية لا المالية بشرط لا، و حيث ان مطابقتها هى النقود، و أما غيرها فيكون له

مع قطع النظر عن المالية خصوصيات اخرى، فللمالك طلب النقد خاصة و الامتناع عن قبول الخصوصية التى يبذلها الباذل. و لذا لو

رضى المالك بشىء آخر غير النقدين كان اداءه و فاء لما فى ذمته و لا يحتاج الى معاملة جديدة. و عليه ففى مورد الشك فى المثلية و

القيمة يصح ان يقال: ان اشتغال الذمة بصرف المالية معلوم، و الشك انما هو فى الاشتغال بالخصوصية الزائدة، و الأصل عدمه، و

حيث ان الشك المزبور سبب للشك فى لزوم اعطاء صرف المالية المعراة عن الخصوصية

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠٥

لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك (١) مضافا الى عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى فإن مقتضاه عدم ارتفاع

الضمان بغير اداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشىء آخر (٢) و الاقوى تخيير المالك من اول الأمر لأصالة الاشتغال (٣) و

التمسك باصالة البراءة لا يخلو من منع

تحصيلا لرضا المالك و ثبوت حقه فيها على وجه يكون له الامتناع عن الخصوصية لو اراد الضامن دفعها، فتجربى البراءة عن ذلك ايضا. فتكون نتيجة الأصلين تخيير الضامن فى دفع ايهما شاء.

الثالث: ان الدوران بينهما ان لم يكن من قبيل دوران الأمر بين المتباينين فهو من قبيل دوران الأمر بين التعيين و التخيير، و الأصل فى الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين.

الرابع: ان الحكم الظاهرى يعتبر فيه عدم العلم بالمخالفة للواقع، و الا فلا يكون مجعولا. و فى المقام إذا علمنا بان الواقع اما المثل معيناً أو القيمة كذلك، فيعلم بان التخيير غير مطابق للواقع، فلا وجه للبناء عليه.

وفيه: ان التخيير الذى بنينا عليه ليس بنفسه مفاد اصل من الأصول، بل هو نتيجة جريان البراءتين اللتين لا علم بمخالفة كل واحدة منهما للواقع، و العلم بمخالفتهما معا للواقع لا يضر بجريانهما معا.

فتحصل: ان الأظهر هو تخيير الضامن.

و قد استدل المصنف لتخيير المالك بوجوه

(١) الاول اصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك

(٢) الثانى ان مقتضى عموم على اليد عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر و سيأتى الكلام على ذلك فى الموضع الثالث

(٣) اصالة الاشتغال توضيح هذا الوجه، انه إذا لم تجر اصالة البراءة بالقياس الى الضامن لما تقدم و تعين عليه دفعهما و اختار المالك احدهما لا ريب فى كونه مسقطا للذمة، لأن ما يختاره اما هو البدل الواقعى، أو يكون بدل البدل من جهة رضاء المالك

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠٦

نعم يمكن ان يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، و الإجماع على عدم تخيير المالك التخيير فى الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين اعنى، تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه القيمة، و لا للضامن الامتناع، و بين تعين القيمة، كذلك فلا متيقن فى البين و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى فتأمل

بغير الجنس فى مقام الوفاء. و على أى تقدير يكون مسقطا، فما يختاره المالك يكون مسقطا قطعاً و غيره مشكوك فيه و الأصل عدم السقوط إلا بما يختاره المالك.

وفيه: ان محل الكلام انما هو فيما إذا لم يرض المالك الا بما هو حقه، و لم يرض الضامن الا بدفع ما يجب عليه دفعه واقعا. و أما صورة تراضيهما على امر فهى خارجة عن محل الكلام، فانه فى هذه الصورة لا- كلام فى جواز رد القيمة و ان تعين دفع المثل، و كذلك العكس، و من المعلوم ان اختيار المالك ليس معيناً لما يجب دفعه و لا هو بنفسه موضوع للحكم كما لا يخفى.

و استدل للثالث- و هو تعين المثل - بوجهين:

الأول: ان المثل و القيمة من قبيل الأقل و الأكثر، و الدوران بينهما من قبيل دوران الأمر بين التعيين و التخيير، و الأصل فى هذا المورد هو التعيين.

وفيه: ما حققناه فى محله من ان الأصل فيه هو التخيير.

الثانى: ان مقتضى عموم على اليد هو تعين دفع المثل مطلقاً، خرج عنه بالإجماع القيميات، و من الواضح ان الإجماع انما يكون حجة فيما ثبت قيمته فالمرجع فى صورة الشك هو عموم العام.

وفيه: انه لو سلم كون مقتضى عموم على اليد هو تعين المثل مطلقاً، ان الخارج عنه بالإجماع ليس هى الموارد الخاصة بل عنوان القيمى، فلو شك فى شيء انه قيمى أو مثلى يكون من الشك فى المصدق، و ليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام

في الشبهة المصدقية.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٧

...

و استدلل للقول الرابع: بان مقتضى النبوى هو لزوم دفع القيمة مطلقا، خرج منه المثلى، فمع الشك فيه يرجع الى عموم العام. وفيه: - مضافا الى ما ستعرف من عدم دلالة النبوى فى نفسه على ذلك- انه عند الشك فى كون شىء مثليا بالشبهة الموضوعية لا يرجع الى عموم العام كما تقدم آنفا.

و استدلل للقول الخامس: بعموم ادلة القرعة «١».

وفيه: اولاً: انه انما يرجع إليها فى صورة عدم تعيين الوظيفة بالأمانة أو الأصل، وقد عرفت ان مقتضى الأصل هو تخير الضامن. و ثانياً: انه تختص ادلتها بالشبهة الموضوعية و لا تشمل الشبهة الحكمية.

و استدلل للقول السادس: بانه من جهة ان الأمر دائر بين المتباينين، و كما يجب على الضامن دفعهما معا قضاء للعلم الإجمالى، لا يجوز على المالك اخذهما للعلم الإجمالى بحرمة اخذ احدهما، فلا مناص الا عن الصلح.

وفيه: ما عرفت من ان الأصل يقتضى تخير الضامن.

ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية و القيمة

الموضع الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية فى هذا المقام،

و الأدلة التى ركنوا إليها فى المقام ثلاثة:

الأول: النبوى المتقدم: على اليد ما اخذت حتى تؤدى و قد استظهر المصنف ره منه تخير المالك بتقريب انه يدل من جهة جعل الغاية اداء العين خاصة على بقاء عهدة العين، و انه لا رافع لها سوى اداؤها، و قد قام الإجماع على سقوطها بدفع ما رضى به المالك و بقى الباقي.

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى كتاب القضاء.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٨

...

و هذا هو الذى مر فى الموضع الثانى من نقل عبارته و وعدنا البحث فيها فى هذا الموضع و فيه ان الوجوه المحتملة فى الحديث اربعة: احدها: أن يكون الحديث مختصا بما قبل التلف من جهة ظهور كلمة حتى فى كون مدخولها رافعا لما قبلها و غاية له، و ظهور ذلك فى كونه ممكن الحصول، إذ عليه تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت فى المغيا بحال وجود العين.

ثانيها: ان يكون الحديث دالا- على كون العين فى العهدة ما دام وجودها و بتلفها تنقلب العهدة الى ذمة المثل أو القيمة كما عليه المشهور من جهة ان مفاد الحديث كون المأخوذ تلفه على الاخذ ثالثها: ان يكون المراد به بقاء العين فى العهدة و لو بعد التلف و يكون دفع المثل أو القيمة مسقطا لها و قد اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين.

رابعها: ان يكون مفاده بقاء العين فى العهدة حتى بعد التلف، و دفع المثل أو القيمة انما يكون من باب الجمع بين الحقين، يعنى حق

المالك لمطالبة العين، وحق الضامن كى لا يكلف بغير المقدور.

و ما ذكره ره لا يتم على شىء من هذه الوجوه اما على الأول: فواضح.

و أما على الثانى: فلأن سقوط العهدة بالتلف معلوم، و الشك انما هو فيما ثبت فى الذمة، فلا وجه للتمسك بالعموم فى هذا المقام.

و أما على الثالث: فلأن التخصيص الذى قام الإجماع عليه ليس بعنوان ما يختاره المالك، بل هو انما يكون بالمثل أو القيمة.

فعلى القول بانهما من قبيل المتباينين لا- سبيل الى التمسك بالعموم، و على القول بانهما من قبيل الأقل و الأكثر، و ان كان يتمسك

بالعموم فى الشبهة المفهومية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠٩

هذا و لكن يمكن ان يقال ان القاعدة المستفاد من اطلاقات الضمان فى المغصوبات، و الامانات المفرد فيها، و غير ذلك هو

الضمان بالمثل لأنه اقرب الى التالف من حيث المالىة و الصفات (١) ثم بعده قيمة التالف من التقدين و شبههما،

لأنهما اقرب من حيث المالىة لأن ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما، و لأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر

على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها. قد نص الشارع فيه على ذكر المضمون، به بل كلها إلا ما شذ و ندر قد أطلق فيها

الضمان، فلو لا الا الاعتماد على ما هو المتعارف

و لكن لازمه تعيين المثل، مع انه لا يرجع إليه فى الشبهة الموضوعية و أما على الرابع: فلا شك فى بقاء العهدة حتى يتمسك بالعموم،

بل وجوب دفع البدل انما يكون ثابتا بدليل آخر.

و يدفع الاحتمال الأول لزوم ركائز هذا الكلام، إذ كون اداء العين رافعا و مسقطا لعهدتها واضح لا يحتاج الى بيان مع ان ما ذكر من

ظهور الجملة فى كون الغاية ممكن الحصول انما يتم بالقياس الى ما لا- يمكن حصوله لاما إذا امكن فى زمان دون زمان كما لا

يخفى.

و يدفع الاحتمال الأخير الضرورة و الإجماع فيدور الأمر بين الثانى و الثالث.

و الأظهر هو الثالث، إذ كون العين بنفسها فى العهدة امر معقول ثبوتا حتى بعد تلفها،

و عدمها فى عالم العين لا- ينافى وجودها فى عالم الاعتبار، و حيث ان الظاهر من الحديث كون المأخوذ بنفسه فى العهدة فلا وجه

لصرف ذلك عن ظاهره.

(١) الثانى: ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة فى المغصوبات و الامانات المفرد فيها ذلك هو الضمان بالمثل، إذ هى على

كثرتها لا تكون متعرضة لبيان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣١٠

لم يحسن من الشارع إهماله فى موارد البيان، و قد استدل فى المبسوط و المختلف على ضمان المثلى بالمثل و القيمى بالقيمة بقوله

تعالى (١) (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ)

المضمون به الا ما شذ و ندر، فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس. و من المعلوم ان المتعين عندهم تعيين رد ما هو

الأقرب الى العين بعد عدم امكان رد، العين نفسها، و الأقرب هو المثل لكونه تداركا للمالية، و الخصوصيات الفائتة التى تختلف بها

الرغبات، فيتعين ذلك.

و فى صورة عدم التمكن من رده ايضا يراعى ما هو الأقرب الى التالف بعد المثل، و هو القيمة من التقدين أو شبههما، لأن غيرهما

مشمتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، و معلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من

المشتمل عليها.

و بعبارة اخرى: ان غير النقدين انما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما.

و فيه: اولاً: انه لو تم لاختص لزوم اداء المثل بما إذا كان موجوداً نوعاً، إذ المعلوم من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمن بالأقرب مطلقاً، فلا عبرة بوجوده احياناً.

و ثانياً: ان الأقرية ليست مناط الحكم، بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو المتعارف عند الناس، و من المعلوم من حالهم انه لا نظر لهم في هذا المقام الا الى المالىة،

و لذا تراهم لا يطالبون المثل لو سقط عن المالىة، و لا يلتفتون إليه و لا يلزمون بدفعه إذا زادت قيمته.

و بالجملة: المعيار عندهم هو القيمة، و عليه فهذا الوجه يعين القيمة.

(١) الثالث: قوله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ) «١» قيل: انه يدل على تعيين المثل فى المثلى و القيمة فى غيره، بتقريب ان مماثل ما اعتدى

(١) البقرة الآية ١٩٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣١١

بتقريب أن مماثل ما اعتدى هو المثل فى المثلى، و القيمة فى غيره، و اختصاص الحكم بالمتلف عدواناً (١) لا يقدح بعد عدم القول بالفصل، و ربما يناقش فى الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء، لا المعتدى به. (٢) و فيه نظر نعم الانصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه، بالقول المشهور لأن

هو المثل فى المثلى و القيمة فى القيمي.

و اورد عليه بوجوه

(١) الاول: انه مختص بالمتلف عدواناً.

(٢) ان مدلوله اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به.

الثالث: ان النسبة بين مقتضاه و مذهب المشهور عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الآية الشريفة و لا يضمن به عند المشهور، كما لو اتلف عليه عبداً و له فى ذمة المالك بسبب القرض عبد موصوف بصفات التالف، فان مقتضى الآية الشريفة التهاثر القهرى، و المشهور غير ملتزمين بذلك.

و قد ينعكس الأمر كما لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً فان مقتضى الآية عدم جواز الزام المالك بالمثل لاقتضاءها اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالىة، و المشهور ملتزمون بتعيين المثل، و قد يجتمعان فى المضمون به.

و فى الجميع نظر:

اما الأول: فلعدم القول بالفصل.

و أما الثانى: فلأن الظاهر من الآية المماثلة فى المعتدى به، لأن حملها على ارادة المماثلة فى الاعتداء يستلزم كون الباء زائدة، و كون المثل صفة لمفعول مطلق محذوف- و هو الاعتداء و هذا خلاف الظاهر.

و أما الثالث: فلعدم كونه اشكالا على الاستدلال بالآية الشريفة، مع انه ستعرف ما فيه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣١٢

مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية فى الحقيقة و المالىة، (١) و هذا يقتضى اعتبار المثل حتى فى القيميات، سواء وجد المثل فيها ام لا.

أما مع وجود المثل فيها، كما لو اتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات. فإن مقتضى العرف والآية الزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك، ولو باضعاف قيمته و دفعه الى مالك الذراع المتلف، مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به، وكذا لو اتلف عليه عبداً وله في ذمة المالك بسبب القرض أو السلم عبد موصوف بصفات التالف، فانهم لا يحكمون بالتهاثر القهري، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبيدين. نعم ذهب جماعة منهم الشهيدان في الدروس والمسالك

ولكن الانصاف ان مقتضى اطلاق الآية الشريفة- لا سيما بعد ملاحظة موردها وهو مقاتلة المشركين في الشهر الحرام، وما عن التهذيب عن الإمام الصادق عليه السلام في الرجل قتل رجلاً في الحرم أو سرق في الحرم قال عليه السلام: يقام عليه الحد و صاغراً لانه لم يبيح للحرم حرمة و قد قال الله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ) فقال: هذا هو في الحرم، و قال: (فَلَا عُذْوَانِ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ) فقال: هذا هو في الحرم، و قال: (فَلَا عُذْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ) «١» هو ارادة الأعم من المماثلة في الاعتداء و المعتدى به و كفياته، الا انها لا تدل على الضمان و اشتغال الذمة، بل تدل على جواز الاعتداء بالمثل، فلو تصرف في حنطه جاز له التصرف في حنطه ايضاً، و لا تدل على ازيد من ذلك.

ثم يقع الكلام في انه على فرض دلالة الآية على الضمان هل تدل على ان ضمان المثلي انما يكون بالمثل و القيمي بالقيمة كما عن شيخ الطائفة

(١) أو تدل على وجوب المماثلة في الحقيقة و المالية في جميع الموارد كما اختاره المصنف ره ام تدل على غير ذلك. محتملاتها اربعة:

الأول: ان يراد بالمماثلة المماثلة المطلقة- اي المماثلة في الحقيقة و المالية- من جهة ان المماثلة المطلقة هي المماثلة بلا عناية، و لازم ذلك ما افاده الشيخ ره من انه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجتري به في مقام الأداء. الثاني: ان يراد بها المماثلة في الحقيقة خاصة، من جهة انها المماثلة العرفية

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٣

الى جواز رد العين المقترضة إذا كانت قيمية، لكن لعله من جهة صدق اداء القرض باداء العين (١) لا من جهة ضمان القيمي بالمثل، و لذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و ان كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

و أما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر، كما لو تعذر المثل في المثلي فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي و لا يقولون به، و ايضاً فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب إلزام المالك بالمثل، لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية مع أن المشهور كما يظهر من بعض إزماء به.

و لازمه ما افاده المشهور من تعين المثل و ان نقص قيمته عن التالف.

الثالث: ان يراد بها المماثلة في المالية، من جهة ان الأغراض العقلائية في باب الأموال متعلقة بحيثية المالية، و لازمه تعين القيمة مطلقاً. الرابع: ان يراد بها مطلق المماثلة- اي المماثلة من اي وجه كان- و لازمه التخيير في اداء ايها شاء. و الأظهر منها هو الثاني كما لا يخفى وجهه.

فظهر مما ذكرناه امور:

الأول: ان ما نسب الى شيخ الطائفة من دلالة الآية على ان المثلي يضمن بالمثل و القيمي بالقيمة لا يمكن تصحيحه و تطبيق الآية عليه.

الثاني: ان ما اختاره المصنف ره خلاف الظاهر.

الثالث: ان ما اختاره المشهور هو الذى تدل عليه الآية على فرض دلالتها

(١) قوله لكن لعله من جهة صدق بقاء القرض بقاء العين.

و فيه انه إذا كان المفروض عدم حل عقد القرض و كون المتعين فى القيمات القيمة لزم عدم كفاية رد العين لعدم كونها من مصاديق ما ثبت فى الذمة فمن يفتى بجواز رد العين لا مناص من بنائه على كون ردها حلا لعقد القرض أو ان القيمة فى القيمات لا تكون متعينة بل ادائها من باب الارفاق- و عليه فكما يجوز رد العين يجوز رد المثل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣١٤

و أن قوى خلافه بعض بل ربما احتمال جواز دفع المثل. و لو سقط من القيمة بالكلية و أن كان الحق خلافه فتبين أن النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين و لا يضمن به عند المشهور، كما فى أكثر الأمثلة، ثم أن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحققه، لا يجدى بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميا، ففى موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق و عموم الآية (١) بناء على ما هو الحق المحقق من أن العام المخصص بالمجمل مفهوم المتردد بين الأقل و الأكثر،

لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك فحاصل الكلام إن ما اجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التى يختلف بها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف بناء على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت مضافا إلى الخبر الوارد فى أن اللازم على من عليه دراهم الثابت فى ذمة من اقترض دراهم و أسقطها السلطان و روج غيرها هى الدراهم الأولى (٢) و ما أجمع على كونه قيمتا يضمن بالقيمة، بناء على ما سيجىء من الاتفاق على ذلك و إن وجد مثله

(١) قوله و عموم الآية ما ذكره قده لا يتم فى الشبهة المصدقية لعدم جواز التمسك بالعام فيها مطلقا.

(٢) قوله مضافا الى الخبر الوارد فى ان اللازم على من عليه دراهم الثابت فى ذمة ... هى الدراهم الاولى النص هو صحيح معاوية عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها شىء الصاحب الدراهم الاولى أو الجائزة التى تجوز بين الناس فقال عليه السلام لصاحب الدراهم الاولى «١» و مكاتبه يونس الى ابى الحسن الرضا عليه السلام انه كان لى على رجل دراهم و ان السلطان اسقط تلك الدراهم و جاءت دراهم اعلى من الدراهم الاولى و لها اليوم و ضيعه فأى شىء له عليه الاولى التى اسقطها السلطان

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الصرف حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣١٥

أو كان مثله فى ذمة المالك و ما شك فى كونه قيميا أو مثليا يلحق بالمثل مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع و التالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمي (١)

فتأمل. (٢)

أو الدراهم التى اجازها السلطان فكتب عليه السلام لك الدراهم الاولى «١» و ظاهرهما فى بادئ النظر و ان كان سقوط مالية الدراهم رأسا الا انها قابلان للحمل على نقص القيمة و بازائهما مكاتبه اخرى ليونس قال كتبت الى ابى الحسن الرضا عليه السلام ان لى على رجل ثلاثة آلاف درهم و كانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الايام و ليست تنفق اليوم فلى عليه تلك الدراهم باعيانها أو ما

ينفق اليوم بين الناس قال فكتب عليه السلام الى لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس و الترحيح للاولين (١) قوله و مع الاختلاف الحق بالقيمي ربما يورد عليه كما عن جمع من المحشين منهم السيد الطباطبائي قده من انه، بناء على الرجوع الى، عموم ما دل على وجوب المثل مطلقا في مورد الشك في المثلية و القيمة، كما هو مختاره قده على ما صرح به قبل اسطر لا فرق بين ما علم مثلية و ما شك فيها، فكما انه في المورد الاول يجب اداء المثل و ان فرض نقصان قيمته في زمان الدفع عن قيمة التالف كذلك في المورد الثاني لا بد من البناء عليه، فلا وجه للبناء على اللاحق بالقيمي و لكن الظاهر هو الفرق بينهما: فانه فيما علم مثليته انما حكم بذلك للاجماع المختص بذلك المورد، و الا فقد صرح قبل ذلك بان مقتضى الآية و اطلاقات الضمان عدم الزام المالك بالمثل لاقتضاءهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، و على هذا ففي مورد الشك حيث لا إجماع على ذلك فلا يكون هو المتعين.

(٢) قوله فتأمل الظاهر انه اشارة الى ان مقتضى الادلة المتقدمة على مسلكه من دلالتها على اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية- هو دفع المثل مع تفاوت القيمة لا الرجوع الى القيمة مطلقا.

(١) نفس المصدر ح: ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٦

الخامس: ذكر في القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد

إشارة

- انتهى - (١)

اقول كثرة الثمن ان كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر انه لا إشكال في وجوب الشراء و لا خلاف (٢) كما صرح به في الخلاف حيث قال: إذا غصب ماله مثل كالجوب (كاللحوم) و الادهان فعليه مثل ما تلف في يده يشتره بأى ثمن كان بلا خلاف. و في المبسوط يشتره بأى ثمن كان اجماعا، انتهى.

إذا لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل

(١) قوله الخامس: ذكر في القواعد: انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل

ففي وجوب الشراء تردد.

قبل الشروع في البحث لا بد من تقديم مقدمات:

الاولى: انه إذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها و ان زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية، أو لترقى القيمة السوقية. و ان نقصت قيمتها فان كان ذلك من جهة تلف وصف من اوصافها أو جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد، و ان كان ذلك من جهة تنزل القيمة السوقية يكتفى بردها لعدم اشتغال ذمته الا بها، بل لو سقطت عن المالية بالكلية لا يجب عليه رد شيء آخر. الثانية: ما تقدم من ان الحق شغل الذمة بنفس العين الى حين الأداء، بمعنى كون العين في العهدة و ان الانتقال الى المثل أو القيمة انما هو حين الأداء.

(٢) الثالثة: ان محل الكلام في المقام ليس هو ما إذا ازدادت القيمة السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فانه لا

إشكال في هذا المورد في وجوب الشراء فانه ان اريد اداء القيمة لا بد من اداء قيمة يوم الأداء. فعلى اى تقدير يتعين صرف هذا المقدار من المال فلا وجه لتوهم عدم وجوب الشراء للضرر وغيره، بل محل البحث ما إذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمن غال و هي الصورة الثانية للمسألة ذكرها المصنف قدس سره بعد التعرض لمسألة اخرى و هي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٧

و وجهه عموم النص و الفتوى بوجوب المثل في المثلى و يؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال الى القيمة، بل،

ربما احتمال بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية (١) كالماء على الشاطى، و الثلج في الشتاء.

إذا سقط المثل عن المالية

(١) قوله: بل ربما احتمال بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية.

قد تقدم انه لا إشكال في انه إذا سقطت العين المأخوذة عن المالية من دون ان ينقص منها شىء و لا من صفاتها و منافعها لا يجب عليه شىء سوى ردها.

انما الكلام فيما إذا تلفت و كانت مثلية و سقط المثل عن المالية و الأظهر هو عدم الانتقال الى القيمة و كفاية رد المثل، و ذلك فان مقتضى الأدلة وجوب المثل، و أما المالية المنتزعة من ميل الناس و رغبتهم أو اعتبار من بيده الاعتبار كالتومان المتداول في هذا الزمان فهي لا تكون مضمونة.

و ان شئت قلت: ان العين بما لها من الخصوصيات تكون في العهدة الى حين الأداء، و هي في الفرض حين الأداء لا قيمة لها، فلا وجه للانتقال الى القيمة، و اداء قيمة يوم الأخذ أو يوم التلف و الفائت انما هو رغبات الناس أو اعتبار المعبر لا شىء من المأخوذ و يشهد لما اخترناه- مضافا الى انه مقتضى القاعدة:

صحيح معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها شىء الصاحب الدراهم الدراهم الأولى، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال عليه السلام: لصاحب الدراهم الدراهم الأولى. «١» و قد استدلت لضمان المالية في هذه الصورة بوجوه:

الأول: ان الزمان و المكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتها، فان الماء

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الصرف حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٨

...

في مفازة الحجاز غير الماء على الشاطى، و الثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف، فإذا اخذ الماء في المفازة و الثلج في الصيف تكون خصوصية الزمان و المكان في عهدة الضامن و لا- يكون ردهما في الشاطى و الشتاء أداء للمأخوذ، فلا مناص عن رد القيمة أداء للخصوصيتين.

و فيه: - مضافا الى ان لازم ذلك لزوم تدارك المالية إذا سقطت العين عن المالية،

و تدارك النقصان إذا نقص المثل عن التالف من حيث القيمة، مع انهم غير ملتزمين بذلك- ان الزمان و المكان ليسا دخيلين في المالية، بل اصل القيمة و ترقيتها ينشآن من كثرة الراغب و قلة الوجود، كما ان عدمها و تنزلها ينشآن من كثرة الوجود و قلة الطالب بلا دخل للزمان و المكان في ذلك، فان الثلج في الصيف إذا كثر لو قل طالبه تنقص ماليته أو يسقط عنها، و هو في الشتاء إذا قل و كثر راغبه يصير غاليا. فالمعيار ما ذكرناه.

و بالجملة: سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في ذلك الشيء كما إذا صار الثلج ماء، و اخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لأجل كثرة وجوده أو غير ذلك مع بقاءه على ما هو عليه من الخصوصيات، ففى الأول يحكم بالضمان لعموم ادلته، و لا يحكم به فى الثانى.

الثانى: حديث لا ضرر «١» بتقريب: ان المأخوذ حين اخذه كان له مالية، فإذا رد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضررا على المالك، و الحديث ينفيه.

و فيه: انه لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصرى الشيخ الأعظم ره- و هو نفى الضرر غير المتدارك- تم ما ذكر، فان لازمه ثبوت التدارك فى موارد الضرر بالأمر به فى الشريعة المقدسة، و ان كان ثبوت ضمان الاخذ على هذا الوجه ايضا لا يخلو من اشكال، فان غاية ما يقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك، اما كون المتدارك هو الاخذ فلا يدل عليه، فليكن التدارك من بيت المال. و لكن قد حققنا فى محله ضعف المبنى و ان

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب احياء الموات.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣١٩

و أما ان كان لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه الا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الاعواز بحيث يعد بذل ما يريد مالكة بازائه ضررا عرفا، و الظاهر ان هذا هو المراد بعبارة القواعد لأن الثمن فى الصورة الاولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل،

الحديث انما ينفى الأحكام الضررية و لا يثبت به حكم، فلا يثبت به الضمان فى المقام.

الثالث: ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و هو: ان دليل وجوب رد المثل انما يكون دليلا على التضمين و التبريم، فلا بد من رعاية حيثية المالية، إذ المال التالف لا يتدارك الا بالمال. ثم قال: و منه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية و سقوط المثل عن المالية، فان رد الملك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها، لكن التضمين و التبريم بلحاظ ماليتها، فيجب حفظ المالية فى الثانى دون الأول.

و لكن يرد عليه قده امران الأول: انه لا فرق بين العين و المثل، و وجوب رد كليهما انما ثبت بعموم على اليد،

و هو بالنسبة اليهما على حد سواء، فلو قلنا بلزوم غرامة المالية فى المثل لا مناص عن القول به فى العين.

الثانى: ان ادلة الضمان انما تدل على وجوب رد العين مع وجودها، و المثل بعد تلفها ان كان مثليا، و قد تقدم ان المماثلة المعبرة هى المماثلة من حيث الحقيقة، و حيث ان المالية ليست صفة فى العين أو المثل، فلا وجه لضمانها.

و ان شئت قلت: ان العين بعد تلفها انما تكون فى العهدة الى حين الأداء، و هى على الفرض لا مالية لها حينه، فلا وجه لأدائها.

فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر ره و احتمله فى القواعد من انه إذا سقط المثل عن المالية لا ينتقل الفرض الى القيمة بل يكفى رد المثل

(الصورة الثانية)

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٠

و انما زاد على ثمن التالف يوم التلف. و حينئذ فيمكن التردد في الصورة الثانية كما قيل من ان الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفارة و الهدى و انه يمكن معاندة البائع و طلب اضعاف القيمة و هو ضرر، و لكن الاقوى مع ذلك و جوب الشراء (١) وفاقا للتحرير، كما عن الايضاح و الدروس و جامع المقاصد بل اطلاق السرائر و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الاولى. (٢)

و كيف كان فالاقوال في ما هو محل البحث و هو ما إذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمان غال ثلاثة (١) الاول ما عن جماعة منهم المصنف ره و هو وجوب الشراء الثاني: عدم وجوب الشراء و ان حكمه حكم تعذر المثل - و سيأتي - اختاره جمع آخرون.

الثالث: ما افاده السيد ره و غيره و هو التفصيل بين ما لو علم الاخذ بعدم الاستحقاق، و ما لو لم يعلم بذلك، فيجب الشراء في الأول دون الثاني.

(٢) و استدلل للاول: باطلاق النص و الفتوى بوجوب المثل في المثلى.

وفيه: ان اطلاق النص ترفع اليد عنه بحديث لا ضرر «١» الحاكم على جميع ادلة الأحكام الواقعية.

و اورد على التمسك بحديث لا ضرر في المقام بايرادات:

الأول: ان هذا الحكم بنفسه ضررى في جميع الموارد، فلا محالة يكون دليله مخصصا للحديث.

وفيه: انه لا يتم بالنسبة الى المقدار الزائد كما لا يخفى.

الثاني: ان جريان دليل الضرر في الزام الضامن بالشراء يعارض مع منع المالك من مطالبته المثل بحقه.

وفيه: ان كون حقه المثل في هذا الفرض اول الكلام.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات و غيره من ابواب المتقدمة إليها الاشارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢١

...

الثالث: انه لا- ضرر في متعلق التكليف و هو دفع المثل، و انما الضرر في مقدماته و هو شراء المثل بازيد من ثمن المثل. فلا وجه للتمسك بحديث نفى الضرر لعدم وجوبه.

وفيه: اولاً: ان المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر.

و ثانياً: ان حديث لا ضرر لا يختص بما إذا كان متعلق الحكم ضرورياً، بل يدل على نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر. و في المقام الضرر انما ينشأ من وجوب دفع المثل.

الرابع: انه اقدم الضامن بنفسه عليه بقبضه مال الغير بلا استحقاق.

وفيه: اولاً: انه لو تم فانما هو في صورة العلم بعدم الاستحقاق، و أما في صورة الجهل فلا يتم.

و ثانياً: ان اخذ العين انما يكون اقداما على ضمان المثل و ان كان لم يوجد الا باكثر من ثمن المثل إذا كان حكمه في الشريعة هو ذلك، فلا يصح تعليل الحكم بذلك لاستلزامه الدور. و بعبارة اخرى: الأقدام على الضرر انما يكون متوقفاً على ثبوت هذا الحكم، و لو توقف ذلك عليه لزم الدور.

و ثالثاً: ان الأقدام على الضرر ليس من موانع جريان حديث لا- ضرر الا- فى الموارد التى يكون رفع الحكم خلاف الامتنان أو غير موافق له.

و الغريب ان السيد قدده فى العروة بنائه على ذلك، و لذا افتى ببطلان وضوء من تحمل الضرر و توضأ، و مع ذلك فى المقام استند الى قاعدة الأقدام.

و رابعاً: ان الإقدام المانع عن جريان الحديث و التمسك به هو الأقدام على الضرر- كما لو توضأ بالماء مع كون الوضوء ضرورياً، أو اشترى شيئاً مع علمه بعدم مساواته مع الثمن قيمةً. و أما لو فعل فعلاً، الذى لو حكم الشارع بحكم يكون ذلك الحكم ضرورياً، كما لو اكل فى الليل شيئاً يكون اكله، سبباً لكون الصوم ضرورياً عليه، أو اجنب نفسه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٢٢

ثم انه لا فرق فى جواز مطالبه المالك بالمثل بين كونه فى مكان التلف أو غيره (١) و لا- بين كون قيمته فى مكان المطالبة ازيد من قيمة فى مكان التلف ام لا، وفاقاً لظاهر المحكى عن التحرير و التذكرة و الايضاح و الدروس و جامع المقاصد، و فى السرائر انه الذى يقتضيه عدل الاسلام و الأدلة و اصول المذهب و هو كذلك لعموم الناس مسلطون على أموالهم، هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبة، و أما مع تعذره فسيأتى حكمه فى المسألة السادسة.

مع كون الغسل ضرورياً عليه- فلا يكون ذلك الأقدام سبباً لعدم شمول الحديث. فتدبر فانه دقيق.

و المقام من قبيل الثانى، فان اخذ العين هو المقدم عليه و هو ليس ضرورياً، و الضرر انما ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشملة لا ضرر.

فتحصل: ان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب الشراء و يشهد له: - مضافاً الى ذلك- ما تقدم من ان وجوب رد المثل انما هو فيما لو كان المثل كثيراً مبذولاً، و الا فهو قيمى، و لا فرق فى ذلك بين كون عزة الوجود بدويةً أو طارئةً، فكون الشئ مثلياً فى زمان لا يوجب كونه كذلك الى الأبد. فالأظهر عدم وجوب الشراء.

و مما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و جوابه.

(١) قوله لا فرق فى جواز مطالبه المالك بين كونه فى مكان التلف أو غيره.

لا ينبغى التوقف فى جواز مطالبه المالك لماله من العين أو المثل فى اى مكان كان لعموم الناس مسلطون على أموالهم «١» و كذا لا إشكال فى وجوب رد العين إذا كانت موجودة، و المثل إذا كانت قيمته فى مكان المطالبة مساويةً لقيمه فى مكان التلف، انما الكلام فيما إذا كانت قيمته فى مكان المطالبة ازيد من قيمته فى مكان التلف،

وفيه وجوه و اقوال:

الأول: وجوب رده على الضامن.

الثانى: عدم وجوبه.

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٢٣

السادس: لو تعذر المثل فى المثلى (١) فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبه المالك،

لأن منع المالك ظلم و الزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر (٢)
فوجب القيمة جمعا بين الحقين

الثالث: التفصيل بين البلدان التي نقل الضامن العين إليها و بين غيرها، فان طالبه في احد تلك البلدان وجب الرد، و ان طالبه في غيرها لا يجب.

و استدل السيد قده للأخير: بانصراف ادلة الضمان نظير ما يقال في القرض من الانصراف الى بلد وقوعه فان الاستفادة منها وجوب الرد و الدفع في مكان ذلك المال، و لا يفهم جواز الالزام في كل مكان اراد المالك.

و فيه: انه في باب القرض يتم ما ذكر لكون الانصراف هناك عقديا، و هذا بخلاف باب الضمان.

و الأظهر هو الأول، لأن العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدم، فمال المالك في عهدة الضامن، و مقتضى عموم على اليد ما اخذت و غيره من الأدلة لزوم الخروج عن عهده في اي مكان كانت المطالبة.

لو تعذر المثل في المثلي

(١) قوله السادس: لو تعذر المثل في المثلي.

و الكلام في هذا الأمر يقع في مقامات:

الأول: في انه إذا تعذر المثل في المثلي هل يكون مضمونا بالقيمة ام لا؟ و الكلام في هذا المقام يقع في موردين:

الأول: في ما إذا طالب المالك.

الثاني: في فرض عدم مطالبته.

اما المورد: فقد استدل على الانتقال الى القيمة بوجوه:

(٢) احدها: ما ذكره المصنف ره بقوله: لان منع المالك ظلم، و الزام الضامن بالمثل

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٤

...

منفي بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين.

و فيه: ان الامتناع عن اداء القيمة انما يكون ظلما إذا كان حقه هو القيمة في فرض تعذر المثل، و الا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا انه ممنوع عن حقه، فثبوت الاستحقاق به دورى.

الثاني: ما افاده السيد في الحاشية و المحقق النائيني ره، و هو: أنه للعين جهات ثلاثا: الخصوصية الشخصية، و الخصوصية النوعية، و الحيثية المالية. فبمقتضى الأدلة وجب رد جميعها على الاخذ فكما انه إذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الأخيرتين.

كذلك إذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.

و فيه: ان المالية الواجب ردها في المثلي انما هي المالية الخاصة الموجودة في المثل، فوجوب رد مالية اخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج الى دليل آخر.

الثالث: ما استند إليه السيد قدس سره ايضا، و هو حديث لا ضرر «١» فانه يدل على نفى كل حكم وجودى أو عدمى ينشأ منه الضرر في الشريعة و من تلك الأحكام هذا الحكم.

وفيه: ان لزوم الصبر على المالك و جواز تأخير الضامن بالقياس الى المثل و ان كانا ضررين الا انهما عقليان و من باب تعذر ادائه و أما عدم لزوم اداء القيمة فهو لا يكون ضررا عليه، فان الامتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه، و اثبات حقه به دور واضح.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات و غيره من الابواب المتقدمة إليها الاشارة.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٥

مضافا الى قوله تعالى: (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) فَإِنَّ الضامن إذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى (١) و أما مع عدم مطالبه المالك (٢) فلا دليل على الزامه بقبول القيمة لأن المتيقن ان دفع القيمة علاج لمطالبه المالك، و جمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة. و حق الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور. و ما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل، و ما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة و الايضاح

(١) الرابع: ما افاده المصنف ره ايضا، و هو قوله تعالى: (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) «١» بتقريب: ان الضامن إذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى.

وفيه: ان الآية على فرض دلالتها على الضمان، انما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل، و لا تدل على ان الاعتداء المأمور به هو ما لا يزيد على ما اعتدى عليه، و الا لزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل.

و الصحيح ان يستدل له بما تقدم من ان الشيء إذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمى، من غير فرق بين التعذر فى جميع الأعصار أو فى عصر واحد و من باب الاتفاق.

فالمثلى المتعذر مثله قيمى، فللمالك مطالبه القيمة لأنها حقه.

و الغريب ان المحقق النائينى ره مع تصريحه بهذا فى الأمر السابق لم يلتزم به فى المقام بل صرح بخلافه. فراجع.

(٢) المورد الثانى: فى انه إذا لم يطالب المالك فهل للضامن الزام المالك بقبول القيمة ام لا؟ فيه وجهان بل قولان:

اظهرهما الأول: فانه بناء على ما عرفت فى وجه لزوم اداء القيمة لو طالب المالك يكون حق المالك ثابتا فى القيمة قبل المطالبة، فللضامن الزامه بقبول حقه.

(١) البقرة: ١٩٤.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٦

حيث ذكرا فى رد بعض الاحتمالات الآتية فى حكم تعذر المثل ما لفظه ان المثل لا يسقط بالاعواز أ لا ترى ان المغضوب منه لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به، و انما المصير الى القيمة وقت تغريمها، انتهى. لكن اطلق كثير منهم: الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، و لعلمهم يريدون صورة المطالبة و الا فلا دليل على الاطلاق و يؤيد ما ذكرنا ان المحكى عن الأكثر فى باب القرض ان المعتبر فى المثلى المعتذر و قيمته يوم المطالبة. نعم عبر بعضهم بيوم الدفع، فليأمل. و كيف كان فلنرجع الى حكم المسألة فنقول أن المشهور أن العبرة فى قيمة المثل المعتذر بقيمته يوم الدفع (١) لأن المثلى ثابت فى الذمة الى ذلك الزمان و لا دليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذر ادائه. و قد صرح بما ذكرنا المحقق

نعم بناء على ما افاده المصنف ره فى وجه ذلك اولا ليس للضامن الزامه بذلك، فان الانتقال الى القيمة انما يكون من جهة الجمع بين الحقين، فإذا لم يطالب المالك لما كان وجه للانتقال.

و بهذا التقريب يظهر انه لا يرد عليه ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره من انه إذا جاز للمالك مع تعذر المثل مطالبة القيمة كشف ذلك عن ان حقه هو القيمة، فجاز الزامه باخذ القيمة و تفرغ ذمة الضامن عن حقه.

العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم

المقام الثانى: فى ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم فى المتن

(١) المشهور ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة يوم الدفع.

و الوجوه المحتملة التى بعضها اقوال خمسة عشر،

الا ان ما يمكن ان يذكر له وجه عشرة كما ستعرف و منشأ الاختلاف الخلاف فى امرين:

احدهما: ان المدار فى القيمى على قيمة يوم الدفع، أو قيمة يوم الغصب، أو قيمة يوم التلف، أو اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم الدفع، أو الأعلى من يوم الأخذ الى يوم التلف. و سيأتى فى الأمر السابع تنقيح القول فى ذلك.

ثانيهما: انه بناء على الانتقال الى القيمة هل العين تصير قيمة أو القدر المشترك بينهما يكون قيميا؟

منهاج الفقه (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٢٧

الثانى، و قد عرفت من التذكرة و الايضاح ما يدل عليه، و يحتمل اعتبار وقت تعذر المثل و هو للحلى فى البيع الفاسد. و للتحريير فى باب القرض، و محكى عن المسالك لأنه وقت الانتقال الى القيمة و يضعفه انه ان اريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمة الى القيمة فى ذلك الوقت: فلا دليل عليه و ان اريد عدم وجوب اسقاط ما فى الذمة الا بالقيمة فوجوب الاسقاط بها و ان حدث يوم التعذر مع المطالبة، الا انه لو اخر الاسقاط، بقى المثل فى الذمة الى تحقق الاسقاط و اسقاطه فى كل زمان باداء قيمته فى ذلك الزمان، و ليس فى الزمان الثانى مكلفا بما صدق عليه الاسقاط فى الزمان الأول. هذا و لكن لو استندنا فى لزوم القيمة فى المسألة الى ما تقدم سابقا من الآيه و من ان المتبادر من اطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع الى اقرب الاموال الى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيرورة التالف قيميا بمجرد تعذر المثل (١) إذ لا فرق فى تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما فى القيميات و بين طروه بعد التمكن، كما فى نحن فيه و دعوى اختصاص الآيه و اطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم ثم ان فى المسألة احتمالات اخر ذكر اكثرها فى القواعد.

و حق القول فى المقام يقتضى البحث فى موردين:

الأول: فى بيان المختار.

الثانى: فى بيان الوجوه التى ذكرت أو يمكن ان تذكر لسائر الأقوال.

اما الأول: فحيث عرفت ان العين تكون فى العهدة الى زمان الأداء و عرفت فى ضابط القيمى و المثلى ان العين المتعذر مثلها تصير قيمياً،

و ستعرف ان العبرة فى القيميات بقيمة يوم الأداء،

فلا محالة تعرف ان المدار فى المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع.

(١) و أما الثانى: فان قيل: ان المأخوذ بنفسه يصير، قيمياً تأتى فيه احتمالات خمسة، و هى: قيمة يوم الاخذ. قيمة يوم التلف. قيمة يوم الأداء اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف. اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع.

منهاج الفقه (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٢٨

وقوى بعضها في الايضاح وبعضها الشافعية. وحاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها انه اما نقول باستقرار المثل في الذمة الى اوان الفراغ منه بدفع القيمة وهو الذي اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار القيمة عند الاقباض، وذكره في القواعد خامس الاحتمالات. واما ان نقول بصيرورته قيمياً عند الاعواز، فإذا صار كذلك. فإما ان نقول: ان المثل المستقر في الذمة قيمى (١) فيكون القيمة صفة للمثل. بمعنى انه لو تلف وجب قيمته. واما ان نقول: ان المغصوب انقلب قيمياً بعد ان كان مثلياً. فإن قلنا بالأول فإن جعلنا الاعتبار في القيمي يوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة يوم الاعواز، كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد. و التحرير في باب القرض لأنه يوم تلف القيمي. و ان جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر في القيمي كان المتجه اعتبار زمان تلف العين لأنه اول ازمته وجوب المثل في الذمة، المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه

(١) و ان قيل ان المثل يصير قيمياً، جاء فيه احتمالات خمسة و هي: قيمة يوم تلف العين فانه يوم غضب المثل و كونه في الذمة الى يوم اعواز المثل، قيمة يوم الاداء، قيمة يوم الاعواز باعتبار كونه يوم تلف المثل، اعلى القيم من يوم تلف العين الذي هو يوم غضب المثل الى يوم اعواز المثل الذي هو يوم تلفه، اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الاداء. و ان قيل: ان الجامع بينهما يصير قيمياً، جاء فيه ايضا احتمالات خمسة، و هي: قيمة يوم الاداء و قيمة يوم الغصب و هو يوم غضب العين، إذ غضب القدر المشترك يكون بغضب العين. و قيمة يوم التلف، و هو يوم اعواز المثل، فان تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل و عدم التمكن من ادائه و اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع. و اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.

و حيث ان احتمالين من احتمالات كون المثل قيمياً- و هما الأولان- ينطبقان مع احتمالين من القول بكون المأخوذ قيمياً- و هما الثاني و الثالث- كما لا يخفى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٩

و هذا مبنى على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

و ان جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف، كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب، كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز، و ذكر هذا الوجه في القواعد ثانياً الاحتمالات.

و ان قلنا: ان التالف انقلب قيمياً، احتمل الاعتبار بيوم الغصب، كما في القيمي المغصوب، و الاعتبار بالأعلى منه الى يوم التلف. و ذكر هذا اول الاحتمالات في القواعد.

و ان قلنا: ان المشترك بين العين و المثل صار قيمياً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل، لاستمرار الضمان في ما قبله من الزمان. اما للعين، و أما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب الى التلف. و هذا ذكره في القواعد

ثالث الاحتمالات، و احتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب الى دفع المثل، و وجهه في محكى التذكرة و الايضاح بأن المثل،

لاستمرار الضمان في ما قبله من الزمان. اما للعين، و أما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب الى التلف. و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات، و احتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب الى دفع المثل، و وجهه في محكى التذكرة و الايضاح بأن المثل

لا يسقط بالاعواز، قالوا: ألا ترى انه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقه، فالمصير الى القيمة عند تغريمها (١) و القيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم.

و حاصله ان وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه الى وجوب مبدله اعنى العين فيجب اعلى القيم منها، فافهم.

و احتمالات اربعة من القول بكون الجامع يصير قيميا، و هي غير الأخير تنطبق مع احتمالات القولين الأولين، و انما لا ينطبق خصوص الأخير من جهة انه على هذا المسلك يكون هو الأعلى من يوم غضب العين الى يوم الأعواز. فالمتحصل من هذه المسالك: ان الاحتمالات التي لها وجه تسعة. و هناك احتمال آخر، (١) و هو: كون المدار على قيمة يوم المطالبة بناء على ان انقلاب المثل إليها انما هو حينهما. هذه هي المحتملات التي لها وجه، و أما غير تلكم من الاحتمالات فاما لا أساس له، او لا تتفاوت به القيمة مع المحتملات المذكورة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٠

إذا عرفت هذا، فاعلم ان المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلى هو انه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة، غاية الامر يجب اسقاطه مع مطالبه المالك، فالعبرة بما هو اسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة الا يوم الاسقاط و تفرغ الذمة. و أما بناء على ما ذكرنا من ان المتبادر من ادلة الضمان التغريم بالاقرب الى التالف فالأقرب، كان المثل مقدما مع تيسره و مع تعذره ابتداء كما في القيمي، أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه كان المتعين هو القيمة. فالقيمة قيمة للمغضوب من حين صار قيميا، و هو حال الاعواز فحال الاعواز معتبر من حيث انه اول ازمته صيرورة التالف قيميا لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين. فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي، توجه ما اختاره الحلوى رحمه الله و لو قلنا بضمان القيمي باعلى القيم من حين الغضب الى حين التلف، كما عليه جماعة من القدماء توجه ضمانه فيما نحن فيه باعلى القيم من حين الغضب الى زمان الاعواز، إذ كما ان ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القيم كذلك بشرط تعذر المثل في المثلى، إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثليا كان اداء مثلها عند تلفها كرد عينها في الغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل.

فإن قلنا ان تعذر المثل يسقط المثل كما ان تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغضب الى زمان الاعواز، و هو اصح الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل.

و ان قلنا: ان تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيم فيما بعد تعذر المثل ايضا مضمونا فيتوجه ضمان القيمة من حين الغضب الى حين دفع القيمة، و هو المحكى عن الايضاح، و هو اوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣١

ثم اعلم ان العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثلى و المثل موجود، ثم اعوز (١) و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل، بعد تيسره في بعض ازمته التلف لاما تعذر فيه المثل ابتداء. و عن جامع المقاصد انه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف، و لعله لعدم تنجز التكليف

فتحصل ان المحتملات التي لها وجه عشرة:

الأول: قيمة يوم قبض العين.

الثاني: قيمة يوم تلفها.

الثالث: قيمة يوم اعواز المثل.

الرابع: قيمة يوم الدفع.

الخامس: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الدفع.

السادس: اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الأداء.

السابع: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم تلفها.

الثامن: اعلى القيم من يوم قبض المثل - اى تلف العين - الى يوم الأعواز.

التاسع: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الأعواز.

العاشر: قيمة يوم المطالبة.

و بذلك يظهر عدم تمامية ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان الاحتمالات ثمانية،

مع ان المحتمل الثالث فى كلامه قده متحد مع الخامس. فراجع و تدبر.

لا فرق بين التعذر البدوى و الطارى

(١) المقام الثالث: ظاهر كلام العلامة ره اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طروء التعذر، لاما تعذر فيه المثل ابتداء.

و عن جامع المقاصد: انه حينئذ يتعين كون التالف قيما. و ذكر فى وجه التفصيل امور:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٣٢

بالمثل عليه فى وقت من الاوقات (١) و يمكن ان يחדش فيه بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه فى الذمة ابتداء (٢) كما لا

يشترط فى استقراره استدامتا على ما اعترف به مع طروء التعذر بعد التلف. و لذا لم يذكر احد هذا التفضيل فى باب القرض.

و بالجملة فاشتغال الذمة بالمثل ان قيد بالتمكن، لزم الحكم بارتفاعه بطروء التعذر و الا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من اول الأمر، الا

ان يقال ان ادلة وجوب المثل ظاهرة فى صورة التمكن و ان لم يكن مشروطا به عقلا، فلا تعم صورة العجز، (٣) نعم إذا طرأ العجز فلا

دليل على سقوط المثل و انقلابه قيما.

و قد يقال على المحقق المذكور: ان اللازم مما ذكره انه لو ظفر المالك بالمثل قبل اخذ القيمة لم يكن له المطالبة و لا أظن احدا

يلتزمه و فيه تأمل

(١) الاول: انه فى صورة التعذر ابتداء لا يكون التكليف لأداء المثل منجزا فى وقت من الأوقات، و هذا بخلاف صورة التعذر الطارى.

(٢) و اورد عليه المصنف ره: بان التمكن من الاداء ليس شرطا فى الحكم الوضعى، اى اشتغال الذمة بالمثل، كما لا- يشترط فى

استقراره استدامة.

و لكن: يرد على المصنف ره: ان مبنى التوجيه المزبور على ان الضمان ليس بنفسه امرا اعتباريا استقلاليا، بل هو منتزع من التكليف

الفعلى باداء البديل، و اساس الايراد انما هو كونه امرا اعتباريا مستقلا فى الجعل، فهما لا يردان على مبنى فارد.

فالحق ان يورد عليه: بانه بناء على كونه امرا اعتباريا، ان صح اعتباره فى فرض التعذر الطارى صح فى الابتدائى ايضا، فانه إذا لم يكن

مانع من اشتغال الذمة بالشىء مع عدم التمكن من ادائه صح ذلك فى التعذر البدوى، و الا لما صح بقاء ايضا.

(٣) الثانى: ما ذكره المصنف ره، و هو: ان الادلة فى مقام الاثبات قاصرة عن الشمول لصورة التعذر البدوى، و أما إذا طرأ العجز فلا

دليل على سقوط المثل أو انقلابه قيما.

و فيه: انه إذا كانت الأدلة فى مقام الأثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر الابتدائى، لزم ان لا تكون الذمة مشغولة بالقيمة فى القيمى

مع تعذر ادائها ابتداء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٣٣

ثم ان المحكى عن التذكرة ان المراد باعواز المثل ان لا يوجد في البلد و ما حوله. (١)

و زاد في المسالك قوله مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه.

و عن جامع المقاصد الرجوع فيه الى العرف و يمكن ان يقال: ان مقتضى عموم وجوب اداء مال الناس و تسليطهم على اموالهم اعيانا كانت ام في الذمة،

وجوب تحصيل المثل، كما كان يجب رد العين اينما كانت و لو كانت في تحصيله مئونة كثيرة، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأى ثمن كان، و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة.

الثالث: ما ذكره بعض اكابر المحققين، و هو: ان الفرق بين العجز البدوى و الطارئ عدم صدق ضابط المثلية في الأول، و صدقه في الثانى.

توضيحه: ان ضابط كون الشىء مثليا كون الشىء ذا مماثل موجود لا كونه ذا مماثل نوعا، و عليه فمع العجز البدوى لا يكون التالف مثليا بخلاف صورة طروء العجز.

و فيه: انه إذا كان ضابط المثلية كون الشىء ذا مماثل موجود، فعند طروء التعذر لا يكون بقاء كذلك، فلا- مناص عن القول بالانقلاب.

فتحصل: انه لا فرق بين الصورتين.

ثم ان هذا كله على مسلك المشهور من اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة و أما على المختار من كون العين فى العهدة، فعدم الفرق اوضح.

المراد من اعواز المثل

المقام الرابع: فى بيان المراد من الأعواز.

(١) فعن العلامة: ان المراد به عدم وجوده فى البلد و ما حوله، و عن المسالك زيادة قوله: مما ينقل إليه عادة، و عن المحقق الثانى: الرجوع فيه الى العرف.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٣٤

نعم لو انعقد الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز، تعين (١) ما عن جامع المقاصد كما ان المجمعين إذا كانوا بين معبر بالاعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الأخص و هو المتعذر لأنه المجمع عليه، نعم ورد فى بعض اخبار السلم انه إذا لم يقدر المسلم إليه (عليه) على ايفاء المسلم فيه تخير المشتري. (٢)

و من المعلوم ان المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلى المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه (٢)

(١) و المصنف ره ذهب الى الاخير بناء على الاجماع على ثبوت القيمة عند الأعواز، و أما إذا كان المجمعون بين معبر بالاعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الأخص و هو المتعذر.

(٢) ثم مال قده الى ما عن العلامة من جهة النص الوارد فى السلم انه إذا لم يقدر المسلم إليه على ايفاء المسلم فيه تخير المشتري. بتقريب: انه من المعلوم ان المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفى ذلك.

(٣) ثم قال: وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

ولكن الأعواز والتعذر لم يردا في رواية، ولا هما معقد اجماع تعبدى حتى ينازع في صدقهما، بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروا بهما، وعليه فيتعين ملاحظة القواعد.

ومحصل الكلام: ان هنا مسألتين - بعد مفروغية انه إذا كان المثل موجود أ ليس للمالك مطالبه القيمة و الزام الضامن بادائها و له الالزام باداء المثل.

الأولى: انه متى ليس للمالك الزام الضامن بالمثل.

الثانية: انه متى للمالك الزامه باداء القيمة.

اما الأولى: فليس للمالك الزامه بادائه إذا لم يتمكن عقلا أو شرعا، بان كان الأداء ضروريا عليه أو حرجيا. و بعبارة اخرى: متى انتفى احد الشروط للتكليف، من غير فرق في ذلك بين وجود المثل في البلد أو غيره، كما ان له الزامه به إذا كانت شروط التكليف موجودة، و لو كان المثل في بلد بعيد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٥

ثم ان في معرفة قيمة المثل (١) مع فرض عدمه اشكالا من حيث ان العبرة بفرض وجوده و لو في غايه العزة كالفاكهة في أول زمانها أو آخره أو وجود المتوسط،

الظاهر هو الأول لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم لو ألجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه الا ان يبذله بازاء عتاق الخيل و شبهها فان الراغب في الجمد في العراق من حيث أنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، و إنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلا، أو معالجة مشرف على الهلاك و نحو ذلك من الأغراض و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذر، كما ذكرنا في المسألة الخامسة فكل موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في

و أما الثانية: فليس له الزامه بادائها الا- إذا تعذر عقلا المثل، و الا فلو لم يكن متعذرا عقلا و لكن كان ادائه حرجيا أو ضروريا له ان يتحمل الضرر و الحرج، و يؤدي المثل. و هذا ايضا لا فرق فيه بين البلد و غيره.

في معرفة قيمة المثل

(١) المقام الخامس: في معرفة قيمة المثل.

منشأ اختلاف القيمة ان كان اختلاف الأيام و الفصول، فقد تقدم الكلام في تعيينها و ان كان اختلاف الأمكنه فسيأتى الكلام فيه و ان كان اختلاف الأيام في عزة الوجود و كثرته، فالميزان هو قيمة اليوم الذي عين لذلك، كان هو يوم الغصب أو يوم التلف أو يوم الأداء أو غير ذلك.

و بالجملة: حيث عرفت ان العين انما تكون في العهدة الى حين الأداء- و لذلك بنينا على ان المدار على قيمة يوم الأداء- فيفرض العين موجودة يوم الأداء، و تقوم و تؤدي تلك القيمة الفرضية. فلا اشكال في المسألة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٦

صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في التقويم عند عدمه ثم أنك قد عرفت أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان

فى غير بلد الضمان و كان قيمة المثل هناك أزيد، أما مع تعذره و كون قيمة المثل فى بلد التلف مخالفتها فى بلد المطالبة فهل له المطالبة باعلى القيمتين ام يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف وجوه (١) و فصل الشيخ فى المبسوط فى باب الغصب (٢) بأنه أن لم يكن فى نقله مئونة كالنقدين فله المطالبة بالمثل سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا، و إن كان فى نقله، مئونة فان كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا، لأنه لا ضرر عليه فى ذلك، و إلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصير حتى يوفيه بذلك البلد، ثم قال أن الكلام فى القرض كالقرض فى الغصب، و حكى نحو هذا عن القاضى أيضا فتدبر، و يمكن أن يقال أن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الاطلاق، لانصراف العقد إليه و ليس فى باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف

الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف

(١) السادس: إذا كانت قيمة المثل فى بلد المطالبة مخالفة لقيمتها فى بلد التلف،

فهل الاعتبار ببلد المطالبة، أو ببلد التلف، أو يتخير المالك فى التعيين، أو يخير الضامن فيه؟ وجوه:

المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره، و قد عرفت ان الأظهر جواز المطالبة فى كل مكان شاء المالك، و عليه فالعبرة فى المقام ببلد المطالبة.

(٢) و فصل فى المبسوط، بما محصاه: ان للمالك مطالبة القيمة فى كل مكان كان له مطالبة المثل، فان كان المثل مما لا مئونة فى نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقا، و ان كان فى نقله مئونة فان كانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بها ايضا مطلقا، و ان كان فى نقله مئونة و كانت القيمتان مختلفتين فليس له الا مطالبة قيمة بلد التلف.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٣٧

بقى الكلام فى انه هل يعد من تعذر المثل، خروجه عن القيمة (١) كالماء على الشاطىء إذا أتلفه فى مفازة و الجمد فى الشتاء إذا اتلفه فى الصيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأول، بل حكى عن بعض نسبه إلى الاصحاب و غيرهم و المصرح به فى محكى التذكرة و الإيضاح و الدروس قيمة المثل فى تلك المفازة، و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالىة.

فرع لو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله، ثم تمكن من المثل (٢) فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته وفاقا للعلامة رحمه الله. و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة،

لأن المثل كان دينا فى الذمة سقط بآداء عوضه مع التراضى، فلا يعود كما لما لو تراضيا بعوضه مع وجوده، هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز. و أما على القول بسقوطه و انقلابه قيميا.

و لكن يرد عليه: ان الضرر الذى لأجله حكم فى الصورة الأخيرة بعدم لزوم آداء المثل أو قيمته فى بلد المطالبة: ان كان من جهة الاحتياج الى مئونة النقل، فهو موجود فى الصورة الثانية، و ان كان من جهة زيادة القيمة فهو موجود فى الصورة الأولى، و ان كان من جهة مجموع الأمرين فيرد عليه: ان الانضمام يوجب زيادة الضرر لا أصله، فالالتزام بالتفصيل، و ان له المطالبة فى أى مكان شاء فى صورتين الأوليتين و ان العبرة ببلد التلف فى الأخيرة مما لا وجه له.

(١) قد مر الكلام على ذلك و عرفت ان روايتين يمكن استفادة حكم المقام منهما- و ان ارجحهما ما يدل على انه من تعذر المثل و سيأتى تمام الكلام فيه

لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

(٢) السابع: لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالأقوى عدم عود المثل في ذمته، وذلك بناء على المختار من ان التالف إذا تعذر مثله يصير قيميا واضح. فانه مع صيرورته قيميا و ادى الضامن القيمة فقد برئت ذمته، فلا موجب لاشتغال الذمة بالمثل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٨

فان قلنا بأن المغصوب انقلب قيميا عند تعذر مثله فأولى بالسقوط لأن المدفوع نفس ما في الذمة. و ان قلنا ان المثل بتعذره النازل منزلة التالف صار قيميا (١) احتمال وجوب المثل عند وجوده لان القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتي ان حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا،**إشارة**

فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة (٢)

و ان شئت قلت: ان القيمة بدل للعين لا للمثل، فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل.

(١) و أما بناء على ان المثل يصير قيميا،

فان قلنا ببقائه في الذمة الى حين الأداء و ان المالك يسقط خصوصية المماثلة للطبيعة و يطالب المالية و لذلك له ان يصبر الى ان يتيسر المثل فلا يعود المثل في ذمته ايضا، و كذلك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة من المثل الى قيمته.

نعم بناء على القول ببقاء المثل في الذمة يعقل اعتبار بدل الحيلولة من جهة انه بالتعذر لا يسقط المثل عن الذمة، و انما يؤدي القيمة لأن ينتفع بها الى ان يتيسر المثل
ضمان القيمي بالقيمة

(٢) السابع، لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة.

و الكلام في هذا الأمر يقع في موارد:

الاول: انه لا ريب و لا كلام في انه عند تعذر المثل في القيميات يكفي رد القيمة و انما الخلاف المتوهم في صورة وجود المثل من جميع الجهات أو ما يصدق عليه المثل، فالمشهور بين الأصحاب انه يكفي رد القيمة، و عن الاسكافي و المحقق: انه يجب رد المثل.

و ظني انهما غير مخالفين للمشهور، فان مورد كلامهما القرض، و لا يبعد فيه دعوى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٩

و يدل عليه الاخبار المتفرقة في كثير من القيميات، فلا حاجة الى التمسك بصحيفة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل، و لا بقوله عليه السلام من أعتق شقصا من عبد قوم عليه، بل الاخبار كثيرة. بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيميات، هو ذلك

بحسب المتعارف (١) إلا- أن المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذرا، بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات كالبغل والعبد ونحوهما لصورة تعذر المثل، كما هو الغالب. فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي وان فرض تيسر المثل له كما في من اتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلك العبد بعينه، وكما لو اتلف عليه ذرعا من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في اجزائه اصلا هو الاجماع كما يستظهر و على تقديره ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل. (٢)

ان المتعارف الشرط الضمني برد المثل و لو في بعض الصفات.

و يؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق في باب الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة، فمدعى عدم الخلاف في كفاية رد القيمة مع تيسر المثل غير مجازف.

(١) و كيف كان: فالاولى بيان ما هو المستفاد من الادلة، و قد تقدم في الامر السابق ان حديث على اليد لا نظر له الى هذه الجهة و آية الاعتداء لا تدل على الضمان،

و ان الاطلاق المقامى و الاجماع يقتضيان تعيين القيمة. فراجع.

(٢) قوله و على تقديره ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل مراده قده انه على تقدير الاجماع، على وجوب القيمة، مع تيسر ما يصدق عليه المثل عرفا، ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل فلا حزاؤه في كلامه لكن يرد عليه ان التفصيل خرق للاجماع و الادلة بالنسبة الى صورتين على حد سواء.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤٠

خصوصا مع الاستدلال عليه كما في الخلاف و غيره بقوله تعالى: (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) (١) بناء على ان القيمة مماثل للتالف في المالية، فإن ظاهر ذلك جعلها من باب الاقرب الى التالف بعد تعذر المثل، و كيف كان فقد حكى الخلاف في ذلك عن الاسكافى، و عن الشيخ و المحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض، فإن ارادوا ذلك مطلقا حتى مع تعذر المثل، فيكون القيمة عندهم بدلا عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالا في مسألة تعيين القيمة، متفرعا على هذا (ذلك) القول فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة (٢) منها صحيحة أبى ولاد الآتية، و منها رواية تفويم العبد و منها ما دل على انه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه (٣)

بحساب ذلك، فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف. و منها غير ذلك من الاخبار الكثيرة و ان ارادوا انه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيدا، نظرا الى ظاهر آية الاعتداء و نفى الضرر، لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد اللهم الا- ان يحقق اجماع على خلافه و لو من جهة ان ظاهر كلمات هؤلاء اطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسر و عدمه قولا ثالثا فى المسألة

(١) قوله خصوصا مع الاستدلال عليه كما في الخلاف و غيره بقوله تعالى (فَاعْتَدُوا) ... و فيه انه قد عرفت فى المسألة السابقة ان الآية الكريمة لا تدل على الضمان و على فرض دلالتها لا تدل على ما اختاره الشيخ الاكبر فراجع.

(٢) قوله فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة فى موارد كثيرة.

قد مر عدم دلالة الروايات على الانقلاب، مع ان خلاف الجماعة انما هو فى القرض لا فى غيره، فلا تكفى الروايات فى ردهم مع احتمال الفصل،

مضافا الى انه لو اغمض عن ذلك كله فهو المتيقن من الروايات فلا حاجة الى الاطلاق.

(٣) قوله و منها ما دل على انه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه و فيه انه ليس فى نصوص الرهن عنوان، السقوط بل فيها انهما يتردآن الفضل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤١

...

إذا كان لأحد الأمرين من الرهن و الدين عند تلفه فضل، و انه إذا كان الرهن يساوى ما رهنه فليس عليه شىء. الثانى: فى انه هل تشتغل الذمة حين التلف بالقيمة فى القيميات، ام تبقى العين فى العهدة الى حين الأداء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول.

و الحق هو الثانى لما تقدم فى الأمر السابق من ظهور حديث على اليد فى ذلك.

و لا ينافيه شىء من الأخبار،

اما ما دل على الضمان فواضح،

و أما النصوص المعينة للقيمة فلأن جملة منها مثل خبر السكونى عن الإمام الصادق عليه السلام الوارد فى السفر المطروحة الكثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين، فقال امير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن. (١)

و خبر على بن جعفر عن الإمام الكاظم عليه السلام فى رجل اصاب شاة فى الصحراء الدال على انه يأكلها و ان جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه. (٢) و مرسل الصدوق عن مولانا الصادق عليه السلام فى الطعام الذى وجد فى مفازة، المتضمن انه يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة ان جاء (٣).

و غير ذلك من النصوص التى تكون بهذا المضمون تكون فى مقام بيان ان للواجد ولاية على ان يبيع ما وجدته عن صاحبه لنفسه و يبقى الثمن فى ذمته الى ان يجئ صاحب المال، و اجنبية عن المقام بالمرّة و جملة اخرى منها لا يستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، و هذا يلائم مع كون العين فى العهدة.

(١) الوسائل - باب ٢٣ - من ابواب كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب كتاب اللقطة حديث ٧.

(٣) الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب اللقطة حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤٢

ثم انهم اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد (١) فالمحكى فى غاية المراد عن الشيخين و أتباعهما تعيين قيمة يوم التلف. و عن الدروس و الروضة نسبتة إلى الاكثر.

تعيين القيمة [بحسب ما تقضيه الاصول العلمية]

(١) قوله ثم انهم اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد.

الأقوال و الوجوه المحتملة فى المسألة فى كون المدار على أى يوم خمسة:

(١) القبض، نسب الى الأكثر.

(٢) يوم التلف، نسب الى الشيخين و اتباعهما، و عن الدروس و الروضة: نسبه الى الأكثر.

(٣) يوم الدفع.

(٤) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف.

(٥) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع.

و أما ما عن المفيد و القاضى و الحلبي من الاعتبار بيوم البيع، فالظاهر ارادة يوم القبض، فهو يرجع الى القول الأول.

و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى مواضع:

الأول: فيما تقتضيه الأصول العملية.

الثانى: فيما تقتضيه القواعد.

الثالث: فيما يقتضيه صحيح ابى ولاد و غيره من النصوص الخاصة.

اما الموضوع الأول: فعن العلامة و غيره: انها تقتضى القول الخامس، إذ اشتغال ذمته بحق المالك معلوم، و لا تحصل البراءة الا بالأعلى.

و اورد عليه: بان الأصل فى المقام البراءة لكون الشك فى التكليف الزائد.

و اجاب عنه المصنف ره: بان الأصل بالنسبة الى لزوم دفع القيمة و ان كان هو

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤٣

...

البراءة الا ان الأصل فى الضمان الاستفادة من على اليد هو الاستصحاب.

و حق القول فى المقام، انه ان قلنا بان الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية فى مواردھا- كما اختاره المصنف قدس سره-

فالمرجع اصالة البراءة، إذ لا شىء مجعول سوى لزوم دفع القيمة، و المفروض دورانها بين الأقل و الأكثر، فتجرى البراءة عن الزائد.

و ان قلنا بان الحكم الوضعى كالتكليفى متأصل فى الجعل، فان قلنا فى المقام بالانقلاب- بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة كما

هو المنسوب الى المشهور- فالمرجع هو البراءة ايضا، لأن شغل الذمة مشكوك فيه فتجرى البراءة. و ان قلنا بكون العين فى العهدة الى

حال اداء العوض، فالمرجع هو استصحاب بقاء العين و عدم السقوط الا بدفع الأكثر.

و بما ذكرناه ظهر أن ما افاده العلامة حق على المسلك المختار من بقاء العين فى العهدة بعد تلفها،

كما ظهر أن جواب المصنف ره لا يتم على مسلكه.

و أما الموضوع الثانى: فقد استدل العلامة للقول الأول- على ما نسب إليه:- بانه زمان ازالة يد المالك. توضيحه: ان القابض انما وضع

يده على ماله، مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية، و الصفات النوعية. مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص، فوجب عليه رده بما له

من الحيثيات إذا امكن الرد. و ان لم يمكن رد الخصوصية و الصفات النوعية للتلف و جب رد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت

اليد، و لا وجه لوجوب رد المراتب الاخر من المالىات، فانها مالىات واردة على ما هو تحت العهدة، لا ان العهدة واردة عليها.

وفيه: اولاً: المالية المنتزعة من رغبة الناس و ميلهم لا تقع تحت اليد، و لا تكون مضمونة كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤٤

و الوجه فيه على ما نبه عليه جماعة منهم: العلامة فى التحرير ان الانتقال الى البدل انما هو يوم التلف إذ الواجب قبله هو رد العين.

و ربما يورد عليه ان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة اما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا، و يدفع بأن معنى ضمان العين عند

قبضه كونه فى عهده و معنى ذلك و جوب تداركه ببدله عند التلف حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف و تداركه على هذا النحو

بالتزام مال معادل له قائم مقامه (١) و مما ذكرنا ظهر ان الاصل فى ضمان التالف ضمانه بقيمة يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك مثلا فبدليل خارج.

و ثانيا: ان لازم ذلك انه لو كانت العين باقية و لكن نقصت قيمتها لزوم دفع ما نقص.
و ثالثا: ان هذا الوجه لو تم لاقتضى كون المدار على اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم التلف، لأن على اليد لا يختص بحدوث اليد، بل يشمل بقائها، فكل زمان من ازمته كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك، فوجب ان يغرم اكثرها.
(١) و استدلل للقول الثانى فى المتن بان معنى ضمان العين عند قبضها كونها فى عهده، و معنى ذلك وجوب تداركها بديلها عند التلف حتى تكون عند التلف كأنها لم تتلف، و تداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لها قائم مقامها.
و فيه: انه بناء على المسلك الحق من بقاء العين فى العهدة الى حين الأداء لا وجه لرعاية قيمة يوم التلف كما لا يخفى، و به يظهر ان الحق هو القول الثالث، و هو ان العبرة بقيمة يوم الدفع.
و استدلل للقول الرابع بوجوه:
احدها: قاعدة نفى الضرر.

و فيه: اولاً: ان قاعدة نفى الضرر حاكمة على الأدلة المثبتة للحكم، و تدل على نفيه و لا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر.
و ثانيا: انها لو دلت على ذلك لزم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة مع بقاء العين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤٥

...

ثانيها: انه إذا تلفت العين فى يوم ارتفاع قيمتها ضمن الاعلى بناء على ان العبرة بيوم التلف، فكذلك إذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت فيضمن الأعلى، و لو تنزلت يوم التلف، لأن الغاصب منع المالك عن التصرف فى اليوم الذى ارتفعت قيمتها.
و فيه: - مضافا الى انه لو تم لاقتضى لزوم دفع ما نقص من القيمة مع رد العين، و انه لا- عبرة بيوم التلف- انه لا- دليل على كون الحيلولة سببا للضمان.

ثالثها: ما اساسه يبتنى على امرين: احدهما: شمول على اليد للمالية و كونها مضمونة. ثانيهما: الانقلاب- بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة- و قد عرفت ما فى كلا الأمرين.

و استدلل للقول الخامس: بالوجهين الأولين المذكورين فى سابقه اللذين تقدم ما فيهما.

و بما يبتنى على امرين.

الأول: بقاء العين فى العهدة الى حين الأداء الثانى: كون تفاوت الرغبات كالصفات داخلا تحت الضمان. و قد مر ما فى الثانى.

فتحصل: ان القواعد تقتضى كون العبرة بيوم الدفع.

و أما الموضوع الثالث: فالكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: فى صحيح ابى ولاد.

الثانى: فى غيره من النصوص.

اما المورد الأول: فقبل البحث فيه لا بد من تقديم مقدمة و هى: ان الصحيح مختص بالمغصوب، و استدلل للتعدى منه الى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين:

احدهما: ما عن الحلّى من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة المغصوب الا فى ارتفاع الاثم.

وفيه: انه على فرض ثبوت الاتفاق لم يثبت كونه تعديا، مع ان ثبوته ممنوع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٦

نعم لو تم ما تقدم عن الحل في هذا المقام من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة المغصوب الا في ارتفاع الاثم، الحقناه بالمغصوب ان ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن ان يقال إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب، كما هو ظاهر صحيحة ابي ولاد الآتية، كشف ذلك عن عدم اقتضاء اطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ يلزم حينئذ ان يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف اضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك، عند التلف لما ذكرنا من ان معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك (١) نعم لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم، امكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له باشق الأحوال، فالمهم حينئذ صرف الكلام

(١) ثانيهما: ما افاده المصنف ره، واصله: انه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم امكن تخصيصها بالغاصب و عدم التعدي عنه، و أما لو كان ظاهرها ان الاعتبار بيوم الغصب وجب التعدي عنه، و ذلك لأنه إذا كان قيمة المغصوب يوم التلف أو الدفع أكثر من قيمة يوم الغصب لزم من البناء على ان قاعدة الضمان و التدارك تقتضى كون العبرة بقيمة يوم التلف أو يوم الدفع الإرفاق بالغاصب، و التخفيف عليه، و كون غيره اسوأ حالا منه، و هذا مما يقطع بخلافه، فلا محالة يستكشف ان المجعول هو قيمة يوم الأخذ مطلقا.

و بالجملة: التحفظ على ظهور الرواية في كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يستلزم البناء على انه المعيار مطلقا، و الا- لزم كون غير الغاصب اسوأ حالا منه.

ثم ان السيد قد افاد في وجه مراد المصنف ره: انه لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء يوم التلف، فإذا دل الصحيح على ان العبرة في باب الغصب بيوم الغصب لزم ان لا يكون المغصوب واجب التدارك، و هذا بخلاف ما لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء في زمان انقطاع يده عنه، و عليه فظهور الصحيح في كون المدار على يوم الأخذ كاشف عن كون معنى التدارك ذلك، و ان الذي فهمناه خطأ.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٧

الى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد.

اما لما ادعاه الحل. و أما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك و الغرامة في المضمونات و كون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو احد الاقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد، و حيث ان الصحيحة مشتملة على احكام كثيرة، و فوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعا، و ان كان الغرض متعلقا ببعضها، فروى الشيخ في الصحيح عن ابي ولاد، قال: اكرتت بغلا الى قصر بنى هبيرة ذاهبا و جاثيا بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم لى، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان

صاحبى توجه الى نحو النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بينى و بينه، و رجعت الى الكوفة و كان ذهابى و مجيئى خمسة عشر يوما، فاخبرت صاحب البغل بعذرى، و اردت ان اتحلل منه فيما (مما) صنعت و ارضيه، فبدلت له خمسة عشر درهما، فأبى ان يقبل فتراضينا بأبى حنيفة و اخبرته بالقصة و اخبره الرجل، فقال لى: ما صنعت بالبغلة، قلت رجعت (فقلت قد دفعته) سليما، قال: (فقال) نعم، بعد خمسة عشر يوما، قال فما تريد من الرجل قال: اريد كراء بغلى، فقد حبسه على خمسة عشر يوما، فقال: انى ما ارى لك حقا لأنه اكرته الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النيل و الى بغداد، فضمن قيمة البغل و سقط الكراء، فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده و اخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما افتى به أبو حنيفة، و اعطيته شيئا و تحللت منه و حججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما افتى به أبو حنيفة، فقال

فى مثل هذا القضاء و شبهه تمنع السماء ماءها و تحبس الأرض بركاتها فقلت لأبى عبد الله عليه السلام فما ترى انت جعلت فداك؟ قال عليه السلام: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل و ذاهبا من النيل الى بغداد و مثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة و توفيه اياه، قال: قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه، قال: لا لأنك غاصب، قلت: أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى، قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن اصاب البغل عقر أو كسر أو دبر، قال: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم رده عليه، قلت فمن يعرف ذلك؟ قال: انت، و هو اما ان يحلف هو فيلزمك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٨

و ان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرت كذا و كذا فيلزمك، فقلت انى كنت اعطيته دراهم و رضى بها و حللتى فقال عليه السلام انما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه فاخبره بما افيتتك به، فان: جعلك فى حل بعد معرفته، فلا شىء عليك بعد ذلك الخبر و محل الاستشهاد فيه فقرتان:

الاولى: قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته (١) الى ما بعد، فإن الظاهر ان اليوم قيد للقيمة اما باضافة القيمة المضافة الى البغل إليه ثانيا يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل (٢) فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل، و القيمة انما هى قيمة المثل.

و اورد عليه: بانه يمكن ان يقال: ان التدارك له معنى جامع شامل للتدارك بحسب يوم قبضه و بحسب يوم التلف، الا ان اطلاقه يقتضى كون المناط على قيمة يوم التلف،

و هذا لا ينافى تقييده بيوم آخر بالنسبة الى مورد خاص، فلا يكشف الخبر عن خطأ ما بنى عليه. و لكن الظاهر ان مراده ما ذكرناه. إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه قد استدل فى المقام بصحيح «١» ابى ولاد الذى هو مذكور فى المتن.

و محل الاستشهاد فيه جمل ثلاث:

(١) الاولى: قوله عليه السلام: نعم قيمة البغل يوم خالفته.

و الاحتمالات فى اليوم ثلاثة:

احدها: ان يكون قيدا للقيمة، فتكون الصحيحة حينئذ ظاهرة فى ان العبرة بقيمة يوم الغصب.

و ذكر المصنف قدس سره فى تقريب كونه قيدا لها وجهين:

(٢) الاول: اضافة القيمة المضافة الى البغل إليه ثانيا، فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٩

و إما بجعل اليوم قيدا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل. (١)

و فيه: انه ان اراد بذلك اضافة المضاف نفسه إليه ثانيا، فمضافا الى انه لا معنى حينئذ لقوله فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة.

يرد عليه: ان الشىء الواحد لا يضاف الى شيئين مرتين.

و بعبارة اخرى: المضاف الى شىء لا يضاف ثانيا.

و ان اراد به اضافة مجموع المضاف و المضاف إليه، فمضافا الى انه لا يصح قوله:

فيكون اسقاط ... الخ، إذ لا دليل على انه لا بد و ان لا يصدر جزء المضاف بحرف التعريف.

يرد عليه: ان المجموع لتضمنه النسبة الاضافية التي هي من الحروف لا يضاف، إذ المعنى الحرفي لا يقع ظرفا.

و بعبارة اخرى: الاضافة من خواص الأسماء و الحرف لا يضاف.

(١) الثاني: جعل اليوم قيذا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل،

و الظاهر ان مراده ليس جعل متعلق الظرف و العامل فيه الاختصاص الحاصل من الاضافة، فانه معنى حرفي، و العامل لا بد و ان يكون فعلا أو شبه فعل.

بل مراده قيدياً اليوم للقيمة المضافة الى البغل، و هي مضافا الى كونها معنى حدثيا في نفسها فانها ما يقوم بالشىء من المالية، انه لو سلم كونها معنى جامدا بسبب الاضافة تتضمن معنى اشتقاقيا.

و فيه: ان هذا و ان كان لا- محذور فيه، الا- ان قيدياً اليوم لنعم لو لم تكن اظهر لا- ريب في كونها محتملة، و الاحتمال مسقط للاستدلال.

الثالث: كون اليوم قيذا للبغل باضافة البغل إليه، فيكون المقام من قبيل تتابع الاضافات. فقد يقال كما عن المحقق النائيني قدس سره: بان الخبر على هذا ايضا يدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة، إذ حيث لا تختلف الأعيان باختلاف الأيام، فبدلالة الاقتضاء لا بد و ان يكون اضافة البغل الى اليوم باعتبار قيمته في ذلك اليوم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٠

و أما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله نعم (١) القائم مقام قوله عليه السلام يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد جدا، بل غير ممكن لان السائل انما سئل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم يكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان (٢) كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني،

فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. و قد اطنب بعض من جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه، و لم يأت بشىء يساعده التركيب اللغوي و لا المتفاهم العرفي.

و فيه: انه حيث لا ريب في ان للبغل بحسب الصفات و الخصوصيات المتفاوتة بحسب الأيام قيما مختلفة، و لا كلام ايضا في ان هذا الاختلاف مضمون في باب الضمان،

و الخلاف انما هو في اختلاف القيم المستندة، الى اختلاف السوق و الرغبات، فيمكن ان يكون يوم المخالفة في الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قويا، فان التعب و الهزال انما عرضه بعد الحركة العنيفة لا لخصوصية في ذلك اليوم، و هذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف أو يوم الدفع بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة في وقت التلف أو يوم الدفع فيقوم ذلك البغل في يوم الأداء أو وقت التلف، فعلى هذا الاحتمال يكون الصحيح اجنيا عن ما هو المقصود.

(١) الرابع: كون اليوم قيذا لقوله عليه السلام نعم الذى هو في قوة قوله يلزمك أو يكون لفظ يلزمك مقدر بعدة، فيكون اليوم حينئذ وعاء توجه التكليف، فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه في الصحيحة.

و اورد على هذا الاحتمال بوجهين:

(٢) الاول: ما افاده المصنف قدس سره، و هو: ان السائل انما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

و فيه: اولاً: ان السائل لم يقل ما يلزمني كى يكون ظاهرا فيما ذكر، بل قال أ ليس كان يلزمني فالواقع عقيب اداة الاستفهام الذى هو

المستول عنه اصل اللزوم،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥١

...

فكيف يجعل السؤال عما يلزمه.

و ثانيا: انه لو سلم كون اصل الضمان مفروغا عنه يمكن ان يحمل السؤال على ان المضمون به هل هو القيمة أو غيرها، فجوابه عليه السلام ناظر الى ذلك.

ثانيهما: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: ان العين ما دامت قائمة لا يتوجه التكليف الى اداء القيمة، فيوم انتقال التكليف الى اداء القيمة هو يوم تلف العين لا يوم الغصب.

وفيه: ان نعم جواب عن السؤال، و هو لزوم اداء القيمة على تقدير التلف، فيكون ظاهرا في لزوم اداء القيمة على تقدير التلف، و معلوم ان هذا التكليف التعليقي انما يتوجه من حين الغصب.

فتحصل: انه لا مانع من تعلق الظرف بنعم.

و ربما يقال- كما عن المحقق النائيني قدس سره-: بانه على هذا التقدير ايضا يدل الخبر على ان العبرة بيوم المخالفة غاية الأمر بالالتزام لا بالمطابقة، إذ لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول العين في العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب، إذ مالية المال إذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم، لأنه لا يعقل ان يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعليا و يقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة.

وفيه: ان التكليف المتوجه باداء القيمة في يوم المخالفة ليس تكليفا فعليا تنجزيا بل هو تكليف تعليقي و هو لزوم اداء القيمة على فرض التلف، فزمان فعلية الالتزام و تنجزه زمان التلف لا يوم المخالفة.

فتحصل مما ذكرناه: ان محتملات هذه الجملة ثلاثة.

و على الأول منها تدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة و لا تدل على الأخيرين.

و حيث انه ان لم ندع ظهورها في الاحتمال الثالث فلا ريب في كون احتمالها مساويا لغيره، فلا يبقى مورد للاستدلال بهذه الجملة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٢

الثانية: قوله أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا (١) فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه،

لعدم الاعتبار به فلا بد أن يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة، بناء على انه يوم الاكتراء، لأن الظاهر من صدر الرواية انه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة.

و من المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة، انما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق، و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة. (٢)

(١) الجملة الثانية: قوله عليه السلام: و يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا.

(٢) و تقريب الاستدلال بها على ان الميزان قيمة يوم المخالفة ما افاده المصنف و هو: ان اثبات قيمة يوم الاكتراء يكون لاثبات قيمة يوم المخالفة، لأن الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة، و من المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج، و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

و فيه: ان نكتة التعبير بيوم الاكتراء- بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب- انما هو وجود المكارين حينه دون سائر الأوقات.

و هذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف أو يوم الأداء من جهة عدم الاختلاف في مدة خمسة عشر يوما ايضا كما سيصرح هو قده به.

و يؤكد ذلك ان الظاهر من الجملة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح و المعيب ان المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها حيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الاشتباه.

مع انه لو سلم الاختلاف- بما ان هذه الجملة غير واردة لبيان حكم شرعى بل في مقام بيان موضوع عرفى كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية- فيمكن ان يقال: انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٣

و أما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن اصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده (١) فالظرف متعلق بعليك (٢) لا- قيد للقيمة، إذ لا- عبرة في ارش العيب بيوم الرد إجماعا (٣) لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى عليك اداء الارش يوم رد البغلة

إذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الأداء سهلة كما لا يخفى.

فتحصل: ان هذه الجملة ايضا لا تدل على خلاف ما تقتضيه القواعد.

(١) الجملة الثالثة: قوله عليه السلام في جواب السؤال عن اصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده.

و ملخص القول فيها: انه بناء على وجود اليوم في الرواية، لم احتملات فيها اربعة.

(٢) احدهما ما في المتن و هو: رجوعه الى قوله عليه السلام عليك فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة.

و اورد على هذا الاحتمال: ان التكليف باداء الارش و الضمان انما يكون في يوم حدوث العيب لا يوم الرد، و ان اريد به يوم رد البغلة. و فيه: انه بناء على المختار من ان العبرة في القيمات بقيمة يوم الدفع، هذه الجملة على هذا الوجه تدل على ذلك، فانه بما ان التالف مع وجود العين وصف من اوصافها فلا يلاحظ بنفسه في العهدة، بل انما يكون عهدته بتبع عهدته العين، فإذا خرجت العين عن العهدة بادائها لا عين في العهدة ليقال ان صحيحها كذا و معيها كذا، و ليس على الضامن الا عهدته ما به يتفاوت صحيحها حال كونها في العهدة، فلا محالة يكون المعيار في مثل هذا التالف قيمة يوم رد العين. فتدبر فانه دقيق.

ثانيها: رجوعه الى القيمة، و ارادة رد الارش من قوله يوم ترده.

و يدفع هذا الاحتمال: ان مرجع الضمير حينئذ ان كان قيمة ما بين ... الخ لزم تأنيته،

و ان كان ما بين لزم رعاية عناية لعدم صدق الرد الا على المأخوذ دون بدله.

(٣) و أما ما ذكره المصنف قدس سره من انه لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٤

و يحتمل ان يكون قيدا للعب (١) و المراد العيب الموجود في يوم الرد.

لا احتمال ازدياد العيب الى يوم الرد، فهو المضمون دون العيب القليل الحادث اولا لكن يحتمل ان يكون العيب قد تناقص الى يوم الرد و العبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه لأن المعيب (العيب) لو رد الى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف (٢) ايضا، فتعين تعلقه بقوله عليك

فيرد عليه: ان المسألة خلافية، وقد عرفت ان مقتضى القواعد ان العبرة بيوم الرد،

وقد افتى بذلك جمع، مع انه لو سلم قيام الإجماع عليه فليس هو اجماعا تعديدا، مضافا الى احتمال الفرق بين العين و النقص.

(١) ثالثها: رجوع يوم ترده الى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلي، فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده، و يعتبر زيادته حال رد العين، و على هذا فهي اجنبية عن المقام و غير متعرضة لهذا الحكم.

و اورد عليه بايرادين:

(٢) الاول: ما افاده المصنف قدس سره، و هو: ان العيب قد يرتفع أو ينقص يوم الرد، و لازم هذا الوجه ان لا يوجب ضمانا في الصورة الأولى و ان لا يوجب الضمان بالنسبة الى ما حدث منه و ارتفع في الثانية، مع ان مقتضى الفتوى خلاف ذلك.

و فيه: ان المسألة خلافية و فيها اقوال ثالثها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن، و ما لم يكن كذلك كوصف الصحة.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان المراد منه هنا الحاصل من المصدر و هو معنى اسمى ليس فيه معنى الفعل و لا يمكن اشراب معناه فيه.

و فيه: ان الجوامد على قسمين: قسم لا يتقدر بالزمان، و قسم يتقدر به، و الأول لا يتعلق به الظرف، و الثاني لا مانع من تعلق الظرف به، و المقام من قبيل الثاني.

رابعها: رجوعه الى القيمة و ارادة رد البغلة. و تقريب دلالتها على المختار من ان العبرة بيوم الرد ما ذكرناه في المحتمل الثاني.

فتحصل: ان هذه الجملة مضافا الى انها لا دلالة فيها على ان العبرة بيوم المخالفة،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٥

و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب قيمة التفاوت بين الصحة و العيب و لا تعرض في الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل يوم الغصب، و يحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصحة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوزات، و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له في اعتبار يوم الغصب تعين حمل هذا ايضا على ذلك.

نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحيحة، بأنه لا يبعد ان يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوما، و يكون السر في التعبير بيوم المخالفة، دفع ما ربما يتوهمه امثال صاحب البغل من العوام، ان العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و ان نقص بعد ذلك لأنه خسر المبلغ الذي اشترى به البغلة، و يؤيده التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكتراء، فإن فيه اشعارا بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة،

من حيث انه يوم المخالفة الا- ان يقال ان الوجه في التعبير بيوم الا-كتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة اقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس و جماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث انه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينه كاليمين في مقابل قول السائل،

و من يعرف ذلك؟ فتأمل. و يؤيده ايضا قوله عليه السلام فيما بعد في جواب قول السائل و من يعرف ذلك قال انت و هو اما ان يحلف هو فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه. (١)

يمكن دعوى دلالتها على ان الميزان قيمة يوم الأداء.

بقي الكلام في الصحيح في جهات ثلاث:

الأولى: في الأشكال الذي اوردوه على قوله عليه السلام في جواب قول السائل: و من يعرف ذلك؟ قال: انت، و هو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم

اكثرى كذا و كذا فيلزمك. و الجواب عنه.

(١) الثانية: فيما افاده المصنف قدس سره من ان هذه الجملة تؤيد القول بان العبرة بيوم التلف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٦

أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكثرى كذا و كذا، فيلزمك الخبر، فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفا للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته، لأن من كان القول قوله فالبينة بينه صاحبه (١) و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له و يصدقه فيه من دون محاكمة (٢) و التعبير برده اليمين على الغاصب من جهة ان المالك اعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف الظاهر و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف فانه يمكن ان يحمل توجه اليمين على المالك

الثالثة في انه هل يمكن ان يستدل بالصحيح على ان العبرة باعلى القيم ام لا.

اما الجهة الاولى: فمحصل الأشكال: ان المالك دائما يدعى الزيادة، فقوله مخالف للأصل، فيكون هو مدعي و وظيفته اقامة البينة، و الغاصب منكرا و وظيفته الحلف أو رد الحلف، فكيف حكم عليه السلام بانه يحلف المالك و ان له رد الحلف على الغاصب.

(١) ثم على فرض كونه منكرا، فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته؟ و اجيب عن الأشكال بوجوه:

(٢) احدها: انه عليه السلام في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة،

و قضية البينة على المدعي و اليمين على من انكر انما هي في المخاصمات.

و ذلك من جهة ظهور السؤال و الجواب في ذلك، حيث ان السؤال انما يكون عن العارف، و اجاب عليه السلام: بانه اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، أو ان تحلف انت من جهة كونه عندك في مدة أو يقيم المالك البينة لو لم تعرف انت و لم يعرف هو، فتكون الصحيحة غير مربوطة بموازين القضاء.

و الذي يوهن هذا الجواب- و ان ذهب إليه جمع منهم السيد الفقيه و المحققان الأصفهاني و الإيرواني.

قوله عليه السلام فيلزمك، و قوله لزمه إذ الملزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الالهي ذلك لا حلف كل احد و ان توافق الطرفان عليه.

اللهم الا ان يقال ان الانسان بحسب الغالب يطمئن بحلف غيره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٧

على ما إذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما، أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا (١) و لا شك حينئذ ان القول قول المالك، فيكون سماع البينة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقا مع اتفاقهما على بقاءه عليها الى يوم التلف (٢) فيكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، و يبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، و لعل حكمها اعنى حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور في الرواية. و أما على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة، فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له و ادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة و لا يخفى بعده و ابعده منه حمل النص على التعبد. (٣)

ثانيتها ان تكون هذه الجملة في مقام بيان حكم صورتين من صور النزاع.

(١) و يكون الحلف وظيفه المالك في ما لو اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما على قيمته سابقا فيكون قول المالك موافقا للاصل.

(٢) و البينة وظيفته في صورة أخرى و هي صورة اختلافهما في قيمته سابقا مع اتفاقهما على بقائه عليها الى يوم التلف فيكون قول المالك مخالفا للأصل و اختار المصنف هذا الوجه.

و فيه: ان هذا مناف لظاهر الصحيح، بل صريحه، فانه صريح في ورود حلف المالك و الغاصب و سماع البينة من المالك كلها على مورد واحد.

ثالثها: حمل الصحيح على التعبد و جعله مخصصا للقاعدة العامة، و هو غير بعيد في نفسه، إذ من شئون اخذ الغاصب بأشكال الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه،

و ان لا يطالب منه بشيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك. و التزم به الشيخ في محكي النهاية، و المفيد في محكي المقنعة، و عن المصنف: نسبه الى الأكثر. و بذلك ظهر ما في تضعيف المصنف قدس سره هذا الوجه. و قال.

(٣) و ابعد منه حمل النص على التعبد.

فتحصل: ان الأوجه في دفع الأشكال الوجه الثالث ثم الأول.

و أما الجهة الثانية: فقد افاد المصنف قدس سره في وجه كون هذه الجملة مؤيدة للقول:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٨

و جعل حكم خصوص الدابة أو مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا و فتوى من كون البينة على المدعى و اليمين على من انكر كما حكى عن الشيخ في بابي الاجارة و الغصب، و اضعف من ذلك: الاستشهاد بالرواية على اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى التلف، كما حكى عن الشهيد الثاني إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح (١) و لم اظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلوب،

بان العبرة بيوم التلف بعد حملها على الموردين انه إذا كان المعيار يوم التلف يمكن توجيه الأشكال المتقدم بوجه قريب و هو حمل الخبر على موردين متعارفين، و هما ما إذا اتفقا في السابق على قيمة البغل و ادعى الغاصب نقصانها في يوم التلف عن قيمته في السابق، و ما إذا اتفقا على انه لم تتفاوت قيمة البغل و انما اختلفا في السابقة من حيث الزيادة و النقصان. فانه في المورد الأول تكون وظيفة المالك اليمين لموافقة قوله للأصل،

و في المورد الثاني تكون وظيفته البينة لمخالفة قوله للأصل، و هذا بخلاف ما لو قلنا ان المدار على يوم المخالفة، فان فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل و وظيفته الحلف على هذا انما يكون فرضا نادرا، و هو ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له و ادعى الغاصب نقصانها عن تلك يوم المخالفة، و معلوم انه لا يصح حمل الصحيح على هذا الفرض النادر.

و لكن يرد عليه امور:

الأول: ما تقدم من منافاة حمل الخبر على الموردين لظاهره بل صريحه.

الثاني: ان غاية ما يدل عليه الوجه المزبور انه لا عبرة بقيمة يوم المخالفة، و أما ان المدار قيمة يوم التلف أو يوم الدفع فالخبر أجنبي عنه حينئذ.

الثالث: انه يمكن فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل، و تكون تلك الصورة متعارفة، و ان قلنا بان المدار قيمة يوم المخالفة، و هي ما إذا اتفقا على قيمة البغل و ادعى الغاصب انه كان معيوباً حين المخالفة، فان قول المالك بكونه صحيحاً موافق للأصل، فتكون وظيفته حينئذ الحلف.

و أما الجهة الثالثة: ففي المتن.

(١) لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم اظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلوب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٩

نعم استدلووا على هذا القول: بان العين مضمونة في جميع تلك الازمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته. و فيه ان ضمانها في تلك الحال ان اريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم. إذ تداركه لا يكون الا بذلك، لكن المفروض انها لم تتلف فيه، و ان اريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلا، و ان تنزلت بعد ذلك،

فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين و ان اريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو ان لم يخالف الاتفاق، الا انه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل، على ما حكاها في الرياض عن خاله العلامة (قدس الله تعالى روحهما) من قاعدة نفي الضرر الحاصل على المالك،

و فيه نظر كما اعترف به بعض من تأخر، نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة: بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليتها مقومة بتلك القيمة، فكما انه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين ان تتلف أو تبقى، نعم لو ردت. تدارك تلك المالية بنفس العين و ارتفاع القيمة السوقية امر اعتبارى لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالا، و انما هو مقوم لمالية المال و به تمايز الاموال و قلة.

و وجهها المحقق النائيني بان قوله عليه السلام يوم خالفته بيان لان المخالفة موجبة للضمان و المفروض ان كلما كان الشيء تحت سلطنة الغاصب خالف المالك فيه، و لا موجب لأن تكون القيمة ملحوظة في اول حدوث المخالفة، بل إذا فرض قيمة العين اعلى في يوم من سائر الأيام يضمنها الغاصب و ان تنزلت بعد ذلك، و لامتناع اجتماع الضمانات لعين واحدة يدخل الأدنى تحت الأعلى و ينحصر في الأعلى.

و يرد عليه - مضافا الى ما تقدم من تطرق احتمالات في يوم خالفته الموجب لعدم صحة الاستدلال به، و مضافا الى ما عرفت من ان المالية ليست مضمونة و داخله تحت على اليد- ان الظاهر من يوم خالفته هو اول يوم حدوث المخالفة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٠

و الحاصل ان للعين في كل زمان من ازمنة تفاوت قيمته مرتبة من المالية ازيلت يد المالك، منها و انقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين، فلا مال سواها يضمن، و ان تلفت استقرت عليها تلك المراتب لدخول الأدنى تحت الاعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث انه يضمن الأعلى منها، و لأجل ذلك استدل العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنه زمان ازاله يد المالك، و نقول في توضيحه ان كل زمان من ازمنة الغصب قد ازيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليته، ففي زمان ازيلت من مقدار درهم. و في آخر عن درهمين، و في ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرت الازالة الى زمان التلف وجبت غرامه اكثرها، فتأمل. و استدل في السرائر و غيرها على هذا القول باصالة الاشتغال لاشتغال ذمته بحق المالك، و لا يحصل البراءة الا بالاعلى.

و قد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة حيث ان الشك في التكليف بالزائد، نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد، ثم انه حكى عن المفيد و القاضى و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض الى حكم المشتري و لم يعلم له وجه، و لعلمهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم.

و أما المورد الثاني: فقد استدل لأن العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص:

الأولى: ما ورد في باب الرهن «١»، و قد تقدم في اول هذا التنبيه و عرفت انه لا ينافى مع القاعدة. فراجع.

الثانية: ما ورد في عبد اعتق بعضه، ففي خبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقى؟ فقال عليه السلام: نعم يؤخذ بما بقى (منه بقيته يوم اعتق

(خ) «٢» و نحوه غيره.

وفيه: انه من المحتمل كون قوله يوم اعتق قيذا ليؤخذ لا للقيمة، و عليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين التعلق و ساكت عن ان ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء.
فتحصل: ان الأظهر بحسب الأدلة كون الميزان قيمة يوم الأداء و الدفع.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب كتاب احكام الرهن.

(٢) الوسائل - باب ١٨- من ابواب كتاب العتق حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦١

ثم انه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الاقوال (١) الا انه تردد فيه في الشرائع، و لعله كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، و دفع القيمة انما هو لاسقاط المثل، و قد تقدم انه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى، ثم ان ما ذكرنا من الخلاف انما هو في ارتفاع القيمة بحسب الازمنة. و أما إذا كان بسبب الامكنة، كما إذا كان في محل الضمان بعشرة و في مكان التلف بعشرين،

و في مكان المطالبة بثلاثين. فالظاهر اعتبار محل التلف (٢) لأن ماليتة الشيء تختلف بحسب الاماكن، و تداركه بحسب ماليتة.

(١) قوله ثم انه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الاقوال.

و قد عرفت ان الحق اعتبارها من جهة بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها الذي هو مختار جمع من المحققين، لاما احتمله قده من كون القيمي مضمونا بمثله.

ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

(٢) قوله و أما إذا كان بحسب الامكنة ... فالظاهر اعتبار محل التلف.

يحتمل في العبارة وجهان:

احدهما: مع لفظ عدم.

الثاني: بدونه.

و مراده على الأول: ان خصوصية المكان من الخصوصيات و الأوصاف التي تكون دخيلة في المالية و تختلف المالية باختلافها، و ان اختلاف المالية فيها ليس مستندا الى مجرد تفاوت الرغبات فتكون نازلة منزلة الجزء، و عليه فالمضمون به اعلى القيم من قيم البلاد التي مرت بها العين لا قيمة يوم التلف.

و مراده على الثاني: ان معنى الضمان وجوب تداركه بدله عند التلف حتى يكون عند التلف كانه لم يتلف، و تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل في مكان التلف قائم مقامه.

و لكن يرد على الوجه الأول: ان خصوصية المكان كخصوصية الزمان ليست دخيلة في المالية، بل اصل القيمة و ترقبها ينشآن من كثرة الراغب و قلة الوجود، كما ان عدمها و تنزلها ينشآن من كثرة الوجود و قلة الطالب، بلا دخل للزمان و المكان في ذلك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٢

ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف انما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس. و أما إذا كان حاصلًا من زيادة في

العين، فالظاهر كما قيل عدم الخلاف في ضمان اعلى القيم، و في الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة، و انما زيادتها في بعض اوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت، نعم يجرى الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها، أو اعلى القيم، ثم ان في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليه (١) و ان لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو ابق لما دل على الضمان بهذه الامور في باب الامانات المضمونة و هل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه أو بعدم رجاء وجدانه أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها أو و لو كانت قصيرة، وجوه. ظاهر ادلة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الاولين

و يرد على الوجه الثاني: ما تقدم من بقاء العين في العهدة الى حين الأداء، و الصحيح انه بناء على المختار من بقاء العين في العهدة يكون الاعتبار بقيمة العين في محل الخروج. نعم في المقام مسألة اخرى، و هي: انه إذا كانت القيمة في مكان ازيد من القيمة في مكان التلف و الأخذ، هل للمالك ان يطالبها ام لا؟ و قد تقدم الكلام في ذلك.

بدل الحيلولة

لا باس بالتعرض لحكم ما لو لم تتلف العين و لكن تعذر الوصول إليها. (١) فقد صرح المصنف و غير واحد: بانه في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة. و تنقيح القول فيه بالبحث في جهات: الأولى: انه لا كلام في الضمان في صورة تعذر الوصول الى ماله إذا صدق عليه التلف عرفا للأدلة المتقدمة، و للنصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقا و مفهوما الواردة في السرقة و الضياع، و لا حاجة الى نقلها. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٣ لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الاخير كما يظهر من اطلاقهم ان اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل، و يؤيده أن فيه جمعا بين الحقيين (١) بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين،

انما الكلام فيما إذا لم يصدق عليه التلف عرفا.

و قد استدل على الضمان بمعنى لزوم دفع البديل المسمى عندهم ببدل الحيلولة- بوجوه:

الأول: قاعدة نفي الضرر «١» بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول إليه ضرر عليه فجاز له الزام الغاصب بالبديل.

و فيه: ان قاعدة نفي الضرر انما تنفي الحكم الضرري و حكم الموضوع الضرري،

و لا تدل على ثبوت حكم و لا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق في محله.

الثاني: قاعدة اليد بدعوى ان اداء العين كما يكون باءا بدلها عند تلفها يكون باءا بدل الحيلولة.

و فيه: ان مفاد حديث على اليد «٢» ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالة على الضمان ببديل الحيلولة واضح، و ان

كان بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم اداء العين ما دامت موجودة و تدارك ماليتها باءا حصه

مماثلة لها بعد التلف. و بعبارة اخرى: ما دامت موجودة لا يكون اداء بدل الحيلولة أداء لها، و لذا لا تخرج عن ملك مالكةا، و لو كان

ذلك أداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه.

(١) الثالث: ان فى ادائه جمعا بين الحقين، بعد فرض رجوع البدل الى الضامن لو ارتفع التعذر.

وفيه: ان الحق الثابت للمالك انما هو بالإضافة الى العين نفسها لا بد لها مع بقائها.

مع انه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر و هو الزام الضامن بالشراء، بل هذا الجمع اولى كما لا يخفى.

(١) راجع الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب احياء الموات.

(٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠- كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٦٤

فان تسلط الناس على مالهم الذى فرض كونه فى عهده يقتضى جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذر نفسه (١) نظير ما تقدم فى تسلطه على مطالبه القيمة للمثل المتعذر فى المثل، نعم لو كان زمان التعذر قصيرا جدا بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على اداء القيمة اشكل الحكم،

(١) الرابع: قاعدة السلطنة «١».

اما بدعوى السلطنة على مطالبه العين للتوسل بها الى مطالبه البدل واخذه.

أو بدعوى ان من شئون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها. و بعبارة اخرى:

للعين شئون ثلاثة: من حيث الشخصية، و من حيث الطبيعة النوعية، و من حيث المالية.

و تعذر مطالبه الأولى لا يمنع عن مطالبه غيرها.

أو بدعوى السلطنة على مطالبه السلطنة على الانتفاعات بما له.

و فى الجميع نظر.

اما الأولى: فلأن السلطنة على مطالبه العين مع امكان ردها ثابتة و لازمها السعى فى ذلك بالسعى فى مقدماته لارد البدل، و مع عدم امكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة،

و الامتناع بالاختيار و ان كان لا ينافى الاختيار الا انه عقابا لا خطابا.

و أما الثانية: فلأن مالية العين القائمة بها، اى تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبه العين، و المالية القائمة ببديها

حصة اخرى من المالية، و لم تثبت السلطنة على مطالبتها.

و أما الثالثة: فلأن السلطنة على الانتفاعات بما له ساقطة للتعذر.

الخامس: انه فوت سلطنة المالك و اتلفها فيجب عليه تدارك ذلك.

وفيه: ان ما للمالك انما هو الملك لا السلطنة، بل هى من الأحكام المترتبة عليه،

فلا يتعلق بها الضمان.

السادس: اطلاق النصوص المتقدمة.

وفيه: انها ظاهرة أو منصرفه الى صورة صدق التلف عرفا.

السابع: الإجماع، و هو كما ترى.

(١) البحار ج ١- ص ١٥٤ الطبع القديم- ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٥

...

فتحصل: انه لا- دليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين، نعم بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامنا للمنافع. وقد تقدم تفصيل القول في ذلك.

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية: في بيان مورد بدل الحيلولة.

فاعلم: انه إذا تمكن الغاصب من رد العين و لكنه لم يرد بل حال بين العين و مالكها، ليس هناك بدل الحيلولة، بل يكون الغاصب مكلفا برد العين، كما انه إذا تلفت العين أو تلف جميع الانتفاعات في جميع الأزمنة خرجت بذلك عن الملكية، كصيرورة الخل خمرا، ام لا، كما إذا انكسرت المرآة، أو تلف بعض الانتفاعات في جميع الأزمنة،

كما لو صار الحيوان موطوءا فانه لم يتلف منه الا الانتفاعات به دائما في بلد الوطاء لا في سائر البلاد، ليس هناك بدل الحيلولة.

بل مورده ما إذا تلفت جميع الانتفاعات في بعض الأزمنة لعدم تمكن الضامن من الرد.

ثم ان مورده ما إذا كان التعذر لعارض خارجي، و أما إذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالية كالخيط المغصوب الذي خيط به الثوب- إذ قد يكون اخراجه من الثوب موجبا لتلفه- أو لخلطه بمال آخر، فلا يكون موردا لبدل الحيلولة و لا يعتبر فيه سوى ما ذكر، و عليه فصوره اربع سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف، إذ ربما يرجى التمكّن من العين قريبا، و ربما يرجى بعد مضي مدة طويلة. و على التقديرين اما ان يتعذر على المالك اعادة العين، و انما يرجى ان تعود بنفسها كطائر اعتاد العود، و أما ان لا يتعذر. و على القول بثبوت بدل الحيلولة يثبت في جميع هذه الصور، و لا وجه لتخصيصه بما إذا كان يرجى التمكّن بعد مدة طويلة. نعم إذا كان زمان التعذر يسيرا جدا لا يكون مشمولا لما تقدم من الأدلة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٦

ثم الظاهر عد اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكنا بحيث يجب عليه السعي في مقدماته، لم يسقط القيمة زمان السعي،

لكن ظاهر كلمات بعضهم بالتعذر و هو الاوفق باصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين (١)

فتأمل

الجهة الثالثة: في بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط للتكليف.

قد استدلل للاول بوجهين.

(١) احدهما ما في المتن و هو اصاله عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذي كان قبل التعذر، خرج عن ذلك ما إذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف.

ثانيهما انه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين، و لا يجتمع التكليف برد العين و البديل.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن الأدلة التي اقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوته في مورد التعذر العرفي ايضا، و معه لا مورد للرجوع الى الأصل.

و أما الثاني: فلأن مورد التكليف بالبدل زمان الاشتغال بالمقدمات، و مورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات. و لكن الحق في المقام هو التفصيل بين كون زمان الأشغال بالمقدمات، قصيرا جدا، فلا يكون ثابتا و بين غيره، فيكون ثابتا و لا يخفى وجهه.

ثم ان السيد الفقيه اورد على المصنف قدس سره بعد قوله ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله: لا يخفى ان هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي ايده بان فيه جمعا بين الحقين، كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول، فلا وجه للتكرار. و فيه: ان في المقام بحثين:

احدهما: انه هل يعتبر في ثبوته اليأس عن الوصول الى الأبد أم لا؟ الثاني: في انه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف أم لا؟ و بين الجهتين عموم من وجه، إذ اليأس من الحصول ربما لا- يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا، كما ان العلم بوجوده أو رجائه قد يوجب سقوط التكليف فعلا للتعذر العقلي، و على هذا فلا مورد لإيراده.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٧

و لعل المراد به التعذر في الحال و ان كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتاخر لاجلها ذو المقدمه، ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين، ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقا للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها، و يصبر إلى زوال العذر، كما صرح به الشيخ في المبسوط و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على اموالهم (١) و كما ان تعذر رد العين في حكم التلف، فكذا خروجه عن التقويم،

الزام المالك باخذ البدل

الجهة الرابعة: في الأحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته.

و تنقيح القول فيها في ضمن مسائل:

الأولى: هل يكون دفع البدل حقا للضامن فله الزام المالك باخذه، ام ليس له ذلك.

(١) و قد استدل المصنف قدس سره على الثاني: بقاعدة تسلط الناس على اموالهم «١».

و فيه: ان المراد بذلك ان كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيلولة،

فيرد عليه: ان بدل الحيلولة ان صار ملكا له مع عدم مطالبته، فامتناعه عن قبوله كامتناعه عن قبول نفس العين لا يؤثر في عدم الخروج عن العهدة بدفعه.

و ان لم يصير ملكا له فلا اضافة له إليه كي يشمل دليل السلطنة.

و ان كان المراد به السلطنة على الامتناع من اخذ بدل الحيلولة من جهة كونه بدلا عن ماله- و بعبارة اخرى: السلطنة على الامتناع من اخذ بدل ماله- فيرد عليه: ان بدل الحيلولة ان قلنا انه غرامة يدفعها الضامن و ليس بازاء العين، فلا يراحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله. و ان قلنا له عوضه قهرا فدليل السلطنة لا- يمنع عنه لأخصية دليله حينئذ من دليلها. نعم بناء على ان للمالك المعاوضة الاختيارية يتم ذلك، لكنه بمراحل عن الواقع.

و الحق في المقام اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه، إذ لو كان مدركه

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٨

ثم ان المال المبذول يملكه المالك بلا- خلافا كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهرهم ارادة نفى الخلاف بين المسلمين، و لعل الوجه فيه ان التدارك لا يتحقق الا بذلك و لو لا ظهور الاجماع، و ادلة الغرامة في الملكية لاحتملنا ان يكون مباحا له اباحة مطلقة و ان لم يدخل في ملكه (١) نظير الاباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين، و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في اجوبه مسائله،

قاعدة اليد أو اطلاق النصوص كان ذلك حقا للضامن، فان حاله حينئذ كحال سائر امواله.

و أما ان كان المدرك قاعدة نفى الضرر، أو كون ذلك من باب الجمع بين الحقين أو الإجماع، فللمالك الامتناع من اخذه، فان الضرر ينتفى بثبوت حق للمالك في مطالبة البدل، كما ان الجمع بين الحقين يكون بذلك، و قاعدة السلطنة على فرض دلالتها على ذلك تدل على ان للمالك السلطنة على مطالبة ماله للتوسل به الى اخذ بدله، فله ان لا يطالب، و المتيقن من الإجماع صورة المطالبة.

في ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح

المسألة الثانية: في ان بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له أو مباح؟ فقد استدلل للثاني بوجهين:

(١) الاول: ما ذكره المصنف قدس سره، هلصحمو: ان الفاتت بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين، فاللازم تداركها بسلطنة توازيها باداء مماثل العين، لأن معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن، و لازم تلك فيما إذا كان الضمان بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية قيام مقابله مقامه في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابلا و تداركا للسلطنة الفاتتة، فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة، و حيث ان السلطنة على الانتفاعات لا تقتضى الملك من اول الأمر عنده قده، فلذا اختار الإباحة لو لا الإجماع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٩

و على أي حال فلا- ينتقل العين الى الضامن (١) فهي غرامة لا- تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين في ملكه، و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له و قد استشكل في ذلك المحقق و الشهيد الثانيان. قال: الأول في محكى جامعه ان هنا اشكالا، فإنه كيف يجب القيمة و يملكها الاخذ و يبقى العين على ملكه و جعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه، انتهى.

اما ان الإباحة المطلقة هل تقتضى الملك من اول الأمر ام لا، فقد اشبعنا الكلام فيه في المعاطاة.

و أما ان ادلة بدل الحيلولة هل تدل على الملك أو الإباحة فالحق هو التفصيل، إذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقين لما اقتضى ذلك ازيد من الإباحة، و لو كان المدرك غيره كان مقتضاه هو الملك، إذ قاعدة اليد تدل على كون المبذول بدلا عن مالىة العين، كما ان قاعدة السلطنة الدالة على السلطنة على مطالبة ماله تقتضى ذلك، إذ مع عدم الملك لا يكون اعتبارها مالىة غير ماله، و قاعدة نفى الضرر ايضا تقتضى ذلك فان ضمان القيمة هناك كضمانها في صورة التلف و قاعدة نفى الضرر تدل على ضمان البدل لأن عدمه، ضررى.

الثاني: انه حيث تكون العين باقية على ملكه، فلو ملك البدل لزم منه الجمع بين العوض و المعوض.

وفيه: اولاً: انه سيأتى الكلام فى ان العين تنتقل عنه ام لا.

و ثانياً: انه يمكن ان يقال: ان ثبوت البدل من باب الغرامة لا المعاوضة. فتأمل.

ثم ان هذا كله فى غير صورة التلف العرفى، و أما فى تلك الصورة فلا ينبغى التوقف فى الملكية للأدلة الدالة على ثبوت البدل فيها المتقدمة.

فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا

المسألة الثالثة: فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا؟

(١) قال المصنف و على اى حال فلا ينتقل العين الى الضامن.

لا اشكال فى عدم الانتقال بناء على عدم صيرورة البدل ملكاً للمالك، و أما بناء على الملكية ففى موارد التلف الحقيقى أو العرفى لا كلام ايضاً فى خروجه عن ملكه

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧٠

و قال الثانى ان هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكل منهما مترزلاً و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن أجاز له التصرف،

كان وجهها فى المسألة انتهى. و استحسنته فى محكى الكفاية أقول: الذى ينبغى أن يقال هنا: أن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامة مقابلة من ماله مقامه ليصدق ذهابه من كيسه ثم ان الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقى، أو العرفى المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً و جب قيام مقابلة من ماله مقامه فى الملكية، و إن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به فى الوجوه التى بها قوام الملكية، و جب قيام مقابلة مقامه فى السلطنة لا فى الملكية ليكون مقابلاً و تداركاً للسلطنة الفائتة، فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك فى هذه الصورة، نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك لتوقف بعض التصرفات عليها و جب ملكيته للمبدول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة، و على أى تقدير، فلا ينبغى الاشكال فى بقاء العين المضمونة على ملك مالكةا (١) إنما الكلام فى البدل المبدول، و لا كلام ايضاً فى وجوب الحكم بالاباحة و بالسلطنة عليها، و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ الى أن اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، هل يستلزم الملك من حين الاباحة أو يكفى فيه حصوله من حين التصرف. و قد تقدم فى المعاطاة بيان ذلك،

اما فى الأول: فواضح.

و أما فى الثانى: فلأن الملكية من الاعتباريات، و الاعتبار انما يكون بلحاظ الأثر،

و بدون لغو، فلا يكون هناك اعتبار الملكية.

و أما فى غير ذينك الموردين، فقد اضطربت فيه كلمات الأعلام غاية الاضطراب،

و محصل القول: ان فى مسألة وجوها و اقوالاً:

احدها: ان الضامن يملك العين التى ادى عوضها مطلقاً.

(١) الثانى: انه لا يملكها كذلك. اختاره المصنف قدس سره.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧١

ثم انه قد تحصل مما ذكرنا ان تحقيق ملكية البدل، أو السلطنة المطلقة عليه، مع بقاء العين على ملك مالكةا انما هو مع فوات معظم

الانتفاعات به بحيث يعد بذل البدل غرامة و تداركاً، اما لو لم يفت الا بعض ما ليس به قوام الملكية فالتدارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنة المطلقة على البدل و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته، حينئذ لم يبعد انكشاف (كشف) ذلك عن انتقال العين إلى الغارم (١)

(١) الثالث ما مال إليه المصنف و اختاره بعض المحققين و هو عدم الملكية فيما إذا كان الفائت معظم الانتفاعات، و الملكية فيما إذا لم يكن الفائت الا بعض ما ليس به قوام الملكية.

و الاظهر هو الأول، و ذلك لوجهين:

الأول: ان اهل العرف يفهمون من الأمر بدفع البدل حصول المعاوضة و المبادلة بين العينين، و صيرورة كل منهما ملكاً للآخر، و بدلاً عنه.

الثاني: ان مقتضى عنوان التدارك و الغرامة ذلك، إذ مع فرض عدم التلف و بقاء مقدار من المالىة للمتعدّر لو حكم الشارع بتدارك مالىته بتمامه بعنوان تدارك ما فى العهدة و بعنوان انه اداء للمتعدّر لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه، و حيث ان كون المتعدّر من المباحات الأصلية لم يقل به احد فلا بد من البناء على صيرورته ملكاً للضامن.

و استدلل للثانى: بمنع تلك الاستفادة و الفهم العرفى من ادلة الضمان.

و بان التكليف باداء البدل يمكن ان يكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البدلية، و الغرامة لا تقتضى كون العين ملكاً للضامن، فان العين التالفه يضمن الضامن قيمتها و لا تكون ملكاً له.

و بالجملة: الغرامة سادة للثلمة التى وردت على ملك المالك، فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول العين فى ملكه لأنها ليست بدلاً عن نفس العين.

و فيه: انه مع بقاء العين على مقدار من المالىة، سد الثلمة لا يكون باعطاء كمال القيمة، فاعطاء تمامها مع فرض كون الغرامة لا بعنوان العقوبة و المجازاة بل بعنوان تدارك

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧٢

و لذا استظهر غير واحد ان الغارم، لقيمة الحيوان الذى وطنه يملكه، لأنه و ان وجب بالوطى نفيه عن البلد و بيعه فى بلد آخر لكن هذا لا يعد فواتاً لما به قوام المالىة،

هذا كله مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها السابقة. اما لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية فمقتضى قاعدة الضمان، و جوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك، لأن القيمة عوض الاوصاف و الاجزاء التى خرجت العين لفواتها عن التقويم (١) لا عوض العين نفسها، كما فى الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإن بقائها على ملك مالكها لا ينافى معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات فيقوى عدم جواز المسح بها الا باذن المالك،

ما فى العهدة، يستلزم خروج العين عن ملكه و دخولها فى ملك الضامن.

و استدلل للثالث: بانه مع فوات معظم الانتفاعات لا محالة يكون اداء القيمة غرامة،

و هى، لا تقتضى انتقال العين الى الغارم.

و أما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة لا يقتضى اداء تمام القيمة، فالأمر باء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية.

و فيه: ان ما ذكره فى الشق الأول يتم فى صورة التلف العرفى، و أما فى غيره فليس التالف مما يسوى بتمام القيمة كما عرفت.

فتحصل: ان الأظهر صيرورته ملكاً للضامن.

(١) قوله لان القيمة عوض الاوصاف و الاجزاء ... عن التقويم.

بل القيمة عوض عن العين بلحاظ ماليتها الثابتة لها، بلحاظ الاوصاف.

و ظاهر هذه العبارة انه لو كانت القيمة عوض العين نفسها لزم منه انتقال العين الى الضامن و هذا و ان كان حقا.

الا انه ينافى ما تقدم منه قدس سره، حيث قال و على أى حال، فلا تنتقل العين الى الضامن،

فهى غرامة لا تلازم فيه بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين فى ملكه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧٣

و لو بذل القيمة، قال فى شرح القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، و لو طلب المالك نزعها و ان أفضى إلى التلف و جب (١)

ثم يضمن الغاصب النقص و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، انتهى. (٢)

و عطف على ذلك قوله و لا- يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من ان جناية الغاصب توجب اكثر الامرين، و لو

استوعب القيمة اخذها و لم تدفع العين، انتهى.

و عن المسالك فى هذه المسألة انه ان لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة، كما سبق فيجمع بين

العين و القيمة لكن عن مجمع البرهان فى هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزع، بل قال: يمكن ان لا يجوز و يتعين القيمة، لكونه

بمنزلة التلف، و حينئذ يمكن جواز الصلاة فى هذا الثوب المخيط، إذ لا غضب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية

من الماء المغصوب الذى حصل العلم به بعد اكمال الغسل و قبل المسح انتهى.

(١) عبارة القواعد هكذا و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و جب نزعها مع الامكان فإن خيف تلفها فالقيمة انتهى.

احتمل فى هذا المورد و امثاله امور:

منها: ان يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك الى ماله.

و منها: اشتراك مالك الثوب و مالك الخيوط فى قيمة الثوب بعد الخياطة.

(٢) و منها: كونها من موارد التلف.

و الأظهر هو الأخير، إذ قيمة الثوب و ان زادت بالخياطة الا- ان زيادتها و لو مقدارها منها ليست بازاء الخيوط، و ان صارت هى سببا

لازدياد قيمة العين، و قد مر عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة، بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف، فيكون

الغاصب ضامنا لقيمة الخيوط، و قد مر ان ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن، و عليه فلا يجب نزعها و ان طلبه المالك، و تجوز

الصلاة فى هذا الثوب المخيط كما افتى به فى محكى مجمع البرهان و استجوده صاحب الجواهر قدس سره.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧٤

و استجوده بعض المعاصرين، ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً، و فيه أنه لا

منشأ لهذا الاقتضاء و ادلة الضمان قد عرفت ان محصلها يرجع الى وجوب تدارك ما ذهب من المالك سواء كان الذاهب نفس

العين، كما فى التلف الحقيقى أو كان الذاهب السلطنة عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الاوصاف

التى يخرج بذها بها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته و لا- يخفى أن العين على التقدير الأول خارج عن الملكية عرفاً، و على الثانى

السلطنة المطلقة على البدل، بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين. و هذا معنى بدل الحيلولة، و على الثالث فالمبدول عوض عما خرج

المال بذها به عن التقويم لاعتن نفس العين، فالمضمون فى الحقيقة هى تلك الاوصاف التى تقابل بجميع القيمة لا نفس العين الباقية،

كيف و لم تتلف هى و ليس له على تقدير التلف ايضاً عهده مالى. بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال (١) بل، لو استلزم رده

ضرراً مالياً على الغاصب امكن سقوطه (٢) فتأمل.

و لعل ما عن المسالك من ان ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالاخراج، فتعين القيمة فقط، محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة كما لا يأبى عنه عنوان المسألة فلاحظ. و حينئذ فلا تنافى ما تقدم عنه سابقا (٣) من بقاء الخيط على ملك مالكة و ان وجب بذل قيمته.

(١) قوله بل الامر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال.

و لعل الوجه فى وجوب الرد فى المقام، مع عدم شمول الأدلة، لان موضوعها المال و ماله عهده مالىة، و المفروض خروج المغصوب عن ذلك و كونه غير مال.

اطلاق قوله «١» عليه السلام لان الغصب كله مردود.

(٢) قوله امكن سقوطه.

لحديث لا- ضرر، اللهم الا- ان يدعى ان ما دل على ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال يشمل الغاصب المؤدى لمالئة المال، فلا يرفع حكمه بحديث لا ضرر.

و لعله اشار الى ذلك بامرہ بالتأمل، الا ان الشأن فى مدرك هذه العبارة.

(٣) قوله فلا تنافى ما تقدم عنه سابقا.

لان عدم وجوب الرد فى المقام انما هو لاجل المانع لا لعدم المقتضى و هو الملكية.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الغصب حديث ٣.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧٥

ثم ان هنا قسما رابعا، و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه (١) كما لو صار الخل المغصوب خمرا فاستشكل فى القواعد وجوب ردها مع القيمة.

حق الأولوية

(١) قوله: ثم ان هنا قسما رابعا و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية.

الكلام فى هذا الفرع يقع فى جهات:

الأولى: فى بقاء حق الأولوية بعد زوال الملكية: و قد استدلل له بامور:

الأول: ما افاده المحقق النائيني قدس سره و غيره، و هو: ان الحق ليس أمرا مغايرا للملك،

بل هو من شئونه و مراتبه الضعيفة المنذكة تحت القوى، لأنه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق و المستحق عليه، و هى حاصلة للمالك و محفوظة فى جميع الحالات المتواردة على الملك.

و فيه: ان الملكية و الحق من الاعتباريات الشرعية و العرفية، لا من المقولات،

و الاعتبار لا اشتداد فيه و لا حركة، و كل من الملك و الحق اعتبارى غير الآخر.

الثانى: ان حق الاولوية من آثار الملك، فمع زواله غاية الأمر يشك فى ارتفاعه،

فيستصحب بقائه.

و فيه: ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكليفي من قبيل جواز التصرف فيه و نحوه، و هو غير حق الاولوية، مع ان لازم كونه اثر له ارتفاعه بارتفاعه.

و بالجملة: حق الاولوية الذي هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك.

الثالث: انه قد دل الدليل على ان المالك احق بماله، فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك، و لو شك في زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك.

و فيه: ان ما دل عليه الدليل المزبور انما هو اولوية المالك بالتصرف في ماله من

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٦

و لعله من استصحاب وجوب ردها و من ان الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب الا رده و لم يكن المالك الا اولى به، الا ان يقال: ان الموضوع في الاستصحاب عرفي. (١) و لذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم: الشهيدان و المحقق الثاني و يؤيده انه لو عاد خلا ردت الى المالك بلا خلاف ظاهر.

غيره، و هذا غير ثبوت حق الاولوية.

الرابع: الاجماع.

و فيه: انه ليس تعديا، و لعل مستند المجمعين ما تقدم.

فالصحيح ان يستدل لثبوته بالسيرة العقلانية و بناء العقلاء على ذلك، و اظن انه لا ريب في بنائهم عليه، و حيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف امضاؤه لذلك.

الجهة الثانية: في وجوب رده على القول بعدم انتقاله الى الضامن.

بناء على ثبوت حق الاولوية لا شك في وجوبه، فانه كما يجب رد الملك يجب رد ما هو متعلق الحق.

و لو شك في وجوب رد متعلق الحق، فهل يجرى استصحابه نظرا الى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية.

(١) فالموضوع عند العرف يكون باقيا.

ام لا يجرى لكونه من الجهات التقييدية؟ وجهان: اظهرهما الأول.

و أما بناء على عدم ثبوته، فجرى الاستصحاب و عدمه مبنيان على ما تقدم.

الجهة الثالثة: في انه مع فرض ثبوت حق الاولوية هل يكون ذلك للمالك أو الضامن؟ و الأظهر هو الثاني لاقتضاء الغرامة ذلك، و لبناء العقلاء عليه. فالضامن احق من غيره.

حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة: في حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمة. السوقية

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٧

ثم ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء كان للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمره، و لا يضمن منافعه (١) فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. و عن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع، و قواه في المبسوط بعد أن جعل الاقوى خلافه. و في موضع من جامع المقاصد انه موضع توقف و في موضع آخر رجح الوجوب.

(١) قوله فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع ... و لا يضمن منافعه.

عن العلامة قدس سره و بعض آخر: ضمان المنافع، و رجحه في موضع من جامع المقاصد، و الظاهر ان المشهور بين الأصحاب العدم، و هو الأظهر.

اما على ما اخترناه من صيرورة العين المتعذرة ملكا للضامن فواضح.

و أما على المسلك الآخر فلأنه قد خرج الضامن عن عهده العين و ادى ماليتها،

فليس له بعد ادائها عهده العين الثابتة بعلى اليد و غيره من ادلة الضمان، فلا شيء يقتضى الضمان.

نعم إذا وضع يده عليها ثانيا أو على نمائها حصل الضمان.

و بالجملة: بعد خروج الضامن عن عهده العين يكون حاله بالإضافة الى ذلك الملك حال غيره من الأجنب، و عليه فكون النماء حادثا في ملك المالك لا يقتضى ضمانه، كما ان اليد السابقة التي خرج عن عهدها لا تقتضى ذلك. فالأظهر عدم الضمان.

و استدلل للقول الآخر: بان المال حيث يكون باقيا على ملك مالكة و ارتفعت ماليته و قيمته، فالضامن كما يكون سببا للحيلولة بين المال و صاحبه، يكون سببا للحيلولة بين تلك الزيادة و المالك، و الغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلا لا المالية فعلا، فيجب تداركها.

و فيه: ان هذه الحيلولة ليست اخرى بل بقاء لتلك الحيلولة، و المفروض انه خرج عن عهدها.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٨

ثم ان ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع (١) كالحاصل بعد التلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه له لأن مع التلف يتعين القيمة، و لذا ليس له الامتناع من اخذها بخلاف تعذر العين فإن القيمة غير متعينة فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و يبقى العين في عهده الضامن في هذه المدة، فلو تلف كان له قيمتها من حين التلف أو اعلى القيم إليه أو يوم الغصب على الخلاف، و الحاصل ان قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهده الضامن، فلا- عبرة بيوم التعذر، و الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، مع الحكم بضمان الاجرة و النماء الى دفع البدل، و ان تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع الى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي، ثم انه لا إشكال في انه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا وجب ردها الى (٢) مالكها، كما صرح به في جامع المقاصد فورا و ان كان في احضارها مؤنثه كما كان قبل التعذر، لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي (٣)

(١) قوله الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع.

قد عرفت ان مقتضى القاعدة ضمان الارتفاع بعد التلف قبل الدفع ايضا، و على فرض الالتزام بالانتقال و اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف الذي هو مبني عدم ضمان الارتفاع بعد التلف نلتزم به في المقام من حين التعذر، فانه من اول تحقق التعذر لا يكون مكلفا برد العين بل برد القيمة فينتقل التكليف من العين الى القيمة.

إذا ارتفع التعذر يجب رد العين

(٢) المسألة الخامسة: إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا، فهل يجب ردها كما فى المتن ام لا؟ وجهان.

و قد استدلل لذلك بوجوده:

(٣) الاول: ما فى المتن و هو: ان مقتضى عموم على اليد ما اخذت المغيبى بالاداء هو ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧٩

و دفع البدل لأجل الحيلولة. (١) انما افاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى انه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، و استلزم (و لازم) ذلك على ما اخترناه عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة، و سقوط وجوب الرد حين التعذر للعدر العقلى، فلا يجوز استصحابه بل مقتضى الاستصحاب (٢)

و العموم هو الضمان المدلول عليه، بقوله عليه السلام على اليد ما أخذت المغيبى بقوله حتى تؤدى.

و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكها الى الغارم بمجرد طرو التمكّن فيضمن العين من يوم التمكّن ضمّانا جديدا بمثله، أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو اعلى القيم أو انها باقية على ملك مالك العين، و كون العين مضمونة بها لا بشيء آخر فى ذمّة الغاصب فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث فى العين الا حكم تكليفى بوجوب رده.

و فيه: انه ان قلنا بالملكية- اى العين بدفع الغرامة تصير ملكا للضامن- فلا موضوع لعلى اليد.

و ان قلنا ببقائها على ملك المالك، فيرد عليه: انه على الفرض حيث خرج عن عهدة العين بدفع البدل و اداء المالىة- فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه ثانيا.

و دعوى ان العموم المزبور يدل على تعهد الاخذ بالعين تداركا و ردا، و دفع الغرامة انما يكون تداركا للمالية، و انما يسقط وجوب الرد حين التعذر للعدر العقلى، و إذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد لكونه من آثار تعهده به حين الأخذ كما افاده بعض مشايخنا المحققين، و لعله الى هذا يشير.

(١) قوله قدس سره: و دفع البدل لاجل الحيلولة ... الخ.

مندفعة بان على اليد انما يدل على كون المال المأخوذ فى العهدة ما لم يؤد، فإذا فرضنا كون دفع البدل أداء فلا وجه لوجوب الأداء ثانيا.

و بعبارة اخرى: انما يجب دفع البدل من جهة كونه أداء، و معه لا وجه لوجوبه ثانيا.

و ان شئت قلت: انه لا يدل على وجوب الرد تكليفا، و انما يدل على الضمان خاصة.

(٢) الثانى: ما فى المتن ايضا، و هو: استصحاب وجوب الرد.

و فيه: انه ان اريد به استصحاب الوجوب التنجيزى، فيرد عليه: انه ارتفع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٨٠

و أما الضمان و عهدة جديده فلا؟ وجهان، اظهرهما الثانى لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة و عدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمّانا جديدا (١) و مجرد عود التمكّن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض، و المعوض، غاية ما فى الباب قدرة الغاصب على اعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه، و حينئذ فإن دفع العين فلا اشكال فى زوال ملكية (مالكية) المالك للغرامة.

بالتعذر فلا وجه لاستصحابه.

و ان اريد استصحاب الوجوب التعليقى.

فیرد علیه: ان التمكن ليس من قيود الطلب شرعا، بل هو شرط عقلي في كل واجب، فلا يكون الوجوب بسببه تعليقا.
اللهم الا- ان يقال: انه اما ان نقول باشتراط كل تكليف بالتمكن شرعا، فلا محالة يصير الوجوب تعليقا، ولا مانع من استصحابه في
المقام على القول بجريان الاستصحاب التعليقي.

و ان قلنا بانه شرط عقلي، بمعنى انه مع عدم التمكن لا يحكم العقل بلزوم متابعة المولى، و ان كان التكليف باقيا شرعا فيستصحب
الوجوب التنجيزي في المقام.

و عليه فالحق ان يورد على هذا الأصل: بانه مع الخروج عن عهده العين لا يجب ردها تكليفا لاختصاص الأدلة بصورة بقاء العهدة.
الثالث: ما افاده السيد قده و المحقق النائيني قدس سره، و حاصله: ان البدلية المفهومة من الأدلة انما هي بدلية ما دام التعذر و موقته،
فإذا ارتفع التعذر يعود كما كان.

و فيه: انه في موارد صدق التلف عرفا تكون الغرامة بدلا دائما بمقتضى اطلاق النصوص، و في موارد بدل الحيلولة على القول به
مقتضى الأدلة من على اليد و غيره كون دفع البدل في حال التعذر أداء للعين و خروجا عن عهدها لا ما دام متعذرا. و بعبارة اخرى:
التعذر علة للحدوث لا ان البدلية تدور مداره وجودا و عدما.

(١) و لو شك في ذلك لكفى الاستصحاب في بقاء البدلية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨١

و توهم: ان المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذر،

فلا يعود لعدم عود مبدله ضعيف في الغاية بل كان بدلا عن اصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه أو خروجه
عن ملكه بناقل لازم بل جائز،

ولا- يجب رد نمائه المنفصل و لو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أو لا، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم فإن
الغرامة عوض السلطنة (١) لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمل.

نعم للمالك مطالبة عين ماله، لعموم: الناس مسيطون على اموالهم. و ليس ما عنده من المال عوضا من مطلق السلطنة، حتى سلطنة
المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الاملاك، و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة (٢)

الرابع: الإجماع، و هو كما ترى.

فالصحيح ان يستدل له ببناء العقلاء، بدعوى ان بناءهم على العود في امثال المقام مما يكون البدل لا من باب البراء عن الخصوصية
أو المعاوضة الشرعية، بل تنازلا عن الخصوصية الشخصية، كان المتنازل هو المالك أو الشارع ولاية عليه. فتدبر فانه دقيق.

(١) قوله فان الغرامة عوض السلطنة.

و فيه ان الغرامة على فرض كونها بدل السلطنة، انما تكون بدلا عن السلطنة على المطالبة، أي امكان وضع اليد على العين، و لو بواسطة
قدرة الغاصب.

لا عن السلطنة الفعلية و لذا لو كان الغاصب من الاول قادر اعلى الدفع لم يكن بدل الحيلولة ثابتا.

(٢) قوله و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

مراده ان البدل لو كان بدل السلطنة.

على المطالبة لكان يباح لغيره ممن له تلك كالولي فان له السلطنة على مطالبة مال المولى عليه من الغاصب، فان المفروض كونه بدل
السلطنة على المطالبة، و هي له مع انه لا يباح له الغرامة بلا كلام، فيستكشف من ذلك عدم كونها بدلا عنها.

و فيه ان المدعى كونها بدلا عن السلطنة على مطالبة المالك، لما له لينتفع به، لا مطلق السلطنة على المطالبة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٢

و مما ذكرنا يظهر انه ليس للغاصب حبس العين (١) الى ان يدفع المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة و الايضاح و جامع المقاصد، و عن التحرير الجزم بأن له ذلك.

و لعله لأن القيمة عوض. اما عن العين، و أما عن السلطنة عليه و على أى تقدير،

فيتحقق التراد، و حينئذ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر، و فيه ان العين بنفسها ليست عوضا و لا معوضا. و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة، فالمالك مسلط عليها و المعوض لغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراد، اللهم الا ان يقال له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هي السلطنة الفائتة، و الاقوى الاول، ثم لو قلنا بجواز الحبس لو حبسه فتلفت العين محبوسا فالظاهر انه لا يجرى عليه حكم المغصوب لأنه حبسه بحق، نعم يضمه لأنه قبضه لمصلحة نفسه. و الظاهر انه بقيمة يوم التلف على ما هو الاصل في كل مضمون و من قال بضمان المقبوض باعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس الى زمان التلف. و ذكر العلامة في القواعد انه لو حبس فتلف محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة الاولى. و الظاهر ان مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة، بناء على زوال حكم الغصب عن العين لكونه محبوسا بغير عدوان، لا خصوص حين التلف و كلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب.

(١) قوله مما ذكرناه يظهر انه ليس للغاصب حبس العين.

ما ذكره قدس سره اولا من انه مع بقاء الغرامة على ملك المالك لا مورد لحبس الغاصب العين إذ ما لم يرد العين، لا يستحق الغرامة، فكيف يجوز له حبسها لاجلها و ان كان تاما،

الا- ان الاظهر هو عدم جواز الحبس حتى بناء على عود الغرامة الى الغاصب، كانت الغرامة بدلا، عن العين أو السلطنة- إذ جواز الحبس، حكم تعبدى ثبت في المعاملات، و في غيرها لا دليل عليه.

فما يظهر من ذيل كلامه من دوران جواز الحبس و عدمه مدار كون العين عوضا أو معوضا- غير تام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٣

ثم ان اكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكن الظاهر ان اكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضمونا، إذ ليس في الغصب خصوصية زائدة. نعم ربما يفرق من جهة نص في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحیحه أبي ولاد، أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحیحه عليه،

و أما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال، فلم نعرف له مأخذا واضحا. (١)

و لنختم بذلك احكام المبيع بالبيع الفاسد و ان بقى منه آخر اكثر مما ذكرنا و لعل بعضها يجيء في بيع الفضولى.

(١) قوله و أما ما اشتهر من ان الغاصب مأخوذ بأشق الاحوال فلم نعرف له مأخذا قد تطابق النص و الفتوى على ان الغاصب يلزم بالاشق على وجه تقدم على قاعدة لا ضرر و لا حرج.

و إليه يشير ما رواه السيد الرضى في نهج البلاغة قال امير المؤمنين عليه السلام الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها قال يروى هذا الكلام للنبي صلى الله عليه و آله «١».

فانه يدل على لزوم رد المال الى صاحبه و ان استلزم خراب الدار اجمع بل ظاهر كلمات جمع من الفقهاء ان هذه الجملة معقد اجماع.

و في الجواهر بل قد يقال ان للمالك اخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كل حال و ان استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه الا في الحال المزبور انتهى.

(١) باب ١ من ابواب الغصب حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٤

الكلام في شروط المتعاقدين (١)

مسألة: [من شروط المتعاقدين البلوغ]

إشارة

المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبي (٢) بل عن الغنية: الاجماع عليه و ان اجاز الولي. و في كنز العرفان: نسبة عدم صحة عقد الصبي الى اصحابنا و ظاهره ارادة التعميم لصورة اذن الولي. و عن التذكرة: ان الصغير محجور عليه بالنص و الاجماع، سواء كان مميزا ام لا في جميع التصرفات الا ما استثني كعباداته و اسلامه و احرامه و تدبيره و وصيته و ايصال الهدية و اذنه في الدخول

عقد الصبي

إشارة

(١) المقصد الرابع: في شرائط المتعاقدين.

و هي: البلوغ، و العقل، و القصد و الاختيار.

تنقيح القول: بالبحث في مسائل:

(٢) الاولى: المشهور كما عن الدروس و الكفاية: بطلان عقد الصبي.

معاملة الصبي تتصور على وجوه:

الأول: كونه مستقلا فيها كان ذلك في امواله أو في اموال غيره، اذن الولي أو لم يأذن.

الثاني: ما إذا اذن الولي مع كون المعاملة مستندة إليه و يكون من قبيل الوكيل المفوض.

الثالث: كونه آله محضه، بمعنى كون المعاملة معاملة الولي ان كانت في امواله،

و معاملة الموكل ان كانت في اموال غيره، و يكون الصبي منشئا فقط. و مرجع منعه من التصرف على النحو الاخير الى كون قصده

للانشاء كالا قصد، و من قبيل بيع الهازل و النائم و محل الكلام هو الصبي المميز.

و أما غير المميز فلا اشكال في بطلان معاملاته حتى بالنحو الاخير لعدم قصده لمدلول العقد.

و المصنف قدس سره استظهر من عبارة التذكرة دعوى الاجماع على بطلان عقده بالنحو الاخير ايضا، و مورد استظهاره منها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٥

على خلاف في ذلك انتهى. و استثناء ايصال الهدية و اذنه في دخول الدار يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله (١) لأن الايصال و الاذن ليسا من التصرفات القولية و الفعلية.

و انما الأول آله في ايصال الملك، كما لو حمله على حيوان أو أرسلها. و الثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه اباحة الدخول و هو رضا المالك،

(١) استثنائه ايصال الهدية، و اذنه في دخول الدار من التصرفات التي ادعى الاجماع على محجوريته فيها، مع انها ليسا من التصرفات القولية أو الفعلية، فاستكشف من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق افعاله.

و يرد عليه قده: ان عدم حجية فعله في الأول، و قوله في الثاني في حكايتهما بالتصرف في مال الغير باخذ الهدية و الدخول في الدار لا يقتضى عدم العبرة بقصده للانشاء لرجوع ذلك الى عدم تصديق الصبي كالفاسق، فاستثناؤهما لا يكشف عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله.

و بعبارة اخرى: استثنائه اياهما من كون الصبي محجورا عليه شرعا يقتضى حمل كلامه قدس سره على ارادة الايصال و الاذن- الذين هما من التصرفات الشرعية- لا- الالية المحضة، فلا مناص عن حملهما على ارادة كونهما فعل الوكيل أو قوله الكاشفين عن اهداء المالك و اذنه في الدخول، و لا كلام في ان هذا التصرف تصرف استقلالي للصبي و ليسا من قبيل اجراء الصيغة.

و على هذا فثبوت الشهرة و الاجماع على بطلان عقده بالمعنى الاخير محل نظر، بل منع.

و كيف كان: فلا بد من البحث في الادلة.

و الكلام فيها يقع في مقامين.

الأول: في ادلة المنع.

الثاني: في ادلة الجواز.

اما الأول: فقد استدلل له بامور:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٦

...

الأول: الآية الشريفة (و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم اموالهم) «١».

و تقريب الاستدلال بها على المنع: ان الظاهر من الآية الشريفة من جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء و الامتحان، و غير ذلك من القرائن كون جواز الدفع مشروطا بشرطين: البلوغ و الرشد، فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة أو الصباوة، و ليس ذلك الا من جهة حجره في تصرفاته، بل المراد من عدم الدفع ذلك.

فان قلت: ان ظاهر الآية الشريفة من جهة الامر بالدفع و جوب الدفع بعد البلوغ و الرشد فمفهومها عدم الوجوب قبل ذلك، و هذا يلائم مع الجواز.

فلا تدل الآية على عدم الجواز.

اجبنا عنه: اولاً: انه لو جاز الدفع لوجب لعدم جواز امساك مال الغير، فمفهومها عدم جواز الدفع قبل ذلك و وجوب حفظ امواله و عدم رده إليه.

و ثانياً: ان هذا الامر لو روده مورد الحظر و المنع لا يستفاد منه الوجوب، فدلالة الآية الشريفة على محجورية الصبي في الجملة لا كلام

فيها.

انما الاشكال في انها هل تدل على المنع عن التصرفات مستقلا بالمعنى الاول خاصة ام تدل على المنع عنها بالمعنى الثاني، ام تدل على الغاء تصرفه بالمره.

الظاهر هو الوسط، فان الآية من جهة توجيه الخطاب فيها الى الولي، و تضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ، تدل على عدم استقلال الصبي في معاملاته في امواله و ان اذن له الولي، و لكنها لا تدل على جعل انشائه كلا انشاء مع عدم كون التصرف تصرفا له، بل من تصرفات وليه، و كون البيع يبعه مثلا، فالآية تدل على عدم نفوذ ما يعد تصرفا له و لو مع اذن الولي، و هي و ان اختصت بامواله الا انه يكفي في منعه عن التصرفات في مال غيره

(١) النساء، آية ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٧

و احتج على الحكم في الغنية بقوله صلى الله عليه و آله رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ. (١) و قد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الإقرار، و قال: أن مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم، و نحوه الحل في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرا، و تبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلامة و غيره،

عدم القول بالفصل.

(١) الثاني: حديث رفع القلم عن الصبي الذي رواه في محكي الخصال عن ابن الضبيان عن أمير المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجم عن الصبي: اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم. الحديث «١». و روى عن قرب الاسناد عن الامام على عليه السلام في سقوط القصاص و الدية في ماله: و قد رفع عنهما القلم. «٢» و في موق عمار عن الامام الصادق عليه السلام عن الغلام متى يجب عليه الصلاة؟ قال عليه السلام: إذا أتى عليه ثلاث عشر سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم. الحديث «٣». و نحوها غيرها. و عن الشيخ في المبسوط في مسألة الإقرار: ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم. و اورد عليه بايرادات:

ثلاثة منها ما في المتن و حيث ان المصنف يتعرض لها بعد اسطر فنحن تبعا له نتعرض لها في ما بعد / رابعها: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: ان المراد بالقلم لو كان قلم التكليف كان المراد خصوص التكليف الالزامية، و ذلك بقرينة الرفع، فان مناسب مادة الرفع

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٨

...

رفع ما في حمله كلفه و ثقل و مشقة و ليس ذلك الا في الاحكام اللزومية.

و فيه: انه يصح اسناد الرفع الى كل ما يصح اسناد الوضع إليه لانهما متقابلان، فلا وجه للاختصاص ببعض الاحكام.

خامسها: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره ايضا، وهو: ان تأثير الانشاء في حصول عنوانه المنشأ كالباع تأثير تكويني في امر اعتباري، فيكون كتأثير سيفه في القطع، و هذا لا يرفعه حديث الرفع، و أما رفع الآثار الشرعية المترتبة شرعا على ذلك العنوان المتولد على ان لا- يكون البيع الحاصل بانشائه محكوما باحكام البيع فذلك في البشاعة يساوق القول بعدم ترتب آثار الموت على من مات بسيفه، و معلوم بالقطع ان حديث الرفع لا يرفع الا احكاما مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير لا احكاما مترتبة عليه حتى مع الواسطة. و فيه: ان تأثير الانشاء في حصول العنوان ليس تكوينيا بل هو جعلي، غاية الأمر حصوله في نظر الشارع متوقف على القيود الشرعية، و ان كان حصوله في نظر العاقد غير متوقف عليه.

و بالجملة: قد مر في اول الكتاب ان في البيع مثلا يعتبر الباع و المشتري الملكية و يتحقق ذلك في اعتبارهما، ثم ان كانت المعاملة واجدة للقيود المعتمدة عند العقلاء فيه يعتبر العقلاء ذلك ايضا، و الا فلا، و كذلك بالاضافة الى الشارع، فلو كان البلوغ من تلك القيود بنظره الاقدس لا تعتبر الملكية، و لا يكون العنوان متحققا في اعتباره، و هذا لا يستلزم شيئا من المحاذير المتقدمة. ثم ان المحقق النائيني قدس سره اختار دلالة على بطلان عقد الصبي حتى بالمعنى الثالث بدعوى انه يدل على كون الصبي مسلوب العبارة، فان الظاهر من قوله عليه السلام رفع القلم عنه ما هو المتعارف بين الناس و الدائر على ألسنتهم من ان فلانا رفع القلم عنه و لا حرج عليه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٩

و استدلوا ايضا بخبر حمزة بن حرمان عن مولانا الباقر عليه السلام ان الجارية إذا زوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، و دفع إليها مالها و جاز امرها في الشراء و الغلام لا يجوز امره في البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة، الحديث. و في رواية ابن سنان: متى يجوز امر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ اشده، قال: ما اشده، قال: احتلامه. و في معناهما روايات اخر لكن الانصاف ان جواز الامر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف لأن الجواز مرادف للمضى فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الاجازة، كما يقال بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف

و اعماله كاعمال المجانين، فهذه الكلمة كناية عن ان عمله كالعدم، و رفع عنه ما جرى عليه القلم، فلا ينفذ فعله و لا يمضى عنه، فان ما صدر عنه لا ينسب إليه.

و فيه: انه يدل على رفع قلم الوضع و التكليف عن الصبي، و لازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين الاولين دون الثالث، فان العقد الصادر من الصبي باذن الولي له نسبتان: نسبة الى الصبي، و نسبة الى الولي، غاية الأمر نسبتته إليه انما تكون بالتسبيب، و لا منافاة بين عدم نفوذ ما هو عقد الصبي بالمباشرة و نفوذ ما هو عقد الولي، إذ القلم رفع عن الصبي لاعن الولي. هذا على فرض تسليم صدق كون العقد و البيع عقد الصبي مع كونه مجرى الصيغة، خاصة و كون طرف المعاملة عند العرف هو الولي، و الا فعدم دلالة على سلب عبارته اوضح. الثالث: النصوص الدالة بالمنطوق و المفهوم على عدم جواز امر الصبي في البيع و الشراء «١». و قد ذكر المصنف روايتين منها و هما خبر حمزة و رواية ابن سنان.

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه و باب ٢ من أبواب كتاب الحجر. و باب ٤٤ من أبواب الوصايا و غير تلكم من الابواب المختلفة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩٠

و يشهد له: الاستثناء في بعض تلك الاخبار بقوله الا ان يكون سفيها (١) فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته. و انه إذا ساوم وليه متاعا و عين له قيمته و امر الصبي بمجرد ايقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلا، و كذا لو اوقع ايجاب النكاح أو قبوله لغيره باذن وليه.

و تقريب الاستدلال بها: انها بالاطلاق تدل على عدم نفوذ بيعه و شرائه حتى مع اذن الولي، فتدل على البطلان حتى بالمعنى الاخير. و اورد عليه المحقق النائيني قدس سره: بانها في مقام بيان ان الاحتلام شرط في نفوذ امر الصبي و ليست في مقام بيان عدم نفوذ امره قبله و لو مع اذن الولي.

و فيه ان بعض تلك النصوص منطوقه يدل على عدم نفوذ امره قبله، و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولي و عدمه. و الحق ان يقال: ان دلالتها على بطلان عقد الصبي بالمعنيين الاولين لا تنكر.

الا انها لا تدل على البطلان بالمعنى الاخير، إذ لو كان الصبي مجرى الصيغة خاصة لا يستند البيع و الشراء إليه، و على هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغة لعدم صدق البيع عليه، فالبيع انما يكون بيع الولي أو الموكل و الامر امره، و مجرد الصيغة لا تكون موضوع النفوذ و عدمه.

و لو تنزلنا عن ذلك فلا اقل من ان مثل هذا البيع له نسبتان: نسبة إلى الصبي، و نسبة الى الولي أو الموكل، فلا مانع من نفوذه و مضيه بالاعتبار الثاني كما تقدم.

(١) قوله و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الاخبار بقوله الا ان يكون سفيها.

وجه الشهادة: ان السفية ليس مسلوب العبارة، فمن استثنائه يعلم ان المراد عدم استقلاله في التصرف.

و فيه: انه لو كان مفاد هذه الاخبار- بحسب ظواهرها- عدم نفوذ امر الصبي و لو في اجراء الصيغة خاصة، هذا الاستثناء لا ينافيه، بل غاية ما هناك كنا نقول ان هذه الاخبار تدل بالاطلاق على كونه ايضا مسلوب العبارة، الا ان الدليل دل على خلاف ذلك، فلا يحكم بكونه مسلوب العبارة لدليل آخر لو كان، و الا فلا مانع من الالتزام بكونه ايضا مسلوب العبارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩١

و أما حديث رفع القلم ففيه:

أولا: أن الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الاحكام (١) و لذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي.

و ثانيا: أن المشهور على الألسنة أن الاحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين (٢) فلا مانع من ان يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ أو على الولي إذا وقع باذنه و اجازته، كما يكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمة تمكينه من مس المصحف

و قد اورد المصنف على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبي بوجه.

(١) احدها: ان الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الاحكام.

و فيه: أولا: انه لا شاهد لهذا الحمل، بل الظاهر منه قلم جعل الاحكام، و لا أقل من الاطلاق.

و ثانيا: ان مورد بعض هذه النصوص القصاص و ثبوت الدية و هما ليسا من قبيل المؤاخذة على مخالفة التكليف، بل من قبيل الحكم الوضعي.

و ثالثا: ان المراد لو كان رفع فعلية المؤاخذة مع ثبوت الاستحقاق فيكون مقتضاه العفو كان ذلك مما يقطع بخلافه، و ان كان المراد

رفع الاستحقاق فهو لا يصح الا مع رفع الحكم الذى هو منشأ هذا الحكم العقلى.

(٢) ثانيها: ان المشهور على الالسنه ان الاحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين،

فلا- مانع من كون عقده سببا فعليا للوجوب التعليقى- اى وجوب الوفاء بعد البلوغ- و يكون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع لعدم اختصاص منشئه بالوجوب الفعلى المنجز.

وفيه: ان ما هو المشهور انما هو ثبوت الوضع فى حقه فى الجملة فى قبال عدم ثبوت التكليف اللزومى بقول مطلق لا ثبوت الاحكام الوضعية فى حقه مطلقا، كيف وقد اشتهر بينهم بطلان عقد الصبى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٢

و ثالثا: لو سلمنا اختصاص الاحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعولة فى حق البالغين (١) فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ.

و بالجملة: فالتمسك بالرواية ينافى ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبى،

و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين. فالعمدة فى سلب عبارة الصبى هو الاجماع المحكى المعتضد بالشهرة العظمية، و الا فالمسألة محل اشكال، و لذا تردد المحقق فى الشرائع فى اجازة المميز باذن الولى بعد ما جزم بالصحة فى العارية و استشكل فيها فى القواعد و التحرير، و قال فى القواعد و فى صحة بيع المميز باذن الولى نظر، بل عن الفخر فى شرحه ان الاقوى الصحة مستدلا بأن العقد إذا وقع باذن الولى، كان كما لو صدر عنه، و لكن لم اجده. فيه و قواه المحقق الاردبيلى على ما حكى عنه، و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الاجماع عنده حيث قال: و هل يصح بيع المميز و شرائه؟ الوجه عندى انه لا يصح و اختار فى التحرير صحة بيع الصبى فى مقام اختبار رشده، و ذكر المحقق الثانى انه لا يبعد بناء المسألة على ان افعال الصبى و اقواله شرعية ام لا، ثم حكم بأنها غير شرعية و ان الاصح بطلان العقد.

(١) ثالثها: انه لو سلمنا اختصاص الاحكام الوضعية ايضا بالبالغين، لكن لا مانع من كونه جزء السبب للملكية بعد البلوغ بان يكون الجزء الآخر البلوغ، و مع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد لكون العقد موضوعا لوجوب الوفاء، و ان لم يؤثر فى الملكية كما فى معاملة الفضولى مع الاصيل، فانه يجب على الثانى الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية.

و بهذا البيان اندفع ايراد المحقق النائنى قدس سره عليه بانه: لا يمكن التفكيك فى الآثار بين البالغ و غيره، إذ لو افاد عقد الصبى الملكية فلا يمكن ان لا يؤثر فعلا و يصير ذا اثر بعد البلوغ.

وفيه: انه بعد الالتزام باختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين لا سبيل الى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٣

و عن المختلف انه حكى فى باب المزارة عن القاضى كلاما يدل على صحة بيع الصبى.

و بالجملة فالمسألة لا يخلو عن اشكال و ان اطنب بعض المعاصرين فى توضيحه حتى الحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه فالانصاف ان الحجة فى المسألة هى الشهرة المحققة و الاجماع المحكى عن التذكرة بناء على ان استثناء الاحرام الذى لا يجوز الا باذن الولى شاهد على ان مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة،

لا نفى الاستقلال فى التصرف و كذا اجماع الغنية بناء على ان استدلاله بعد الاجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول عقده للبيع باذن الولى، و ليس المراد نفى صحة البيع المتعقب بالاجازة، حتى يقال أن الاجازة عند السيد (ابن زهرة) غير مجدية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل. و لو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولى، و يؤيد الاجماعين ما تقدم عن كثر العرفان، نعم لقائل أن يقول: إن ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضى و غيرهم خصوصا المحقق الثانى: الذى بنى المسألة على شرعية

أفعال الصبي يدل على عدم تحقق الاجماع، و كيف كان. فالعمل على المشهور و يمكن أن يستأنس له أيضا بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن عمد الصبي و خطاه واحد (١) كما في صحيحة ابن مسلم و غيرها، و الاصحاب و ان ذكروها في باب الجنائيات الا انه لا إشعار في نفس الصحيحة. بل و غيرها بالاختصاص بالجنائيات.

(١) الرابع: النصوص المتضمنة لكون عمد الصبي خطأ:

كصحيح محمد بن مسلم عن مولانا الصادق عليه السلام: عمد الصبي و خطاه واحد. «١» و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على ان الاحكام المترتبة على الافعال مع القصد و العمد لا تترتب على افعال الصبي، و ان اعماله عن قصد كالاعمال الصادرة عن غيره بلا قصد، فعقده كعقد الهازل و النائم. و تنقيح القول بالبحث في جهتين.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة من كتاب الدييات حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩٤

...

الاولى: في انه هل تدل الاخبار على ان قصد الصبي كلا قصد، ام تدل على ان- اي الفعل الصادر عن عمد- خطأ، اي حكمه حكم الفعل الخطي؟ ظاهر الاخبار بل صريحها هو الثاني، مع ان حملها على الأول مستلزم لتخصيص الاكثر، إذ لازمه صحة صلاته لو تعمد بالتكلم، و ايجاد غيره من الموانع، و صحة صومه لو اكل من الصبح الى الغروب، و انه لو حاز شيئا لا يملكه و يجوز اخذه منه، و غير ذلك من الاحكام التي لا مناص عن الالتزام بخروجها عنها بناء على هذا المعنى.

الثانية: في انه على المعنى المختار هل تعم النصوص باب المعاملات ام تختص بباب الجنائيات؟ وجهان: اقواهما الثاني. و ذلك لوجهين.

الأول: ان العمد و الخطأ انما يتصوران في الامور التي لها واقع محفوظ، و ذلك الامر قد يترتب على سببه قهرا و آخر عن قصد، و الامور المتوقف تحققها على القصد كالعقود و الايقاعات حيث انها لا تتحقق بدون القصد، فلا يتصور فيها الخطأ، إذ لو قصدتها تقع و الا فلا لا انها تقع خطأ.

الثاني: ان تنزيل شيء منزلة آخر انما يصح إذا كان للمنزل عليه اثر ليكون التنزيل بلحاظه، كما في القتل، فان اثر الخطأ منه كون الدية على العاقلة، و أما ما لا حكم لخطئه كباب المعاملات- على فرض تسليم الخطأ فيها- فلا يصح فيه هذا التنزيل.

و بعبارة اخرى: انها تدل على وحدة حكم عمد الصبي و خطاه، و هذا انما يصح فيما كان لكل منهما حكم يخصه، فاريد بهذه العبارة افادة الاتحاد في خصوص الصبي، و معلوم ان تعدد حكم العمد و الخطأ و اختلافهما في الحكم انما يكون في خصوص باب الجنائيات.

وقد ذكر السيد قده في الحاشية و جهين آخرين لاختصاص النصوص بباب

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩٥

ولذا تمسك بها الشيخ في المبسوط و الحلبي في السرائر على ان اخلال الصبي المحرم بمحظورات الاحرام التي يختص حرمتها الكفارة فيها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبي، و لا على الولي لأن عمدته خطأ. و حينئذ فكل حكم شرعي تعلق بالافعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد، فما يصدر منها عن الصبي قصدا بمنزلة الصادر

عن غيره بلا قصد فعقد الصبي و ايقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطى و ايقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم (١) و هو ما عن قرب الاسناد بسنده عن ابى البخترى عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام انه كان يقول: المجنون و المعتوه الذى لا يفيق و الصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة. و قد رفع عنهما القلم، الى آخره. فإن ذكر رفع القلم فى الدليل ليس له وجه ارتباط، الا بأن تكون علة لأصل الحكم و هو ثبوت الدية على العاقلة أو بأن تكون معلولة لقوله عمدهما خطأ، يعنى انه لما كان

الجنايات:

احدهما: ان فى ذيل بعض «١» تلك النصوص هذه العبارة تحمله العاقلة أو جعل الدية على قومه و لا ريب فى ان مثل هذه النصوص مختصة بباب الجنايات، و هى تكون قرينة على غيرها. و فيه: انه لا وجه لحمل المطلق فى المقام على المقيد لكونهما مثبتين. ثانيهما: ان النصوص غير المذيلة بما ذكر انما تكون مطلقة لا عامة، و القدر المتيقن منها باب الجنايات. و فيه: ان القدر المتيقن لا يمنع عن التمسك بالاطلاق، فالصحيح ما ذكرناه (١) و المصنف ره بعد ما اشكل على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبى قال: بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد «٢» من هذه الأخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة حديث ٣ و ٥ و باب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٦

قصدهما بمنزلة العدم فى نظر الشارع، و فى الواقع رفع القلم عنهما، و لا يخفى ان ارتباطها بالكلام على وجه العلية و المعلولية للحكم المذكور فى الرواية، اعنى عدم مؤاخذه الصبى و المجنون بمقتضى جناية العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد و هو الدية، فى مالهما لا يستقيم الا بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعا، من حيث العقوبة الاخرى و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالتقصاص أو المال كغرامة الدية. (١) و عدم ترتب ذلك على افعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتب عليه غرامة اخروية أو دنيوية، و على هذا، فإذا التزم على نفسه مالا باقرار أو معاوضة و لو باذن الولى فلا اثر له فى الزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ (٢) فإذا لم يلزمه شىء بالتزاماته، و لو كانت باذن الولى فليس ذلك الا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذه شاملا لصورة اذن الولى، و قد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده فى انشاءاته و اخباراته مسلوب الأثر.

(١) و تقريب استظهار المطلب منه: ان قوله و قد رفع عنهما القلم لا وجه لذكره الا كونه علة للحكم - و هو ثبوت الدية على العاقلة - أو معلولا لقوله عليه السلام عمدهما خطأ و على اى تقدير يدل على ان قصد الصبى كلا قصد، فانه يدل حينئذ على عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذه و انه عام لكل ما التزم على نفسه من المال باقرار أو معاوضة، و يدل انه لا أثر له فى الزامه بالمال و مؤاخذته به بعد البلوغ

(٢) و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولى و عدمه، و عدم ترتب الاثر على التزامه حتى مع اذن الولى لا يكون الا لسلب قصده و عدم العبرة بانشاءته.

و يرد عليه- مضافا الى ما عرفت من ظهور حديث رفع القلم فى رفع جميع الاحكام فى نفسه و مع ذلك لا يدل على سلب قصده. فراجع.

انه ليس علة للحكم، و لا معلولا لعمدهما خطأ اما الأول: فلخلوه عن اللام و الفاء الدالتين على ذلك، مضافا الى انه اما ان تؤخذ العلة رفع القلم مطلقا، أو رفع القلم فى باب الجنائيات.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٧

...

فان كان الاول فاجنبية العلة عن الحكم المعلل واضحة، إذ اى ربط بين رفع قلم التكليف بالصوم و الصلاة و ثبوت الدية على العاقلة، و ان كان الثانى فغاية ما يمكن ان يقال فى توجيه الارتباط: ان دم المسلم لا بد و ان يتدارك، و لا يكون ذلك من بيت المال، فلا بد و ان يكون من مال الصبى او من العاقلة،

فحيث ان القلم مرفوع عن الصبى فيكون من العاقلة و هذا مضافا الى مخدوشيته فى نفسه إذ اى دليل على لزوم التدارك، ثم أى دليل على عدم كونه، من بيت المال، و أى دليل على الدوران المزبور، ان لازم ذلك تعليل ثبوت احد الضدين بنفى الضد الآخر، و هو كما ترى.

و أما الثانى: أى عدم كونه معلولا، فلمخالفته فى كيفية التعبير من حيث الاشتمال على كلمة قد الدالة على تحقق مدخولها و خلو جملة تحمله العاقلة عنها،

مضافا الى انه من المعلوم انه هذه الجملة اى جملة عمدهما خطأ ليست فى مقام بيان امر تكوينى بل متضمنة لبيان امر تشريعى و عليه فيتحد مفادها مع مفاد رفع القلم، فلا وجه لجعل احدهما علة للآخر.

و الحق فى المقام ان يقال: ان عمدهما خطأ متكفل فى نفسه لبيان حكمين بنحو الاجمال، و قد بينهما الامام عليه السلام بجملتين اخريين: احدهما: ثبوت الدية على العاقلة، و الاخرى عدم ثبوت شىء على الصبى، و بين الأولى بقوله تحمله العاقلة و الثانية بقوله قد رفع فهاتان الجملتان تفسيران للجملة الاولى من دون ان يكون هناك علة أو معلولة.

فتحصل من مجموع ما ذكرناه: ان الاستفادة من الادلة بطلان عقد الصبى إذا كان مستقلا، و صحته إذا كان باذن الولى أو اجازته.

ادلة القول بصحة عقد الصبى

و أما المقام الثانى: فقد استدلل لجواز عقد الصبى بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٨

...

الأول: الآية الشريفة (و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم اموالهم) «١» و تقريب الاستدلال بها من وجهين.

احدهما: ما افاده أبو حنيفة و وافقه بعض المعاصرين، و هو: ان ظاهر الآية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى، و قوله تعالى حتى سواء كانت للغاية ام للابتداء، و الظاهر من الابتلاء بالاموال بان يأذنوا لهم فى البيع و الشراء قبل البلوغ، و ذلك يقتضى صحة تصرفاتهم.

وفيه: أنه لا إشكال في دلالتها على عدم كون الصبي مسلوب العبارة، إلا أنها لا تدل على كونه مستقلا في التصرف لحصول الابتلاء بالبيع مع اذن الولي أو اجازته، وحيث ان ظاهر ذيل الآية الشريفة- كما مر- عدم صحة تصرفاته استقلالا، فلا بد من البناء على ذلك. ثانيهما: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، وهو: ان المستفاد من الآية الشريفة ان المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد بان تكون الجملة الاخيرة استدراكا عن صدر الآية، وانه مع استثناس الرشد لا يتوقف في دفع المال ولا ينتظر البلوغ و ان اعتبار البلوغ طريقى اعتبر اماره الى الرشد بلا موضوعية له وفيه انه لو لم يكن الامر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ، و كان ذكر حتى إذا بلغوا النكاح زائدا، و حمله على الطريقية الى الرشد خلاف الظاهر. الثاني: مرسل المبسوط و روى: انه إذا بلغ عشر سنين و كان رشيدا كان جائز التصرف.

(١) النساء: آية ٧.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩٩

...

وفيه: انه لارساله و عدم العمل حتى من مرسله به لا يعتمد عليه.

الثالث: النصوص «١» الدالة على جواز وصيته و صدقته و عتقه، فانه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه اباء سياقه عن التخصيص.

وفيه: اولاً: ان الدليل لم يكن مختصا بحديث رفع القلم.

و ثانياً: انه غير آب عن التخصيص،

هذا على فرض جواز تلك التصرفات و الا فالأمر اسهل.

الرابع: السيرة التي ادعاها سيد الرياض على ما نقل عنه الشيخ قدس سره و الانصاف انه لا ينبغي التشكيك فيها، الا ان المتيقن منها المعاملة باذن الاولياء،

بل سيد الرياض ادعاها في هذا المورد، و لا مورد للايراد عليه بانها ناشئة عن عدم المبالاة بالدين.

الخامس: خبر السكوني عن الامام الصادق عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امة قد عرفت بصنعها يد، و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعه بيده فانه ان لم يجد سرق «٢» فان حصر كراهة التصرف فيما اكتسبه الغلام بما إذا لم يحسن صناعه بيده و احتمال سرقة اقوى شاهد على نفوذ معاملاته.

و اجاب عنه المصنف قدس سره: بانه محمول على موارد عدم معاملة نافذة من الصبي، اما بان لا تكون هناك معاملة اصلا- كالالتقاط المترتب عليه الملكية- أو مع كون المعاملة من الولي- كالاجارة التي اوقعها الولي- أو مع كونها عن الصبي على نحو يجامع فساد المعاملة- كاستحقاق اجرة المثل في الاجارة التي اوقعها الصبي بغير اذن الولي

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات ج و باب ٥٦ من أبواب كتاب العتق- و باب ٤٤- من أبواب كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٠

...

أو عمل عملاً بامر آمر، و من الواضح ان جواز التصرف في المكسوب في هذه الموارد لا يكشف عن نفوذ معاملات الصبي بما هو صبي.

و فيه: ان قبض الصبي المال في هذه الموارد - كما اعترف به قده قبيل ذلك لا أثر له لفرض كون اجرة المثل كليه، و كذلك الاجرة المسماة بحسب الغالب، و هو لا يتعين بقبض الصبي.

و بالجملة: غاية ما يثبت بما ذكره استحقاق الصبي للاجرة، و لكن لا يتعين ذلك فيما اقبضه من عليه، بل هو باق على ملكه، فيحرم للولي و غيره التصرف فيه،

و به يظهر حال الالتقاط، فانه إذا كان فعل الصبي كالعدم لا أثر لالتقاطه ايضاً.

فالحق في المقام ان يقال: ان المنهى عنه اما ان يكون هو الكسب اي المعنى المصدري أو يكون هو المكسوب، فان كان الأول فلا محالة يكون الموجه إليه الخطاب الولي فيكون مفاده مرجوحية نصب الولي لهم لتصدى المعاملات الا في الصناعة، و عليه فان كان النهي تحريماً لا يدل على نفوذ معاملاته بوجه، و ان كان تنزيهاً، و ان كان يشعر بذلك، الا انه لا دليل على حمل النهي عليه، و ان كان الثاني كما لعله الظاهر لعدم مناسبة العلة مع الأول.

فتقريب الاستدلال به على نفوذ معاملات الصبي انما يكون من وجوه:

احدها: من جهة التعليل، إذ لو لم تكن المعاملة نافذة كان المتعين التعليل بذلك،

فانه حينئذ كان التصرف فيه حراماً لكونه ملك الغير، و ان علم بعدم السرقة لا التعليل بانه ان لم يجد سرق.

ثانيها: من جهة التقييد، إذ لو كانت معاملة غير الصبي غير نافذة من اصلها لم يكن هناك فرق بين من يحسن صناعة بيده و من لا يحسن.

ثالثها: من جهة الحكم، إذ المشهور بين الأصحاب حمل هذا النهي على الكراهة،

فهذه آية نفوذ المعاملة و الا كان التصرف حراماً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠١

ثم ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف (١) الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكى عن بعض، الا ان يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم، و لا يخلو من بعد و لكن هذا غير وارد على الاستدلال، لأنه ليس مبني على كون رفع القلم علة للحكم، لما عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبي و المجنون، فيختص رفع قلم المؤاخذة بالافعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الاتلاف، فافهم و اغتتم.

و في كل مناقشة:

اما الاول: فلأن هذا النهي انما هو بلحاظ هذا الاحتمال اي احتمال السرقة و لا نظر في ذلك الى نفوذ المعاملة و عدمه كي يدل على نفوذها مع عدم ذلك، مع ان المنهى عن التصرف فيه ليس خصوص ما اكتسب بالمعاملة بل مطلق ما حصله الصبي كان بتلك ام غيرها، فلا يدل على نفوذ معاملته مع عدمه.

و أما الثاني: فلأن الفرق بين من يحسن صناعة بيده و غيره واضح، فانه في الأول يكون احتمال السرقة اضعف من غيره، فيكون ذكر القيد لتحقيق الموضوع،

مع ان القيد لا مفهوم له.

و أما الثالث: فلعدم القرينة لحمل النهي على الكراهة، مع ان هذا النهي انما هو بلحاظ احتمال السرقة خاصة و لا نظر فيه الى جهات اخر.

فتحصل: ان المستفاد من مجموع الادلة بطلان عقد الصبي إذا كان مستقلا في المعاملة و نفوذه إذا كان باذن الولى.

المستنبات

(١) قوله عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما... فيخرج مثل الاتلاف و قد استثنى من رفع القلم عن الصبي مواضع: منها: اتلافه.

فان المشهور بين الأصحاب كونه موجبا لضمانه و قد استدلوا لذلك بوجه منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٠٢

...

احدها: ما يستفاد من كلمات المصنف قدس سره، و هو: ان المستفاد من ادلة الباب بعد ضم بعضها ببعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الافعال المعبر فيها القصد الى مقتضاها كإنشاء العقود، فيخرج مثل الاتلاف. وفيه: ان مقتضى عموم حديث رفع القلم رفع كل تكليف، أو وضع عن الصبي كان سببه فعله القصدى أو غير القصدى ثانيها: ما ذكره المحقق الاصفهاني و هو: ان مقتضى مناسبة الحكم و الموضوع ان كل اثر منوط ترتبه على الفعل بالعقل و كما له، و استشعار الفاعل فهو مرفوع عن الصبي،

فمثل الضمان المترتب على مجرد الاتلاف غير المنوط بشيء خارج عن عموم الآثار المرفوعة.

وفيه: ان كمال العقل انما هو من باب الحكمة لا العلة، و الا قرب غير بالغ اعقل من البالغ.

ثالثها: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره، و هو: انه فى بعض «١» النصوص جمع بين عمد الصبي خطأ و رفع القلم عنه، و هو يصلح قرينة لقصر المرفوع بقلم العمد، و ان المرفوع احكام اخذ فى موضوعها العمد، و معه لا يبقى لرفع القلم عموم، و ذلك الحديث يوجب سقوط سائر النصوص المشتملة على رفع الحكم عن الصبي، فمثل الاتلاف غير مشمول لها.

وفيه: اولاً: ان عموم رفع القلم فى ذلك الحديث لا محذور فيه، و مجرد تطبيقه على مورد خاص لا يصلح قرينة لعدم ارادة العموم منه.

و ثانياً: انه لا وجه لصيرورته مسقطا لعموم سائر الروايات.

رابعها: ان حديث رفع القلم لو ورد مورد الامتنان يختص بما فى رفعه منه و لا منه على الامنة فى رفع الضمان لكونه خلاف الامتنان بالنسبة الى الكبير افاده المحقق الاصفهاني

(١) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٠٣

ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا- ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير (١) و الحاصل ان مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكى فى البيع و غيره من العقود و الاخبار المتقدمة، بعد انضمام بعضهما الى بعض: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الافعال المعبر فيها القصد الى مقتضاها كإنشاء العقود اصالة و وكالة، و القبض و الاقباض (٢) و كل التزام على نفسه من ضمان أو اقرار أو نذر أو ايجار.

وفيه: انه لا- قرينة لكونه واردا مورد الامتنان، بل لازم ذلك عدم شموله لبيعه، إذ ليس فى رفع حليته منه على الصبي، فالعمدة فى

استثنائه الاجماع ان ثبت و كان تعديا و منها: التعزير.

(١) و قد افاد المصنف قدس سره في وجه خروجه: ان المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا- ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير و فيه اولا: انه لا شاهد لهذا التخصيص بل مقتضى عمومته شموله لكل من الأمرين و ثانيا: ان هناك شاهدا على خلاف ذلك فان مجرد الفرق بين الصبي و البالغ في المؤاخذه و اختلاف حكمهما لا يصحح اسناد رفع القلم إليه كما لا يخفى فالصحيح في وجه خروجه قيام الدليل الخاص عليه المخصص لعموم رفع القلم.

و منها: انه إذا لاقى جزء من بدنه مع النجاسة ينجس، و لو تحقق في حقه سبب الجنابة يجب كما هو المشهور بين الأصحاب. و الوجه في ذلك عدم شمول حديث رفع القلم لهما في نفسه، و ذلك لأنه يعتبر ان يكون الحكم المرفوع به مترتبا على فعل الصغير بما هو، فلا يعم مثل النجاسة المترتبة على الملاقة و الجنابة المترتبة على سببها بلا دخل لفعل الصبي فيه، و أما عدم شمول ما دل على انه لا يجوز امر الصبي لهما فواضح.

(٢) و منها: القبض. و الاقباض.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٤

و قال في التذكرة: و كما لا يصح تصرفاته اللفظية كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك في الهبة، و ان اتهب له الولي و لا لغيره و ان اذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحق الدين للمديون سلم حتى الى هذا الصبي فسلم مقدار (قدر) حقه إليه لم يبرأ عن الدين و بقي المقبوض على ملكه و لا ضمان على الصبي لان المالك ضيعه حيث دفعه إليه و بقي الدين لأنه في الذمة و لا يتعين الا بقبض صحيح، كما لو قال ارم حتى في البحر فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالي الى الصبي أو القه في البحر لأنه امتثل أمره في حقه المعين،

و لو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن و إن كان يأذن الولي

و ملخص القول فيه: ان القبض ربما يكون معيناً للكلية و آخر يكون قبضاً لمال معين.

و على التقديرين: ربما يكون جزء السبب المملك كما في بيع الصرف و الهبة، و ربما لا يكون كذلك، و على التقادير: ربما يكون باذن الولي و قد يكون بغير اذنه، فقد يقال بترتب الأثر على قبضه مطلقاً.

و استدلل له السيد: بالسيرة عليه في الصدقات و باطلاق نصوص الكفارة الدال على جواز اعطائها بيد الصغير «١» و بما في الزكاة الدال على جواز اعطائها بالصغير «٢» و لكن المتيقن من السيرة اعطائها باذن الولي و نصوص الكفارة و الزكاة واردة في مقام بيان حكم آخر لا- يصح الاستدلال بها في المقام، ففي محكي الجواهر: ثم لا- يخفى ان المراد من اعطاء الأطفال في النص و الفتوى الايصال إليهم على الوجه الشرعي بان يسلم بيد وليهم.

و الحق في المقام ان يقال: ان المقبوض ان كان شخصياً، فان لم يكن مال الصبي و لم يأذن المالك في القبض لا كلام في عدم كونه مبرأ للذمة، و ان اذن مالكة في القبض كان ذلك مبرأ للذمة، لان ذلك قبض منه و استيلاء على المال، إذ القبض الذي يترتب.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الكفارات من كتاب الايلاء و الكفارات.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب المستحقين للزكاة و وقت التسليم و النيء.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٥

إذ ليس له تضييعها باذن الولي (١) و قال ايضا لو عرض الصبي دينارا على الناقد لينقده، أو متاعا الى مقوم ليقومه فأخذه لم يجز له رده الى الصبي، بل الى وليه ان كان. فلو امره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه برء من ضمانه إن كان المال للولي، و ان كان للصبي فلا،

كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر، فإنه يلزمه ضمانه، وإذا تباع الصبيان و تقابضا و ا تلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى باذن الوليين فالضمان عليهما، و الا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيين. و يأتي في باب الحجر تمام الكلام، و لو فتح الصبي الباب و اذن في الدخول على اهل الدار، أو ادخل الهدية الى انسان عن اذن المهدي، فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

عليه الاثر ليس هو الاخذ باليد خاصة بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقق في الفرض. و ان شئت قلت: ان المبرأ للذمة اداء مال الغير فتبرأ الذمة و ان امر بالقاء ماله في البحر فألقاه. و ان كان المال مال الصبي فان اذن له الولي في اقباضه أو اذن الصبي في قبضه برئت ذمته لانه قبض للولي. (١) و ما افاده العلامة قدس سره من ان ذلك تضييع لمال الصبي فلا يجوز و ان اذن الولي، غير تام، لعدم كونه تضييعا بل اقباض للولي. و ان كان بدون اذنه لا يجوز لعدم العبرة بقبضه مستقلا. و ان كان كلياً، فان كان بدون اذن الولي - ان كان ماله أو مال الصبي - أو بدون اذن مالكة - ان كان لغيرهما - لم تبرأ ذمته و بقي المقبوض على ملكه. و ان كان مع اذنه، كان ذلك قبضاً معيناً للكلي، و لا أقل من كونه توكيلاً منه في قبض حقه و تعيينه فيما بيده ثم دفعه الى الصبي. فافهم و اغتنم.

معامله الصبي في الاشياء اليسيرة

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٦
ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لا فرق في معامله الصبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة أو الخطيرة (١) لما عرفت من عموم النص و الفتوى، حتى ان العلامة في التذكرة لما ذكر حكاية ان ابا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فارسله ردها: بعدم الثبوت، و عدم الحجية، و توجيهه بما يخرج عن محل الكلام. و به يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من ان الأظهر جواز بيعه و شرائه، فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعا للخرج، (٢) انتهى. فإن الحرج ممنوع سواء اراد ان الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات، و التزام مباشرة البالغين لشرائها، ام اراد انه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الاشياء الحقيرة، ثم لو اراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون اذن الولي ليكون حاصله انه غير محجور عليه في الاشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفا للاجماع.

(١) قوله لا فرق في معامله الصبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة أو الخطيرة و قد استدلل لنفوذها في الاشياء اليسيرة بوجوه:
الأول: ان الآية و النصوص المتقدمة مختصة بالمعاملة في الاشياء الخطيرة بقرينة مناسبة الحكم و الموضوع. بتقريب: انها بمناسبة الحكم و الموضوع تدل على عدم نفوذ امر الصبي فيما له شأن يتفاوت فيه كامل العقل و غيره، و هو انما يكون في الأشياء الخطيرة دون المحقرات التي لها ثمن معين لا يتفاوت في الصغير و الكبير.
وفيه: ما تقدم من ان كمال العقل انما هو من قبيل الحكمة لا العلة، و الا قرب غير بالغ اكمل عقلا من البالغ.
(٢) الثاني: لزوم الحرج من تصدى البالغين لجميع المعاملات حتى المعاملة على المحقرات. وفيه: ان لزوم الحرج من كونهم مستقلين في المعاملة ممنوع، نعم لا ننكر لزومه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٧

و أما ما ورد في رواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام، (١) قال: ونهى النبي صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده معللا بأنه ان لم يجد سرق

من منعهم عن المعاملة مطلقا، ولكن قد مر أن الأظهر جواز معاملاتهم في صورة اذن الاولياء حتى في المجلات.

الثالث: ان سيرة أهل العرف من كل ملء و نحلة جرت على ايكال المعاملات في المحقرات الى الصبيان.

و اجاب عنه المحقق النائيني قدس سره: بان السيرة مختلفة باختلاف الأشياء،

فانهم يوكلون الى من بلغ اربع سنين معاملة البقول، و إلى من بلغ ثمانية بيع اللحوم، و هكذا، و ثبوت السيرة من عصر الأئمة عليهم

السلام من المتدينين بهذا التفصيل مشكل، بل المعلوم عدمها،

فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصصة للأدلة.

و يرد عليه قده: ان المستدل استدل بالسيرة العقلائية، و ما ذكره قدس سره انما يصلح جوابا عن سيرة المشرعة، و بينهما فرق واضح

كما لا يخفى.

فالحق ان يقال: ان الاستدلال ان كان بالسيرة العقلائية فالأدلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها، فلا كاشف

عن امضاءها، و ان كان استدلالا بسيرة المشرعة فيرد عليه: ان ثبوتها في صورة عدم اذن الاولياء ممنوع.

(١) قوله و أما ما ورد في رواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام.

اشار بذلك الى موثق «١» السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الاماء فانها ان لم

تجد زنت الا امه قد عرفت بصنعها يد و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق.

ظاهر هذه الرواية صحة معاملة الصبي اما مطلقا أو في صورة اذن الولي كما اخترناه على ما هو القدر المتيقن من اطلاقها، لتعليقه النهي

بانه لو لم يجد سرق حيث انه لو كان قصده كلا قصد كان المناسب لتعليقه بما يفيد ذلك لا بما ذكر لان مقتضى ما ذكر عدم النهي

لو علم بانه لا يسرق

(١) الوسائل باب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٨

فمحمول على عوض كسبه من التقاط أو اجرة عن اجارة او قعها الولي أو الصبي بغير اذن الولي، أو عن عمل امر به من دون اجارة،

فاعطاه المستأجر أو الامر اجرة المثل فإن هذه كلها مما يملكه الصبي (١) لكن يستحب للولي و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى

الصبي فيه، لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة نظير رجحان الاجتناب عن اموال غيره ممن لا يبالي بالمحرمات. و كيف كان فالقول

المذكور في غاية الضعف، نعم ربما صحح سيد مشايخنا في الرياض (٢)

هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآله ممن له اهلية التصرف من جهة استقرار السيرة و استمرارها على ذلك. و فيه اشكال من

جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين، كما في سيرهم الفاسدة. (٣)

و يؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و غيرهم و لا بينهم و بين المجانين، و لا بين معاملتهم لأنفسهم

بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي اصلا و معاملتهم لأولياتهم على سبيل الالية، مع ان هذا مما لا ينبغي الشك في فساده خصوصا الاخير

مع انه لم يكن وجه للتقييد بالذي لا يحسن صناعة بيده، إذ على فرض كون قصده كلا قصد لم يكن فرق بينه و بين ما يقابله

(١) و اجاب عن ذلك المصنف في المتن بان الخبر انما يدل على الصحة لو كان الكسب في الخبر بمعناه المصدرى أى الاكتساب و ايجاد ما هو سبب لتحصيل المال، و ليس كذلك بل هو بمعناه الاسم المصدرى أى المكتسب و عوض الكسب و فائدته من التقاط أو اجرة عن اجارة اوقعها الولي أو الصبي باذن الولي فان هذه كلها مملوكة للصبي و يستحب للولي و غيره الاجتناب عنه، و يرد عليه ان المعنى المصدرى و اسم المصدرى واحد و هما مختلفان اعتبارا فالتفصيل بينهما فى غير محله

(٢) قوله ربما صحح سيد مشايخنا و مثله صاحب مفتاح الكرامة، و استدلاله بالسيرة و اجاب المصنف عنه فى الرياض.

(٣) بان السيرة ناشئة عن عدم المبالاة فى الدين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٩

مع ان الاحالة على ما جرت العادة به كاحالة على المجهول (١) فان الذى جرت عليه السيرة هو الوكول الى كل صبي ما هو فطن فيه بحيث لا يغلب فى المساومة عليه فيكولون الى من بلغ ست سنين شراء باقعة بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس و إلى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ اربعة عشر سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكولون إليه امور التجارة فى الاسواق و البلدان و لا يفرقون بينه و بين من اكمل خمسة عشر سنة و لا يكولون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها الا بعد ان يحصل له التجارب و لا أظن ان القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل.

و كيف كان، فالظاهر ان هذا القول ايضا مخالف لما يظهر منهم، و قد عرفت حكم العلامة فى التذكرة بعدم جواز رد المال الى الصبي إذا دفعه الى الناقد لينقده أو المتاع الذى دفعه المقوم ليقومه مع كونه غالبا فى هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي، و كذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه باذن الولي مع انه بمنزلة الآلة فى ذلك غالبا.

و الحق ان يقال ان المراد بالسيرة ان كان هو السيرة العقلانية فالادلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها فلا كاشف عن امضائها،

و ان كان المراد بها سيرة المتشعبة فيرد عليه ان ثبوتها حتى مع عدم اذن الاولياء ممنوع

(١) قوله ان الاحالة على ما جرت به العادة به كاحالة على المجهول.

المحيل هو المحدث الكاشاني فى عبارته المتقدمة، و ليس هذا ايرادا لو سلم السيرة فان لازم ما افاده المصنف الاقتصار على المتيقن و فى الموارد المشكوك فيها يرجع الى عموم ما دل على عدم نفوذ معاملة الصبي، كما هو الشأن فى جميع موارد الشبهة المفهومية و الاتمام الكلام فى هذه المسألة و هو التمسك بالعام فى الشبهة المفهومية إذا كان الدليل أى دليل الخاص مجملا و منفصلا محل آخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٠

و قال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحة عقد الصبي اصالة و وكالة ما لفظه، نعم ثبت الاباحة فى معاملة المميزين إذا جلسوا مقام اوليائهم أو تظاهروا على رءوس الاشهاد حتى يظن ان ذلك من اذن الاولياء خصوصا فى المحقرات، ثم قال: و لو قيل بتملك الأخذ منهم، لدلالة مأذونيته فى جميع التصرفات فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى (١)

اما التصرف و المعاملة باذن الاولياء سواء كان على وجه البيع، أو المعاطاة فهو الذى قد عرفت أنه خلاف المشهور و المعروف، حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع فى المعاطاة، لانها تصرف لا محالة، و ان لم يكن بيعا، بل و لا معاوضة، و ان اراد بذلك ان اذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للاباحة لا نفس المعاملة، كما ذكره بعضهم فى اذن الولي فى اعادة الصبي

(١) ما افاده كاشف الغطاء فى وجه تصحيح المعاملة، يرجع الى ان صاحب المال انما يوكل كل من اخذه من الصبي بالاخذ للبيع

فاخذه انشاء للبيع من جانب صاحب المال و قبول من ناحية نفسه فيكون موجبا و قابلا،

و لكن يرد عليه ان صاحب المال لا- يوكل شخصا معيناً، و لا جميع الاشخاص بل هو غير متوجه الى ذلك اضف إليه ان الاخذ لا يكون قاصداً الايجاب و القبول،

مع ان بناء المشرعة على التصرف في المأخوذ مع عدم احراز الاجازة بل و عدم اجازة صاحب المال و الحق انه في هذا المورد يكون اباحةً بالعوض و الدليل على نفوذها و صحتها هي السيرة و بعبارة اخرى يكون تصرفاً بالرضا و اذنا في الاتلاف بالعوض المسمى و دليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع هذا على تقدير عدم صحة عقد الصبي حتى مع اذن الولي و الا فالظاهر ان ظاهر الحال كون الصبي مأذوناً من قبل الولي في المعاملة فالمعاملة صحيحة بلا احتياج الى هذه التمحلات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١١

فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته (١) و هو انه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفق، و كانت مفيدة للإباحة التصرف خاصةً،

كما هو المشهور و جرت عادة الناس بالتسامح في الاشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الامارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوزات، و كان الغالب في الاشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعين القيمة (٢) و الاختلاف الذي يتسامح به في العادة فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع و الشراء، مع الشروط المذكورة كما يعتمد عليه في الاذن في دخول الدار. و في ايصال الهدية إذا ظهرت امارات الصدق، بل ما ذكرنا اولى بالجواز من الهدية من وجوه (٣) و قد استند فيه في التذكرة الى تسامح السلف.

(١) قوله ما ذكره بعض المحققين من تلامذته هو صاحب المقاييس ذكره في المقاييس في ثالث شروط المتعاقدين

(٢) قوله و كان الغالب في الاشياء التي يعتمد على قول الصبي تعين القيمة مراده تعين القيمة من الخارج من غير حاجة الى المساومة فلا ينافي ما ذكره كاشف الغطاء

(٣) قوله بل ما ذكرنا اولى بالجواز من الهدية من وجوه احدها- وجود الامارات المفيدة للاطمينان بالاذن مثل الجلوس مقام اوليائهم و المعاملة بمرأى و مستمع من الناس في المقام دون الهدية ثانياً تخصيص المال باليسير و تعميمه في الهدية له و للخطير على ما هو ظاهر اطلاقهم ثالثاً ان الهدية من باب التملك و المقام من باب الاباحة و بديهى انه يتسامح في الثاني بما لا يتسامح به في الاول، و رابعاً ان المقام فيه العوض بخلاف الهدية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٢

و بالجملة فالاعتماد على الاذن المستفاد من حال المالك في الأخذ و الا- عطاء مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبي و معاملته من حيث انه كذلك، و كثيراً ما يعتمد الناس على الاذن المستفاد من غير وجود ذى يد اصلاً، مع شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمام و وضع الاجرة عوض الماء التالف في الصندوق، و كذا في اخذ الخضر الموضوع للبيع و شرب ماء السقائين، و وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لهما، و غير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوزات من انواع التصرفات، فالتحقيق ان هذا ليس مستثنى من كلام الاصحاب و لا منافياً له و لا يعتمد على ذلك ايضاً في مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و اظهر عدم الرضا، انتهى.

و حاصله ان مناط الاباحة و مدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين، أو بشخص منزل منزلة شخصين، بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه في ماله حتى لو فرضنا انه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق، كإطارة الريح و نحوها، فتراضياً على التصرف باخبار صبي، أو بغيره من الامارات كالكتابة و نحوها، كان هذه معاطاة أيضاً، و لذا كان وصول الهدية إلى

المهدى إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضى المهدى بالتصرف، بل التملك كافيا في إباحة الهدية بل في تملكها، وفيه أن ذلك حسن، إلا- أنه موقوف أولا- على ثبوت حكم المعاظة من دون انشاء اباحة و تملك، و الاكتفاء فيها بمجرد الرضا و دعوى حصول الانشاء بدفع الولي المال الى الصبي مدفوعة بأنه انشاء اباحة لشخص غير معلوم، و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاظة مع العلم بخروجه عن موضوعها، و به يفرق بين ما نحن فيه، و مسألة إيصال الهدية بيد الطفل فإنه يمكن فيه دعوى: كون دفعه إليه للايصال اباحة أو تملك، كما ذكر ان اذن الولي للصبي في الاعارة اذن في انتفاع المستعير. و أما دخول الحمام و شرب الماء و وضع الا-جرة و القمية فلو حكم بصحتها بناء على ما ذكرنا من حصول المعاظة بمجرد المرضاة الخالية عن الانشاء انحصر صحة وساطة الصبي فيما يكفي فيه مجرد وصول العوضين دون ما لا يكفي فيه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٣

و الحاصل ان دفع الصبي و قبضه بحكم العدم، فكلمة يكتفى فيه بوصول كل من العوضين الى صاحب الآخر بأى وجه اتفق، فلا يضر مباشرة الصبي. لمقدمات الوصول، ثم ان ما ذكر مختص بما إذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصبي وليا كان ام غيره. و أما ما ذكره كاشف الغطاء اخيرا من صيرورة الشخص موجبا و قابلا.

ففيه اولاً: ان تولى وظيفته الغائب و هو: من اذن للصغير ان كان باذن منه فالمفروض انتفاؤه (١) و ان كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع (٢)

و ثانياً: ان المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الاطفال النيابة عن اذن للصبي، ثم انه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الالية بالصبي، و لا بالأشياء الحقيرة، بل هو جار في المجنون و السكران، بل البهائم في الأمور الخطيرة إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار و كان الصغير آله فلا فرق في الالية بينه و بين غيره، نعم من تمسك في ذلك بالسيرة من غير ان يتجشم لادخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك الصبي لأنه المتيقن من موردها كما ان ذلك مختص بالمحقرات.

(١) قوله ان كان باذن منه فالمفروض انتفاؤه و فيه ان المفروض وجوده بعلائمه بل و بما يكون مظهرا بالفعل لا بالقول- و بعبارة اخرى انه قد عرفت ان مسألة المعاظة لا تختص بالاعطاء و الاخذ الخارجيين لعدم ورود هذا اللفظ في خبر و لا معقد اجماع بل المراد بها ما لو كان الانشاء بالفعل و لو مثل تحريك الرأس جوابا عن السؤال هل تباع مالك، و عليه فالاعمال المفروضة انما يكون اذنا فعليا.

(٢) قوله و ان كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل سيجيء الكلام على ذلك في بحث الفضولي و ستعرف ان الاظهر ان الرضا النفساني كاف في الخروج عن الفضولية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٤

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدها لمدلول العقد الذي يتلفظان به (١)

إشارة

و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد، بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه و لا إشكال فلا يقع من دون قصد الى اللفظ، كما في الغالط أو الى المعنى لا معنى عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق اذادته و ان اوجد مدلوله بالانشاء كما في الأمر الصورى فهو شبيه الكذب فى الاخبار كما فى (٢) فى الهازل أو قصد معنى يغير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام أو انشاء معنى غير البيع مجازا أو غلطا فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، و لا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصة

اعتبار القصد

(١) قوله من جملة شرائط المتعاقدين: قصدها لمدلول العقد.

هذه هي المسألة الثانية و تنقيح القول فيها انما يكون بالبحث في مباحث:

الأول: ان للعقد بحسب قصد اللفظ و قصد معناه احوالا اربعة:

الأول: ان يكون اللفظ صادرا عنه عن غير قصد، كاللفظ الصادر من النائم أو الغالط.

الثاني: ان يكون اللفظ مقصودا له دون معناه، كما إذا قال بعث على وزن خفت.

الثالث: ان يكون المعنى مقصودا له بالارادة الاستعمالية دون الارادة الجدية، كما إذا انشأ البيع بمعنى استعمل الصيغة في معناها من

دون ان يكون هناك اعتبار نفساني، و نظيره في الأخبار ما إذا اخبر عن شيء و حكى عنه بداعي الهزل لا الجد.

الرابع: ان يكون المعنى مقصودا بالارادة الجدية و لكنه لم يكن عن طيب النفس.

و اعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الأول في صحة العقود من القضايا التي قياساتها معها، فان عناوين المعاملات امور قصدية و مع عدم

هذه القصد لا تتحقق تلك و أما القصد بالمعنى الرابع فاعتباره انما يكون شرعيا و سيأتي الكلام فيه في محله.

و قد ظهر مما ذكرناه امور:

الأول:

(٢) ما ان افاده المصنف قدس سره في المقام من قياس الأمر الصوري بالكذب في الاخبار و تشبيههما بعدم القصد بالمعنى الثالث في

الانشاء كلام متين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٥

ثم انه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي و المكره، كما صرح به في المسالك (١) حيث قال: انهما قاصدان الى اللفظ

دون مدلوله، و فيه انه لا دليل على اشتراط ازيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد، مضافا الى ما سيجيء في ادلة الفضولي. و

أما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

و لا يرد عليه ما اورده المحقق النائيني قدس سره من: ان شبه الكذب في الأخبار منحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم

الاعتبار، اي اعتبار الشارع- و أما مع عدم قصد عنوان المعاملة الذي يكون الأمر الصوري شبيها به فلا يكون ذلك، مثل الكذب في

الأخبار، فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

الثاني: ان جعل اعتبار هذا القصد بالمعنى الثالث- الذي هو مورد كلام المصنف ره من شرائط المتعاقدين اولى من جعله من شرائط

العقد، فانه ليس من شؤون الصيغة، بل مما يعتبر في البائع بالحمل الشائع.

و ما ذكره المحقق النائيني قدس سره في وجه اولوية جعله من شرائط العقد من انه لا يتحقق العقد بدونه،

يرد عليه: انه مع فقد سائر شرائط المتعاقدين أو العوضين لا يتحقق العقد ايضا،

فالمراد من شرائط المتعاقدين في مقابل شرائط العقد هي الامور التي تكون معتبرة في ترتب الأثر على العقد مع كون مركزها

المتعاقدين، و الا فمقتضى هذا البرهان عدم كون شيء من الشروط شرطا للمتعاقدين حتى مثل البلوغ، إذ العقد لا يتحقق مع عدمه.

(١) الثالث: ان ما افاده الشهيد ره. من ان الفضولي و المكره غير قاصدين لمدلول العقد خلط قصد بقصد، إذ المكره لا طيب نفس له

بمضمون العقد لا انه غير قاصد لمدلوله. و تمام الكلام في محله.

لا بد من تمييز البائع من المشتري

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٦

و اعلم انه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاما في هذا المقام في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل و الانتقال بالنسبة إليهما أم لا (١) و ذكر أن في المسألة أوجها و أقوالا و أن المسألة في غاية الاشكال، و أنه قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب (قدس الله أرواحهم) في تضاعيف أبواب الفقه. ثم قال: و تحقيق المسألة أنه ان توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعيينه في النية أو مع اللفظ به أيضا كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد و الوكيل عنهما و الولي عليهما في البيوع المتعددة،

فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره، و أن يميز البائع من المشتري إذا امكن الوصفان في كل منهما، فإذا عين جهة خاصة تعينت، و إن أطلق فإن كان هناك جهة ينصرف إليها الاطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه (و بين) و غيره إذا لم يقصد الابهام و التعيين بعد العقد و إلا وقع لاغيا، و هذا جار في سائر

المبحث الثاني: صرح صاحب المقاييس: بانه يجب ان يميز البائع من المشتري إذا امكن الوصفان في كل منهما. لا ينبغي التشكيك في لزوم تمييز البائع من المشتري - بمعنى تعددهما لتقوم حقيقة البيع بذلك - و أما إذا كان متعددا و لكن لم يميز احدهما من الآخر - كما إذا قال:

بعث منا من حنطة احد هذين بتومان في ذمه صاحبه - فستعرف حكمه في المبحث الآتي

لا يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له

(١) المبحث الثالث: وقع الكلام في انه هل يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له مطلقا فلو باع أو اشترى للكلية - كما إذا اشترى لموكله اى هذا العنوان مع تعدده أو للفرد المبهم، كما إذا اشترى لأحد هو كلية مبهما ابهاما واقعا بطل العقد ذهب إليه صاحب المقاييس، ام يجب التعيين إذا كان العوضان كليين، أو كان احدهما كذلك، اختاره المصنف قدس سره ام لا يجب التعيين مطلقا؟ و قد استدلل للأول بوجوه:

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٧

العقود من النكاح و غيره، و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتها في هذا القسم أنه لو لا ذلك لزم بقاء الملك (المملوك) بلا مالك معين في نفس الأمر (١) و إن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان (٢) و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك، و فساد ذلك ظاهر و لا دليل على تأثير التعيين المتعقب و لا على صحة العقد المبهم (٣) لانصراف الأدلة إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة فوجب الحكم بعدمه، و على هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة فإن عين ذلك الغير تعين و وقف على إجازته سواء تلفظ (وقع التعيين في اللفظ و النية خاصة) بذلك ام نواه و ان ابهم مع قصد الغير بطل و لا يوقف إلى أن يوجد له مجيز.

(١) الاول: انه لو صح ذلك لزم بقاء المملوك بلا مالك معين في نفس الامر و فيه: انه لا محذور في بقاء المملوك بلا مالك معين، و نظيره في الشرع مالكية الفقراء للزكاة و العناوين الكلية للاوقاف لها، و مالكية احد رجلين للمال المنذور لاحدهما مع انه يمكن

الالتزام بصحته و صيرورة من يعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة مالكا اما من حين العقد أو بعد التعيين، على الخلاف في كونه كاشفاً أو ناقلا.

(٢) الثانى: انه ان صح لزم ان لا يحصل الجزم بشىء من العقود التى لم يتعين فيها العوضان، ولا بشىء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك.

وفيه: ان الجزم بالعقد وما يترتب عليه من الآثار والأحكام متحقق، وانما المفقود الجزم بوقوعه لشخص معين، وهذا مما لا دليل على اعتباره، مع انه يمكن ان يقال بان الجزم بذلك ايضا متحقق وهو وقوعه لمن يعين بعد ذلك. فتأمل.

(٣) الثالث: ان الأدلة لا تشمل العقد المبهم لانصرافها الى ما هو الشائع المعروف من الشريعة والعادة.

وفيه: ان الانصراف الناشئ عن شيوع فرد و ندره آخر لا يصلح لتقييد الاطلاق.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤١٨

إلى أن قال. إن لم يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكيهما، ففي وجوب التعيين أو الاطلاق المنصرف إليه أو عدمه مطلقا، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل و عدمه فيصح اوجه أقواها الأخير، و أوسطها الوسط (١) و اشبهها للأصول الأولى (٢) و فى حكم المعين إذا ما عين المال بكونه فى ذمته زيد مثلا. و على الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه و لغا قصد كونه على الغير، و لو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان وكيلا عن زيد صح عنه و إلا وقف عن إجازته و لو اشترى لنفسه بمال فى ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلا فالمقتضى لكل من العقدين منفردا موجود، و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما، و لما لم يتعين احتمال البطلان للدفاع و صحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة، و عن الموكل لتعين العوض فى ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما فى المعين و لو اشترى عن زيد بشىء فى ذمته فضولا، فلم يجز فأجاز عمرو لم يصح عن أحدهما و قس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب و لا فرق على الأوسط فى الأحكام المذكورة بين النية المخالفة و التسمية و يفرق بينهما على الأخير و يبطل الجميع على الأول، انتهى كلامه

وفيه: انه ان كان هناك ما يمكن ان يستشهد به للتعين - و لو مع الاحتياج الى اذن الحاكم الشرعى - و الا فيرجع الى ادلة القرعة التى هى المرجع فى هذه الموارد، فإذا لا دليل على اعتبار التعيين.

(١) قوله اقواها الاخير و اوسطها الوسط لم افهم وجه الجمع بين اقوائه الاخير و اوسطية الوسط لانه من قبيل الجمع بين النقيضين كما صرح بذلك بعض المحققين.

(٢) قوله و اشبهها للأصول الاول،

الظاهر ان مراد بالاصول، اصالة الفساد و اصالة عدم ترتب الاثر

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤١٩

اقول مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كل من العوضين فى ملك الآخر، و إلا لم يكن كل منهما عوضا و بدلا و على هذا فالقصد الى العوض و تعيينه يغنى عن تعيين المالك الا- ان ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإن من الاعراض ما يكون متشخصا بنفسه فى الخارج كالأعيان، و منها ما لا يتشخص الا باضافته الى مالك كما فى الذمم، لأن ملكية الكلى لا تكون الا مضافا الى ذمة (١) و اجراء احكام الملك على ما فى ذمة الواحد المردد بين شخصين فصاعدا غير معهود، فتعين الشخص فى الكلى انما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما فى الذمم على تعيين صاحب الذمة فصح على ما ذكرنا ان تعيين المالك مطلقا غير معتبر سواء فى العوض المعين أو فى الكلى، و ان اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة فى الشق الأول من تفصيله انما هو لتصحيح ملكية

العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير، لم يكن الثمن ملكا، لأن ما في الذمة ما لم يضاف الى شخص معين لم يترتب عليه احكام المال من جعله ثمنا أو مثمنا

و أما القول الثاني: فقد استدل له المصنف قدس سره:

(١) بان الكلى ما لم يضاف الى ذمة شخص معين لا يكون مالا فتعين الشخص في الكلى انما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة.

و فيه: ان المفهوم الكلى ما لم يضاف الى الذمة لا تعتبر له المالية، و لكن كما له المالية إذا اضيف الى ذمة شخص معين كذلك له المالية إذا اضيف الى ذمة الكلى أو احد الشخصين مع صيرورة من في ذمته معيننا بعد ذلك اما بالقرعة أو بالتعيين. فالحق انه لا دليل على اعتبار التعيين مطلقا.

ثم ان هناك نزاعا آخر و هو: انه في المبيع الشخصي أو الكلى المضاف الى ذمة شخص معين لو قصد البيع اى اوقعه لغير المالك و لغير من في ذمته فهل يبطل البيع كما يظهر من المقاييس، ام يصح و يلغو قصد كونه عن غير المالك كما ذهب إليه المصنف قدس سره،

ام يصح و يقع عنه؟ وجوه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٠

و كذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال: بعت عبدا بألف، ثم قال: قبلت، فلا يصير العبد قابلا للبيع و لا-الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما الى معين، أو الى نفسه من حيث انه نائب عن ذلك المعين فيقول: بعت عبدا من مال فلان بألف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشتري. و أما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت ان من لوازمها العقلية، دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقا لمفهوم العوضيه و البدلية، فلا حاجة الى تعيين من ينقل عنهما و إليهما العوضان، و إذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد.

فان جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض، فقال:

ملكتك فرسى هذا بحمار عمر، فقال المخاطب: قبلت، لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه، و في وقوعه اشتراء فضوليا لعمر و كلام يأتي.

و أما ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره (١) فلا اشكال في عدم وقوعه عن غيره، و الظاهر وقوعه عن البائع و لغويته قصده عن الغير لأنه امر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة، و هو معنى لغويته. و لذا لو باع مال غيره عن نفسه (٢)

وقع للغير مع اجازته كما سيجيء و لا يقع عن نفسه ابداء، نعم لو ملكه فأجاز قيل:

بوقوعه له لكن لا- من حيث ايقاعه اولا لنفسه فإن القائل به لا يفرق حيثنذ بين يبعه عن نفسه أو عن مالكة فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائما و وجوده كعدمه

و حق القول في المقام: انه ان بنينا على ان حقيقة البيع هو الاعطاء لا مجانا كما هو الحق- ففي الصور المفروضة المذكورة في المتن

(١) من يبيع مال نفسه عن غيره

(٢) و يبيع مال غيره عن نفسه و يبيع مال غيره عن غيره ان كان ذلك مع اذن المالك و من يشتري له أو اجازته صح على ما أوقعه، و الا بطل لذلك.

و أما بناء على ما بنى عليه المصنف قدس سره وفاقا لجمع من ان البيع حقيقته متقومة بالمعاوضة و يلزم فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسة المعوض، فان لم يقصد المعاوضة بطل العقد، و ان قصدها فان كان مراده من قصده وقوع البيع لغير المالك منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢١

الا ان يقال ان وقوع بيع مال نفسه لغيره انما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع، كما سيأتي ان المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور الا على هذا الوجه، و حينئذ يحكم ببطان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي. و من هنا ذكر العلامة و غيره في عكس المثال المذكور، انه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل، و كذا لو دفع مالا الى من يطلبه الطعام، و قال اشتر به لنفسك، طعاما هذا و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة، و لغوية القصد المذكور، لانه راجع الى ارادة ارجاع فائدة البيع الى الغير، لا- جعله احد ركني المعاوضة. و أما حكمهم ببطان البيع في مثال الرهن و اشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا- ان المخاطب إذا قال: بعته لنفسى أو اشتريته لنفسى لم يقع لمالكة إذا اجازه.

و بالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولي و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك، ثم ان ما ذكرنا كله حكم: و جوب تعيين كل من البائع و المشتري، من يبيع له و يشتري له. و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب و القابل لخصوص البائع (١) فيحتمل اعتباره، الا فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين

رجوع نفعه إليه بمعنى ان يهبه بعد المعاملة، فلا كلام،

و ان كان مراده منه دخول العوض في كيسة فيمكن تصحيحه و الالتزام بلغوية القصد المزبور بالتقريب الذي سيأتي في مبحث الفضولي.

و بما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البائع

(١) هذا هو المبحث الرابع: و هو في تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البائع.

و الكلام في هذا المبحث يقع في جهتين.

الاولى في بيان ما هو محل كلام المصنف قدس سره.

الثانية في بيان ما هو الحق في المقام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٢

كما في غالب البيوع و الاجازات، فحينئذ يراد من ضمير المخاطب في قوله ملكتك كذا، أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا، أو جعليا كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك باذن أو ولاية، و يحتمل عدم اعتباره الا فيما علم من الخارج ارادة خصوص الطرفين كما في النكاح و الوقف الخاص و الهبة و الوكالة و الوصية، و الاقوى هو الأول عملا بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية (١) و تبعية العقود للقصد، و على فرض القول الثاني فلو صرح- بارادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا- يجوز للقابل ان يقبل عن غيره. قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال ينشأ من ان الآخر انما قصد تمليك العاقد، و هذا الاشكال و ان كان ضعيفا مخالفا للاجماع و السيرة الا انه مبنية (منبه) على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه، وبين النكاح، ان الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، و يختلف الاغراض باختلافهما، فلا بد من التعيين و توارد الايجاب و القبول على امر واحد و لأن معنى قوله بعثك كذا بكذا، رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع، و المشتري يطلق على المالك و وكيله، و معنى قولها زوجتك نفسى، رضاها بكونه زوجا، و الزوج لا يطلق على الوكيل، انتهى.

و يرد على الوجه الأول من وجهى الفرق، ان كون الزوجين كالعوضين انما يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح، لا لعدم وجوبه فى البيع (٢) مع ان الظاهر

اما الاولى فالذى يظهر من

(١) الاستدلال بظاهر الكلام- ان مورد كلامه انه هل يكون ظاهر كلام البائع أو المشتري الموجه الى الطرف هو كون شخص المخاطب طرفا للمعاملة بالاصالة، فليس له ان يقبل عن غيره، ام ليس له ذلك، فيلائم مع كونه اصيلا أو كيلا أو وليا و به يظهر تامة ايراد المصنف قدس سره على من فرق بين البيع ونحوه و بين النكاح بان الزوجين فى النكاح كالعوضين فى ساير العقود (٢) بان هذا يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح لا لعدم الوجوب فى البيع كما ان ما ذكره فى وجه الفرق تام كما ستعرف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٢٣

ان ما ذكرناه من الوقف و اخوته كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة، أو الفضولى فلا بد من وجه مطرد فى الكل.

و على الوجه الثانى ان معنى بعثك، فى لغة العرب، كما نص عليه فخر المحققين و غيره هو ملكتك بعوض و معناه جعل المخاطب مالكا، و من المعلوم ان المالك لا يصدق على الولى و الوكيل و الفضولى فالاولى فى الفرق: ما ذكرناه من ان الغالب فى البيع و الاجازة، هو قصد المخاطب لا من حيث هو بل بالاعتبار الاعم من كونه اصالة أو عن الغير (١)

و أما الجهة الثانية فملخص القول فيها ان الكلام وقع فى موارد الأول فى انه هل تصح المعاملة مع عدم علم البائع مثلا بان مخاطبه هو المشتري بالاصالة- أو انه و كيل عنه أو ولى عليه. و بعبارة اخرى: هل يجب ان يكون عالما بمن ينتقل إليه ماله و ينتقل ماله إليه ام يفصل بين العقود.

و الحق فى هذا المقام هو التفصيل بين البيع و نحوه و النكاح و شبهه، فانه فى النكاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفين، كما انه فى الوقف تختلف الاغراض باختلاف الموقوف عليهم، فيلزم التعيين. و أما فى البيع: فلا يختلف الغرض باختلاف المالك، بل الركن فيه العوضان، و عليه فلا يجب فيه التعيين.

نعم لا يبعد القول بوجوب التعيين فى صورة كون العوض هو الكلى فى الذمة، فانه تختلف الاغراض باختلاف من فى ذمته ذلك، مع انه من جهة اعتبار معلومية العوض لا بد من تعيين من فى ذمته الكلى لاختلاف ما فى الذمم باختلافها.

المورد الثانى: فى انه هل يكون للكلام ظهور فى كون المخاطب طرف المعاملة بالاصالة فليس له ان يقبل عن غيره، أو لا ظهور له فى ذلك ذاتا، أو لقرينة نوعية صارفة عن ظهوره الذاتى، ام هناك فرق بين المعاملات.

و الأظهر هو الأخير و الصحيح فى وجهه ما افاده المصنف قدس سره

(١) و حاصله: ان فى البيع و نحوه قرينة نوعية صارفة عن ظهور الكلام فى كون المخاطب به هو طرف المعاملة، بالاصالة، و تلك القرينة هى ان الغرض فيه متعلق بالمبادلة و وصول كل منهما الى عوض ماله

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٢٤

و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشتري فى دعوى كونه غير اصيل فتأمل،

بخلاف النكاح و ما اشبهه. فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث انه ركن للعقد، بل ربما يستشكل فى صحة ان يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الاصيل، كما لو قال زوجتك مريدا له باعتبار كونه و كيلا عن الزوج (١) و كذا قوله وقفت عليك و اوصيت لك و و كلتلك و لعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها (٢) فلا- يقال للوكيل الزوج و لا الموقوف عليه و لا- الموصى له و لا- الموكل بخلاف البائع و المستأجر فتأمل، حتى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرناه، سابقا و اعترضنا عليه.

إذ هذا الغرض يكشف عن طور القصد العقدى و لا يبقى معه ظهور فى ذلك، و أما فى النكاح و شبهه فلا صارف عن الظهور الذاتى للكلام، بل اختلاف الرغبات باختلاف طرفى العقد يؤكد ذلك الظهور.

(١) المورد الثالث: فى انه مع العلم بكون الطرف و كيلا أو نائبا، هل يصح فى مقام اجراء الصيغ ان يجعله طرفا فى المعاملة، ام لا بد من ذكر الموكل أو المولى عليه، ام يفصل بين المعاملات.

و الأظهر هو الأخير، فانه فرق بين النكاح و نحوه و البيع و شبهه لا من جهة ان معنى انكحتك جعلتك زوجا، و معنى بعتك جعلتك بائعا، و البائع يصدق على الولى و الوكيل، و لا- يصدق الزوج عليهما فانه يمكن ان ينتقض عليه بما إذا انشأ البيع بلفظ ملكتك فان معناه جعلتك مالكا،

و المالك لا يصدق على الوكيل و الولى

(٢) بل من جهة انه على القول باعتبار الصراحة فى ما تنشأ به المعاملة بما انه تعارف فى البيع توجيهه الى المخاطب بعنوانه الأعم، و لم يتعارف ذلك فى النكاح،

فيجوز فى الأول دون الثانى من جهة وجود الصراحة، بمعنى ان اهل العرف يفهمون منه المراد فى الأول دون الثانى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٢٥

مسألة و من شرائط المتعاقدين: الاختيار (١)

إشارة

و المراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس فى مقابل الكراهة و عدم طيب النفس لا الاختيار فى مقابل الجبر. و يدل عليه

من شرائط المتعاقدين الاختيار

(١) قوله: و من شرائط المتعاقدين: الاختيار.

و المراد به: القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس فى مقابل الكراهة لا الاختيار فى مقابل الجبر.

و الكلام فى هذه المسألة انما هو فى اعتبار امر آخر وراء القصد المقوم للعقد الذى انعقدت له المسألة السابقة، و هو انه هل يعتبر صدور العقد عن طيب النفس و الرضا فلا يجوز ان وقع عن كره، ام لا يعتبر ذلك.

فما يظهر من جماعة- منهم الشهيدان- حيث قالوا: ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله- من ارجاع هذا البحث الى

البحث السابق، و جعل المكره من مصاديق غير القاصد- في غير محله.

و ما ذكره في توجيهه بان مرادهم: ان المكره غير قاصد لوقوع مضمون العقد في الخارج فيه: انهم صرحوا بكونه غير قاصد الى مدلوله، و وقوع مضمون العقد في الخارج ليس مدلولاً له كما هو واضح.

و المعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس انما تكون على اقسام اربعة:

الأول: ان تكون لاجل جلب المنفعة.

الثاني: ان تكون لا لجلب النفع و لا لدفع الضرر.

الثالث: ان تكون لاجل دفع الضرر المترتب على شيء آخر، كما إذا كان عياله جائعين فباع ثوبه ليشتري بثمنه طعاماً، فان البيع انما يكون لدفع ضرر الجوع، و بعبارة اخرى: تكون المعاملة للتخلص عن الضرر المتوجه إليه المترتب على امر آخر.

الرابع: ان تكون لاجل ترتب الضرر المترتب على ترك المعاملة، كما لو اكره عليها

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٦

...

لا اشكال في صحة المعاملة في القسمين الأولين،

و أما المعاملة في القسم الثالث فهي مشمولة للعمومات بلا كلام،

و ما يتوهم ان يكون دليلاً على بطلانها امران:

احدهما: ما دل على اعتبار طيب النفس الذي سيمر عليك.

الثاني: حديث الرفع الآتي.

و شيء منهما لا يصلح لذلك اما الأول: فوجود الرضا و طيب النفس بها باى معنى كان.

و أما الثانى: فلأن حديث الرفع لو روده مورد الامتنان يختص بما إذا كان فى رفع الحكم منة على العباد، و حيث لا منة فى رفع اثر مثل هذه المعاملة فلا تكون مشمولة للحديث.

و أما ما افاده المحقق النائيني قدس سره فى وجه عدم الشمول: من ان الاضطرار الى المعاملة عبارة عما تكون نفس المعاملة اضطرارية، و أما إذا كانت المعاملة مما يدفع به الاضطرار، فلا يدل الحديث على رفعها، كما انه لو كان الخطأ أو النسيان متعلقاً بامر

آخر غير نفس المعاملة و صدرت المعاملة عن عمد و التفات، فهذه لا ترتفع بالحديث فيرد عليه:

اولاً: النقض بما إذا كانت المعاملة غير جائزة فى نفسها، كما لو نذر ان لا يبيع داره،

فان لازم ذلك عدم ارتفاع حرمة البيع، مع انه لا أظن أن يلتزم به.

و ثانياً: ان الاضطرار إذا تعلق بشيء و كانت المعاملة دافعة له لا محالة يتعلق الاضطرار بها ايضاً، فالصحيح ما ذكرناه.

ادلة بطلان عقد المكره

و أما القسم الرابع: و هو الذى انعقدت له هذه المسألة، و هو عقد المكره، فقد استدلل على بطلانه- فى مقابل العمومات المقتضية لصحته فيما إذا كان واجداً لجميع ما يعتبر فى الصحة من قصد اللفظ و المعنى و غير ذلك من القيود- بوجوده:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٧

قبل الاجماع قوله تعالى: (الا ان تكون تجارة عن تراض) و قوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه (١)

(١) الاول: ما دل على اعتبار الرضا و طيب النفس، و هو آية التجارة عن تراض «١» و احاديث عدم حلية مال امرء مسلم الا بطيب نفسه «٢» و الكلام فيهما يقع في موردين:

الأول: في ان عقد المكره فاقد للرضا ام لا؟ الثاني: في دلالة ما ذكر على اعتبار الرضا في صحة العقد.

اما الأول: فقد ذهب جمع من المحققين منهم السيد الفقيه، و المحقق الاصفهاني، و المحقق الايرواني قدس سره الى انه غير فاقد للرضا، و ان الرضا ملازم للارادة.

و قد افاد المحقق الاصفهاني قدس سره في وجه ذلك: ان الارادة المحركة للعضلات نحو الفعل لا تتعلق بشيء الا إذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى، و الا فلا ينقذ بسببها الشوق في النفس كي يتأكد الى ان يصير علة لحركة العضلات و هذه الملائمة ربما تكون بالاضافة الى القوى الطبيعية كالباصرة و غيرها، و ربما تكون بالاضافة الى القوة العاقلة كما في شرب المريض الدواء، و ربما تجتمعان، فما من فعل ارادى الا- و هو يصدر اما عن شوق طبيعي أو عن شوق عقلي، فليس الرضا وراء الارادة و مبادئها، فالفعل الصادر عن اكراه كالصادر عن اضطرار انما يكون عن طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعية، و الا لما صدر.

وفيه: ان الرضا بحسب المتفاهم العرفي يلزم ابتهاج النفس في مقابل انقباضها، و ذلك ربما يكون مع ارادة الفعل و آخر لا يكون معها كما في المكره و أما في المضطر فهو موجود دائما، و ان شئت فاختبر ذلك من حال العرف، فهل يتوهم احد ان يكون قول: انى فعلت ذلك باختيارى عن غير رضا منى إذا كان مكرها عليه متهافتا في كلامه هذا. و بالجملة: لا ينبغى التأمل في ان الرضا بحسب المتفاهم العرفي غير الارادة و مبادئها

(١) النساء: آية ٢٩.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلى و الاحتجاج ص ٢٦٧ و فروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦ و المستدرک ج ١ ص ٢١٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٨

و قوله صلى الله عليه و آله في الخبر المتفق عليه بين المسلمين رفع أو وضع عن امتى تسعة اشياء أو ستة. و منها ما اكرهوا عليه (١) و ظاهره و ان كان رفع المؤاخذة الا ان استشهاد الامام عليه السلام به في بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الالتزام عليه بشيء. ففى صحيحة البنظى عن ابى الحسن عليه السلام فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك.

فقال عليه السلام لا- قال رسول الله صلى الله عليه و آله و وضع عن امتى ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطوا و الحلف بالطلاق و العتاق و ان لم يكن صحيحا عندنا من دون الاكراه ايضا الا ان مجرد استشهاد الامام عليه السلام فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه يدل على ان المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذة و العقاب الاخرى. هذا كله مضافا الى الاخبار الواردة فى طلاق المكره، بضميمة عدم الفرق.

و أما المورد الثاني: فالأظهر عدم دلالة الآية و الروايات على اعتبار الرضا اما الآية: فلأنه إذا كان الاستدلال بالمستثنى منه و هو (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) بدعوى ان عقد المكره- اى الصادر عن غير رضا- من مصاديق الباطل،

فيرد عليه: انه مع اذن المالك الحقيقى- الموجب لخروجه عن كونه باطلا المستكشف فى المقام من العمومات- لا مجال للاستدلال به و ان كان الاستدلال بالمستثنى و هو: الا ان تكون تجارة عن تراض فيرد عليه:

ان الاستثناء منقطع غير مفرغ، و هو لا يفيد الحصر.

و أما الروايات: فلأن ظاهر الحلية من جهة استنادها الى المال لا إلى المعاملات الحلية التكليفية، وقد تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد، و عليه فهذه الروايات اما لا تشمل عقد المكره لعدم حرمة تكليفها، او تشملها و لا تدل على عدم نفوذه.

(١) الثانى: حديث الرفع «١» و دلالة على بطلان عقد المكره بناء على ما حققناه فى

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و باب ١٢ و ١٦ من ابواب كتاب الايمان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٢٩

ثم انه يظهر من جماعة منهم الشهيدان: ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة. و ليس مرادهم انه لا قصد له الا الى مجرد التكلم، كيف و الهازل الذى هو دونه فى القصد قاصد للمعنى قصدا صوريا، و الخالى عن القصد الى غير التكلم هو من يتكلم تقليدا أو تلقينا كالطفل الجاهل بالمعنى. فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج و ان الداعى له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج، لا ان كلامه الانشائي مجرد عن المدلول، كيف و هو معلول الكلام الانشائي إذا كان مستعملا غير مهمل. و هذا الذى ذكرنا لا يكاد يخفى على من له ادنى تأمل فى معنى الاكراه لغه و عرفا و ادنى تتبع فيما ذكره الاصحاب فى فروع الاكراه التى لا يستقيم مع ما توهمه من خلو المكره عن قصد مفهوم اللفظ و جعله مقابلا للقصد و حكمهم بعدم وجوب التورية فى التفصى عن الاكراه و صحة بيعه بعد الرضا و استدلالهم له بالاخبار الواردة فى طلاق المكره و انه لا طلاق الا مع ارادة الطلاق حيث ان المنفى صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغه و عرفا و فيما ورد فيمن طلق مداراة باهله الى غير ذلك.

و فى ان مخالفة بعض العامة فى وقوع الطلاق اكرها لا ينبغى ان تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذى لا يسمى خبرا و لا إنشاء، و غير ذلك مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود فى المكره هو القصد الى وقوع اثر العقد، و مضمونه فى الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم ارادة المعنى من الكلام، و يكفى فى ذلك ما ذكره الشهيد الثانى من ان المكره و الفضولى قاصدان الى اللفظ دون مدلوله.

نعم ذكر فى التحرير و المسالك فى فروع المسألة ما يوهم ذلك قال فى التحرير لو اكره على الطلاق فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد، انتهى.

و بعض المعاصرين (صاحب الجواهر) بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم فرد عليهم بفساد المبنى و عدم وقوع الطلاق فى الفرض المزبور لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك و سيأتى ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٣٠

ثم ان حقيقة الاكراه لغه و عرفا حمل الغير على ما يكرهه (١) و يعتبر فى وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضر بحال الفاعل أو متعلقه نفسا أو عرضا أو مالا، فظهر من ذلك ان مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله فى المكره عليه، كيف و الافعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر،

زبدة الاصول من عموم الحديث لجميع الآثار و الاحكام التكليفية و الوضعية واضحة،

فانه يدل على عدم نفوذ عقد المكره.

و أما ما افاده المصنف قدس سره من انه يدل على ذلك حتى بناء على كونه ظاهرا فى رفع المؤاخذه من جهة ان استشهاد الامام عليه السلام به فى رفع بعض الاحكام الوضعية كما فى صحيح البنزطى «١» - حيث استدل عليه السلام به على عدم وقوع آثار ما حلف به

من الطلاق و العتاق- يدل على ان المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذه.

فيرد عليه: انه بعد فرض كون الحلف بالطلاق و العتاق غير صحيح عندنا من دون الاكراه ايضا، لا محالة يكون الاستدلال به غير جار على الحق، و لا- يكون الحديث منطبقا على المورد، و عليه فلا- وجه لصرف النبوى عن ظاهره، إذ لا منشأ له سوى دلالة الاقتضاء و تصحيح التعليل، و مع فرض كون التطبيق جاريا على وفق التقيية لا يبقى لذلك محل فافهم و اغتم. فالصحيح ما ذكرناه.

الثالث: النصوص الواردة فى طلاق المكره و عتقه كحسن زرارة عن الإمام الباقر عليه السلام عن طلاق المكره و عتقه فقال عليه السلام: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق «٢». و نحوه غيره، بضميمة عدم الفرق.

حقيقة الاكراه

(١) قوله ثم ان حقيقة الاكراه لغة و عرفا حمل الغير على ما يكرهه.

بعد ما عرفت من أن الميزان فى صحة المعاملة و فسادها صدق كونها مكرها

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٣١

و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من ايعاد شخص يوجب صدق المكره عليه، فإن من اكره على دفع مال و توقف على بيع بعض امواله. فالبيع الواقع منه لبعض امواله و ان كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال. و لذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه الا- انه ليس مكرها فالمعيار فى وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل من اجل الاكراه المقترن بايعاد الضرر عن الاستقلال فى التصرف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه و لا يتعمد إليه عن رضا. (١) و ان كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعا للضرر أو ترجيحا لأقل الضررين إلا أن هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الايعاد عليه بما يشق تحمله.

و الحاصل أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنه مستقل فى فعله، و مخلى و طبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله، و ان كان من باب علاج الضرر، و قد يفعل لدفع ضرر ايعاد الغير على تركه، و هذا مما لا يطيب النفس به و ذلك معلوم بالوجدان،

عليها و عدمه، و ان وجود طيب النفس و الرضا و عدمه اجنبيان عن هذا المقام، لا بد من بيان حقيقة الاكراه و بيان ما يعتبر فيها.

حقيقة الاكراه: حمل الغير على ما يكرهه.

و يعتبر فى صدقه امور:

(١) الاول: بان يكون بحمل الغير على الفعل، و أما إذا لم يكن ذلك بل فعله لترضية خاطره فلا يصدق عليه المكره عليه، كما انه لو لم يكن حمل من انسان بل كان الحامل له ضرورة أو خوفا من حيوان مثلا لا يصدق عليه الاكراه.

الثانى: ان يكون حمل الغير مقترنا بوعيد منه على تركه بالمطابقة أو بالالتزام كما هو الغالب فى حمل السلطان الجائر، فلو حمله غيره على فعل مع وعده بالنفع- كما لو وعده بان ينصبه واليا إذا باع داره- لا يكون ذلك مكرها عليه.

الثالث: ان يكون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقا عليه، فلو قال بع دارك و الا- قتلتك قصاصا و كان مستحقا عليه، أو و الا

اطالبنيك بالدين الذي لى عليك لا يصدق الاكراه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٢

ثم انه هل يعتبر فى موضوع الاكراه، أو حكمه عدم امكان التفصى عن الضرر المتوقع به بما لا يوجب به ضررا آخر كما حكى عن جماعة ام لا؟ (١) الذى يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية، لأن حمل عموم رفع الاكراه و خصوص النصوص الواردة فى طلاق المكره، و عتقه، و معاهد الاجماع و الشهرة المدعاة فى حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جدا، بل غير صحيح فى بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع ان القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا هذا

الرابع: ان يكون حمل الغير متعلقا بنفس المعاملة، فلو حملة على اعطاء مال و توقف ذلك على بيع داره لا يصدق على البيع انه مكره عليه، و ان ابيت عن ذلك فلا اقل من عدم شمول حديث الرفع له، فان رفعه تضيق لا توسعه، و قد مر انه يعتبر فى شموله كون رفعه منه و توسعه.

الخامس: ان يحتمل ترتب الضرر المتوقع به، و لا- يعتبر العلم به و لا- الظن، و لا فرق بين ان يكون الضرر المترتب من الامر أو من غيره، فلو امره أمر بفعل و خاف من ترتب الضرر على تركه من ناحية اخيه مثلا يصدق عليه انه مكره عليه.

اعتبار العجز عن التفصى بما لا ضرر فيه

(١) و هل يعتبر فى موضوع الاكراه أو حكمه عدم امكان التفصى عن الضرر المتوقع به ام لا؟ فيه اقوال خمسة:

الأول: اعتبار العجز عن التفصى بالتورية أو غيرها فى صدقه.

الثانى: عدم اعتباره.

الثالث: التفصيل بين التورية و غيرها، فيعتبر العجز عن التفصى بها.

الرابع: التفصيل بينهما حكما لا موضوعا.

الخامس: انه يعتبر فى الاكراه الراجع للحكم التكليفى العجز عن التفصى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٣

...

بالتورية و غيرها.

و أما فى الاكراه الراجع لأثر المعاملة فلا يعتبر ذلك، بل يكفى العجز الفعلى المتحقق مع امكان التفصى، و ستعرف تقريبا ذلك.

و الكلام فى المقام يقع فى جهتين:

الاولى: فى بيان المختار و وجهه.

الثانية: فى بيان وجه سائر الأقوال.

و قبل البحث فى الجهتين لا بأس ببيان حقيقة التورية.

و هى ان يلقى المتكلم كلاما له ظهور فى معنى، و هو يريد منه غير ذلك المعنى،

و يكون المعنى المراد مطابقا للواقع دون المعنى الظاهر، كما إذا استأذن رجل بالبواب و قال الخادم له ما هو هاهنا، مشيرا الى موضع

خال في البيت.

و يعتبر في صدقها امران آخران:

احدهما: ان يكون اللفظ بحسب المتفاهم العرفي ظاهرا في غير ما افاده المتكلم،

فلو كان ظاهرا فيه و لكن المخاطب لقصور فهمه لم يتنبه له لم يكن ذلك من التورية.

ثانيهما: ان تكون ارادة ذلك المعنى من ذلك اللفظ صحيحة بان تكون بينهما علاقة، فلو كان استعماله فيه غير صحيح لما كان من

التورية، مثلا لو قال اعطيت زيدا خمسين درهما و اراد به درهما واحدا و قد اعطاه في الواقع درهما لم يكن ذلك من التورية.

و على هذا فالتورية خارجة عن الكذب الذي هو عبارة عن عدم مطابقة المعنى المراد للواقع موضوعا.

إذا عرفت هذا فاعلم: ان الأقوى هو القول الأول.

و ذلك لانه يعتبر في صدق المكروه عليه الفعل كونه صادرا عن الالغاء و الضرورة،

فمع امكان التفصي لا يصدق ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٤

و ربما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية ايضا في صدق الاكراه، مثل رواية ابن سنان عن

ابي عبد الله، قال: لا يمين في قطعة لحم و لا في جبر و لا في اكراه، قلت اصلحك الله و ما الفرق بين الجبر و الاكراه، قال: الجبر من

السلطان و يكون الاكراه من الزوجة و الام و الاب و ليس ذلك بشيء، الخبر (١)

و يؤيده انه لو خرج عن الاكراه عرفا بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها لان المناط حينئذ انحصار التخلص عن

الضرر المتوقع في فعل المكروه عليه فلا فرق بين ان يتخلص عنه بكلام آخر أو فعل آخر. أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. و دعوى

ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدى لا من جهة صدق حقيقة الاكراه كما ترى،

و بعبارة اخرى: ان من يتمكن من التفصي عن الفعل المكروه عليه يكون مجبولا- على الجامع بينه و بين ما اكراه عليه، فاختيار ذلك

الفعل لا محالة يكون لخصوصية اخرى غير الجهة المشتركة بينه و بين التفصي، فيستند ذلك الفعل لا محالة الى غير الاكراه.

و أما الجهة الثانية:

فاستدل للقول الثاني- و هو عدم اعتبار التفصي مطلقا بوجه:

الأول: ان الاكراه- انما هو على الفعل و هو مكروه عليه ابتداء، و التفصي انما يكون تخلصا عن الاكراه بعد تحقق موضوعه، فالاكراه

متحقق و لو لم يتفص.

الثاني: ان حمل النصوص و معاقد الاجماع على صورة عدم امكان التفصي حمل بعيد، بل غير صحيح، إذ في كل مورد فرض

الاكراه لا محالة يتمكن الشخص من الفرار عنه بالتورية أو عدم القصد أو غير ذلك.

(١) الثالث: خبر ابن سنان عن مولانا الصادق عليه السلام «١»: المذكور في الفتن.

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الايمان حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٥

لكن الانصاف ان وقوع الفعل عن الاكراه- لا- يتحقق الا مع العجز عن التفصي بغير التورية، لأنه يعتبر فيه ان يكون الداعي، عليه هو

خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك و مع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكروه عليه،

بل على تركه و ترك التفصي معا.

فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين، من فعل المكره عليه، و التفصلي، فهو مختار في كل منهما، و لا يصدر كل منهما الا باختياره، فلا اكراه و ليس التفصلي من الضرر احد فردى المكره عليه حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما كما لو اكراه الى احد الامرين، حيث يقع كل منهما حينئذ مكرها عليه لأن الفعل المتفصلي به مسقط عن المكره عليه لا بدل له. و لذا لا يجرى عليه احكام المكره عليه اجماعا فلا يفسد إذا كان عقدا

و في كل نظر.

اما الأول: فلأنه مع التمكن من الفرار عما اكراه عليه لا يصدق انه مكره عليه لما عرفت من انه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوقع به على تركه، فمع امكان التفصلي لا يترتب ذلك على تركه، فلا يصدق عليه الاكراه. و أما الثانى: فلأن الغالب ان المكره حين الاكراه لا يلتفت الى عدم كونه مكرها على القصد، و لأجله يرى نفسه مكرها على القصد ايضا.

مع انه لو سلم كون ذلك فردا نادرا لا محذور فيه، إذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجن، و أما إذا اخذ في الموضوع عنوان له افراد نادرة في نفسه فلا محذور فيه،

و المقام من قبيل الثانى كما هو واضح.

و أما الثالث: فلأنه اجنبى عن المقام، إذ إما نلتزم بان الام أو الزوجة أو الاب تقدر على الاضرار لو ترك ما اكراه عليه، فهو يدل على انه لا فرق في الضرر المترتب بين كونه قويا أو ضعيفا، و أما نلتزم بالعدم فهو يدل على عدم اعتبار ترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه، فيكون حينئذ خلاف المتفق عليه.

و استدلل للقول الثالث: بانه يعتبر في صدق الاكراه ان يعلم المكره أو يظن بانه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٣٦

و ما ذكرناه و ان كان جاريا في التورية، الا ان الشارع رخص في ترك التورية، بعد عدم امكان التفصلي بوجه آخر لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى و بعد حملها على صورة العجز عن التورية، مع ان العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها في تلك الاخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الاكراه، خصوصا في قضية عمار و ابويه حيث اكروها على الكفر، فأبى ابواه فقتلا، و اظهر لهم عمار ما ارادوا فجاء باكياء الى رسول الله صلى الله عليه و آله فتزلت الآية: من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكراه و قلبه مطمئن بالإيمان فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله ان عادوا عليك فعد و لم ينبهه على التورية. (١)

فإن التنبيه في المقام و ان لم يكن واجبا الا انه لا شك في رجحانه خصوصا من النبى صلى الله عليه و آله باعتبار شفقتة على عمار و علمه بكراهة تكلم عمار بالفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى هذا،

لو امتنع عن الفعل و اطلع عليه المكره بالكسر لأوقعه في الضرر، و من المعلوم ان هذا يصدق مع امكان التفصلي بالتورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصلي بغيرها، إذ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكره و عدم وقوع الضرر عليه.

و فيه: ان المعتبر في صدقه انه لو امتنع يحتمل أو يظن وقوع الضرر عليه، فمع العلم بعدم التفات المكره بالكسر الى التورية يعلم بعدم وقوعه عليه، فلا يصدق عليه الاكراه،

ألا ترى انه لو فرض ارسال الجائر الخمر الى بيت احد ليشربها و هو يقبل قوله لو قال شربتها و يتمكن من عدم الشرب و اظهار الشرب، انه لا يجوز له الشرب من جهة انه لو اطلع المكره على الامتناع لأوقعه في الضرر.

(١) و استدلل للقول الرابع: بالاخبار (١) المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الاكراه و بما ورد «٢» في قضية عمار و ابويه حيث

اكرهوا على الكفر فابى أبواه فقتلا، و اظهرهم عمار ما ارادوا فجاء الى النبي صلى الله عليه و آله فنزلت الآية (من كفر بالله الى آخره) فقال صلى الله عليه و آله: له ان عادوا فعد و لم ينهه على التورية.

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان.

(٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الأمر و النهى و ما يناسبهما من كتاب الامر بالمعروف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٧

هذا، و لكن الاولى ان يفرق بين امكان التفصي بالتورية و امكانه بغيره، بتحقيق الموضوع فى الأول دون الثانى لأن الاصحاب وفاقا للشيخ فى المبسوط ذكروا من شروط تحقق الاكراه ان يعلم أو يظن المكروه بالفتح انه لو امتنع مما اكره عليه، وقع فيما توعد عليه و معلوم ان المراد ليس امتناعه عنه فى الواقع و لو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع بل المعيار فى وقوع الضرر اعتقاد المكروه لامتناع المكروه.

و هذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها لأن المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه و عدم وقوع الضرر عليه.

و الحاصل ان التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذى هو المعتبر فى صدق الاكراه موجود مع التمكن بالتورية، لامع التمكن بغيرها، فافهم.

ثم أن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو فى الإكراه المسوغ للمحرمات، و مناطه توقف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه. و أما الاكراه الراجع لأثر المعاملات. فالظاهر ان المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة (١)

و فيهما نظر.

اما الأول: فلأن عدم الاشارة الى التورية انما هو لاجل ان طبع المتكلم فى بيان مراداته بالالفاظ انما هو بالقاء الالفاظ الظاهرة فيها، و لا يمكن له التورية الا بالتروى،

و هو فى مقام الخوف و الاكراه عسر جدا و حرج شديد.

و أما الثانى: فلأن السب و التبرى حرام حتى مع عدم قصد المعنى و قصد معنى آخر،

لأن مناط حرمة السب هو انتهاك المسبوب عند الغير، و هذا المناط موجود مع عدم القصد ايضا.

و المحقق النائنى قدس سره اجاب عن الوجه الاول:

بان التورية ايضا من الكذب المحرم و لاجله لم ينه عليه.

و فيه: ما عرفت من خروج التورية عن الكذب موضوعا.

(١) و أما القول الخامس - الذى اختاره المصنف قدس سره - فحاصله: الفرق بين الاكراه الراجع لأثر المعاملات، فيكفى فيه العجز عن التفصي فعلا و ان كان قادرا على ان يقدر نفسه عليه، و أما الاكراه المسوغ للمحرمات فيعتبر فيه العجز المطلق، فمن كان قادرا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٨

و قد يتحقق مع امكان التفصي مثلا من كان قاعدا فى مكان خاص خال عن الغير،

متفرعا لعبادة أو مطالعة فجاءه من اكرهه على بيع شىء مما عنده، و هو فى هذه الحال غير قادر على دفع ضرره و هو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له فى الخارج خدام يكفونه شر المكروه فالظاهر صدق الاكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشىء بخلاف من كان خدومه حاضرين عنده، و توقف دفع ضرر اكراه الشخص على امر خدومه بدفعه و طرده، فإن هذا لا

يتحقق في حقه الاكراه، و يكذب لو ادعاه بخلاف الأول إذا اعتذر بکراهة الخروج عن ذلك المنزل، و لو فرض في ذلك المثال اكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل.

فقد تقدم الفرق بين الجبر و الاكراه في رواية ابن سنان فالاكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور، و الرفع لأثر المعاملات هو الاكراه الذي ذكر فيها انه قد يكون من الاب و الولد و المرأة و المعيار فيه عدم طيب النفس (١) فيها لا الضرورة و الاجاء، و ان كان هو المتبادر من لفظ الاكراه. و لذا يحمل الاكراه في حديث الرفع عليه فيكون الفرق بينه و بين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث: اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض لكن الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو ان العبرة فيها بالقصد الحاصل من طيب النفس حيث استدلوا على ذلك

على التفصي ليس له ارتكاب المحرم المكره عليه.

(١) و استند في ذلك الى ان المناط في الاكراه الرفع لأثر المعاملات عدم طيب النفس بالمعاملة و هو يتحقق مع العجز الفعلي، و ان امكن التفصي، و مثل لذلك بمن كان قاعدا في محل فارغ للعبادة فجاءه من يكرهه على بيع داره و هو في هذه الحال لا يقدر على دفع ضرره و له خدم في الخارج لو خرج إليهم يكفونه شر المكره و لكن يكره الخروج. فالظاهر صدق الاكراه الرفع لأثر المعاملة.

و أما الاكراه المسوغ للمحرمات، فهو عبارة عن الجبر غير الصادق في المثال

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٩

بقوله تعالى: (تجارة عن تراض) و لا- يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه و عموم اعتبار الارادة في صحة الطلاق و خصوص ما ورد في فساد طلاق من طلق للمداراة مع عياله فقد تلخص مما ذكرنا ان الاكراه الرفع لأثر الحكم التكليفي اخص من الرفع لأثر الحكم الوضعي، و لو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الاكراه، كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لان المناط في رفع الحكم التكليفي، هو دفع الضرر. و في رفع الحكم الوضعي هو عدم الارادة و طيب النفس، و من هنا لم يتأمل احد في انه اذا كره الشخص على احد الامرين المحرمين لا بعينه (١) فكل منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم لان المعيار في دفع الحرمة دفع الضرر المتوقع على فعل احدهما.

اما لو كانا عقدين، أو إيقاعين كما لو اكره على طلاق احدي زوجتيه، فقد

المتقدم الذي إليه يتبادر لفظ الاكراه، و عليه يحمل حديث الرفع و غيره.

و يرد عليه اولاً: قد عرفت انه لا دليل على اعتبار الرضا و طيب النفس في صحة المعاملات، بل الرفع هو الاكراه، و عليه فلا فرق بين المعاملات و التكليفات في ان الرفع و المسوغ هو الاكراه.

و ثانياً: انه لو سلم اعتبار الرضا و طيب النفس فالظاهر ان الرضا ليس الا ما يقابل الكره، ففي كل مورد لم يكن الرضا موجودا لا محالة يصدق الاكراه، مثلا في المثال المتقدم إذا لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجيا و لا ضروريا كما لا يصدق الاكراه لا يصدق عدم الرضا و طيب النفس و ان كان حرجيا أو ضروريا، فكما يصدق عدم الرضا يصدق الاكراه.

فتحصل: ان الاظهر هو اعتبار عدم امكان التفصي مطلقا.

لو اكره الشخص على احد امرين

بقي الكلام في امور:

(١) الاول: لو اكره الشخص على احد الامرين المحرمين لا بعينه.

فتارة يكون الاكراه على الافراد الطولية،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٠

استشكل غير واحد في ان ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه. ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الاكراه، مكره عليه باعتبار جنسه ام لا؟ بل افتى في القواعد بوقوع الطلاق و عدم الاكراه و ان حمله بعضهم على ما اذا قنع المكره (بالكسر) بطلاق احدهما مبهمه لكن المسألة عندهم غير صافية عن الاشكال من جهة مدخلة طيب النفس في اختيار الخصوصية، و ان كان الاقوى وفاقا لكل من تعرض للمسألة تحقق الاكراه لغه و عرفا مع انه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الاكراه اصلا إذ الموجود في الخارج دائما احدي خصوصيات المكره عليه إذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات

و اخرى يكون على الافراد العرضية.

و قد افاد المحقق النائيني في الصورة الاولى: بالفرق بين المحرمات و المعاملات،

فلو كان مكرها على شرب الخمر موسعا لا- يجوز له المبادرة إليه في اول الوقت، إذ لا- بد في ارتكاب المحرم من المسوغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا لا مجوز له، و أما لو كان مكرها على بيع داره موسعا فاقدامه على البيع في اول الوقت لا يخرج عنه الاكراه.

و فيه: انه بعد ما عرفت من ان الراجع لأثر المعاملات بعينه هو المسوغ للمحرمات لوحده الدليل لم يظهر لنا الفرق بين البابين.

فالحق في المقام ان يقال: ان الاكراه تارة يكون على الجامع، و اخرى على الفردين على البدل.

فان كان على الجامع الذي هو موضوع الاثر، فحيث ان وجود الجامع في الخارج لا بد و ان يكون مع خصوصية من الخصوصيات، و المفروض ان موضوع الاثر هو الجامع دون الخصوصيات، فكل ما وجد في الخارج يقع مكرها عليه، و الخصوصية الملازمة و ان لم تكن مكرها عليها الا انه لا أثر لها حتى ترتفع بالاكراه كي يقال انه لا إكراه عليها.

و أما ان كان على الجامع بين ما هو موضوع الاثر و غيره- كالاكراه على بيع داره صحيحا أو فاسدا- فحيث ان الجامع المكره عليه لا أثر له، و ما له الاثر و هو الخصوصية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤١

نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية و ان كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى ان وجوده الخارجى ناش عن اكراه و اختيار. و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار اصل الفعل، و يستحقه باعتبار الخصوصية و تظهر الثمرة: فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة، فإنه لا يرتفع بالاكراه على القدر المشترك. مثلا لو اكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر لأنه مختار فيه و ان كان مكرها في اصل الشرب، و كذا لو اكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنه لا يرتفع اثر الصحيح، لأنه مختار فيه و ان كان مكرها في جنس البيع لكنه لا يترتب على الجنس اثر يرتفع بالاكراه.

لا اكراه عليها- و ان كانت هي أو مقابلها مما لا بد منه- فلا يرتفع شيء بالاكراه. و سيأتي لذلك زيادة توضيح في القسم الثاني.

و أما ان كان على الفردين على البدل.

فقد يقال كما عن المحقق الاصفهاني قدس سره بالفرق بين باب المعاملات و المحرمات.

ففي الأول لو اختار احدهما- و ان كان هو موضوع الاثر دون مقابله- يقع مكرها عليه، و لا يترتب عليه الاثر. إذ المفروض انه و مقابله كليهما مكره عليهما على البدل،

فكل منهما يقع في الخارج يتصف بكونه مكرها عليه، و اختيار كل منهما اختيار البديل الاكراهي.

و في الثاني لا يجوز اختيار ما هو موضوع الحكم ان لم يكن مقابله كذلك كما في الاكراه على شرب الخمر أو الماء، إذ المسوغ في المحرمات هو الاضطرار و مع وجود البديل المباح لا اضطرار الى الحرام. و لكن يرد عليه.

اولا: ان المسوغ للمحرمات- مع قطع النظر عن الاضطرار هو الاكراه، فمع صدق المكره عليه على محرم ترتفع حرمة به و ان لم يصدق عليه المضطر إليه، فلا وجه للفرق بين البابين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٢

و من هنا يعلم انه لو اكره على بيع مال أو ايفاء مال مستحق، لم يكن اكرها لأن القدر المشترك بين الحق و غيره إذا اكره عليه، لم يقع باطلا- و الا- لوقع الايفاء ايضا باطلا، فإذا اختار البيع صح لأن الخصوصية غير مكره عليها، و المكره عليه هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر و لو اكرهه على بيع مال، أو اداء مال غير مستحق كان اكرها لأنه لا يفعل البيع الا فرارا من بدله أو وعيده المضرين، كما لو اكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الاخرى، ببده أو التضمر الدنيوى بوعيده، ثم ان اكره احد الشخصين على فعل واحد (١) بمعنى الزامه عليهما كفاية، و ايعادهما على تركه كاكراه شخص واحد على احد الفعلين في كون كل منهما مكرها.

و ثانيا: ان الاكراه على البديل لا يزيد على الاكراه التعييني، فقد مر انه مع امكان التفصي في الاكراه التعييني لا يصدق الاكراه و لا يرتفع الاثر به، فكذلك في الاكراه على البديل، فإذا كان احدهما موضوع الاثر دون الآخر فيمكن التفصي عما هو موضوع الاثر، فلا وجه لتطبيق ادلة الاكراه عليه.

و ان شئت قلت: انه في الاكراه على البديل بين ما هو موضوع الاثر و ما لا أثر له يصرح المكره باتيان موضوع الحكم أو التفصي عنه، فلا مورد لأدلة الاكراه.

فتحصل: انه لو اكره على فردين احدهما مباح و الآخر حرام، أو احدهما صحيح و الآخر فاسد، فحيث انه يمكن التخلص عن الحرام و الصحيح فلا يكون مكرها عليه.

و منه يظهر حكم ما لو كان حكم احدهما اشد، كما لو اكره على شرب النجس أو النجس المغصوب لا يجوز ارتكاب الثاني، فانه بالنسبة الى المغصوب يمكن التفصي.

لو اكره احد الشخصين على فعل واحد

(١) الثاني: لو اكره احد الشخصين على فعل واحد بمعنى الزامه عليها كفاية،

و ايعادهما على تركه، ففيه وجوه و اقوال.

احدها: ما اختاره المصنف و هو: ان فعل كل منهما يقع مكرها عليه و ان علم ان صاحبه يفعله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٣

...

ثانيها: ما اختاره المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه لو علم ان صاحبه يصدر عنه الفعل لغير داع الاكراه لا يقع فعله مكرها عليه، و الا

فيقع كذلك و ان علم ان صاحبه يفعل له لدفع الاكراه.

ثالثها: ما اختاره السيد الفقيه، و هو: انه ان علم بان صاحبه يفعل و ان فعل هذا لا يقع فعله مكرها عليه و الا فيقع، كذلك و ان علم انه يفعل ان لم يبادر هذا الى الفعل.

رابعها: ما اختاره المحقق الايرواني قدس سره، و هو: ان اكراه كل مختص بصورة عدم اتيان الآخر، فإذا احتمل كل اتيان صاحبه لم يكن فعله عن اكراه.

خامسها: ما هو الحق في المقام و ستعرفه.

و قبل بيان ما هو الحق ينبغي التنبيه على مقدمة، و هي:

ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد كما يجابه عليهما على نحو الكفاية، فكما ان كلا منهما في الفرض الثاني مكلف غاية الأمر بالتكليف المشروط بعدم اتيان الآخر،

ولهذا بنينا في الواجب الكفائي على ان كلا-منهما بادر الى الفعل يكون فعله مصداقا للواجب و يثاب عليه، و لو صدر الفعل عن الجميع في عرض واحد يقع كل منهما مصداقا له و يثاب عليه كذلك كل منهما مكره على الفعل في المقام في فرض عدم مبادرة صاحبه الى الفعل، نعم بين البابين فرق من ناحية اخرى، و هي انه في صدق الاكراه يعتبر عدم امكان التفصي و التخلص عن المكره عليه كما عرفت.

إذا عرفت هذا فاعلم ان المكره عليه ان كان فعلا-واحدا و لم يكن ترتب الاثر أو الحكم بلحاظ حيثية الصدور، كما لو اكره أحد الوليين على بيع مال الصبي كل منهما فعل يقع فعله مكرها عليه، و ان علم ان صاحبه يفعل فان ما هو موضوع الاثر و هو البيع على مال الصبي لا يمكن التفصي عنه، و المفروض وقوع الاكراه عليه.

و ان كان المكره عليه فعلا واحدا و كانت حيثية الصدور دخيلة في الحكم، كما لو اكره احد الشخصين على شرب اناء من الخمر معين على نحو الكفاية، فان علم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٤

و اعلم ان الاكراه قد يتعلق بالمالك و العاقد (١) كما تقدم، و قد يتعلق بالمالك دون العاقد كما لو اكره على التوكيل في بيع ماله، فإن العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل في العقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه (٢)

ان صاحبه يشرب به لا يجوز له الشرب، و لو شرب لا يكون مكرها عليه لفرض امكان التفصي و التخلص، بمعنى انه لو لم يفعل لما وقع في الضرر، و لو علم ان صاحبه لا يفعل يجوز له الشرب و يقع فعله مصداقا للمكره عليه.

و لو احتمل ذلك فهل يجوز له الفعل ام لا؟ وجهان مبنيان على انه هل يعتبر في صدق الاكراه العلم بترتب الضرر على فرض الترك، ام يكفي احتمال ترتبه؟ إذ على الأول لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتبه، و على الثاني يجوز.

و حيث عرفت ان الأظهر هو الثاني فالأقوى هو الجواز الا إذا علم بان صاحبه يفعل.

صور تعلق الاكراه

(١) الثالث: قد يتعلق الاكراه بالعاقد و المالك.

و قد يتعلق بالمالك دون العاقد.

و قد يتعلق بالعاقد دون المالك.

و قد تقدم حكم تعلق الاكراه بالمالك العاقد.

و الكلام فى المقام انما هو فى صورتين:

الأولى: ما لو تعلق الاكراه بالمالك دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل فى بيع ماله.

الثانية: ما لو انعكس الأمر، و هى ما لو اكره العاقد دون المالك.

(٢) اما الصورة الاولى: فلا اشكال فى فساد التوكيل، فالعاقد يكون فضوليا فى بيعه، فلو تعقبه الاجازة صح و الا فلا. و هذا مما لا كلام فيه.

انما الكلام فى انه إذا كان مورد الوكالة ايقاعا دون العقد، كما لو اكره على التوكيل فى طلاق امرأته و لم يجز الطلاق بل اجاز الوكالة،

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٤٥

و قد ينعكس كما لو قال بع مالى أو طلق زوجتى، و الاقتلتك و الاقوى هنا، الصحة لأن العقد هنا من حيث انه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره إذا كان عاقدا، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض (١) فهذا اولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقا.

و احتمال فى المسالك عدم الصحة نظرا الى ان الاكراه يسقط حكم اللفظ،

كما لو امر المجنون بالطلاق فطلقها، ثم قال: و الفرق بينهما: ان عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره، فان عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد، فإذا كان الامر قاصدا لم يقدح اكراه الأمور، انتهى و هو حسن.

و قال ايضا لو اكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففى صحته وجهان (٢)

ايضا من تحقق الاختيار فى الموكل المالك، و من سلب عبارة المباشر انتهى،

و ربما يستدل على فساد العقد فى هذين الفرعين،

فانه ان اجاز الطلاق لا يصح للاجماع على عدم صحة الفضولى من الايقاعات، و ان عقبه الاجازة، و بنينا على الكشف دون النقل، إذ على النقل لا يصح فى المقام كما هو واضح.

و الحق ان يقال: انه ان كان معقد الاجماع عدم صحة الايقاع الذى تعلق به الاجازة، ففى المقام بما ان الاجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق.

و ان كان المعقد ان الايقاع لا يصح ان يكون معلقا على الاجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح فى المقام، فان صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقعة على الاجازة،

و المتوقع على متوقف على شىء متوقف عليه، فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلا يصح.

فتحصل: ان الأظهر عدم الصحة تعلقت الاجازة بالايقاع أو التوكيل.

(١) و أما الصورة الثانية- و هى ما لو تعلق الاكراه بالعاقد دون المالك- فقد يكون المكره هو المالك كما لو قال المالك للعاقد بع دارى أو طلق زوجتى، و قد يكون الاكراه من الاجنبى كما لو اكره الوكيل على بيع دار موكله أو طلاق زوجته.

(٢) و إلى هاتين الصورتين نظر المسالك و تكون الصورة الاولى، هى الفرع

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٤٦

بما دل على رفع حكم الاكراه (١) و فيه ما سيجىء من انه إنما يرفع حكما ثابتا على المكره لو لا الاكراه و لا أثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لو لا الاكراه (٢)

و مما يؤيد ما ذكرنا حكم المشهور بصحة بيع المكروه بعد لحوق الرضا، و من المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر و هو النقل و الانتقال.

و أما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرها عليه فلا معنى للحقوق الرضا به لأن ما مضى و انقطع لا يتغير عما وقع عليه و لا ينقلب.

الأول المذكور في المتن و الصورة الثانية هي الفرع الثاني فيه.

و في المقام اقوال:

احدها: الصحة في الفرعين، ذهب إليه المصنف قدس سره و غيره.

ثانيها: البطلان فيهما.

ثالثها: التفصيل بين الفرعين بالبناء على الصحة في الفرع الأول، و البطلان في الثاني اختاره المحقق النائيني قدس سره.

و قد استدلل للبطلان في الموردین بوجوه، عمدتها وجهان:

(١) الاول: ان مقتضى حديث رفع الاكراه رفع اثر العقد.

و اجاب عنه المصنف قدس سره.

(٢) بقوله انه انما يرفع حكما ثابتا على المكروه لو لا الاكراه، و لا أثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لو لا الاكراه.

و ليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الحكم الذي على المكروه لا-الذي له، من جهة ان ذلك هو المناسب للامتنان الذي احتمله السيد الفقيه.

فانه يرد عليه: ان لازمه صحة قبول الهبة اكرها.

مع انه لا يعتبر في شمول الحديث كون الحكم ضررا عليه، بل يكفي كونه منافيا لغرضه.

كما انه ليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الاثر المتعلق به، و اثر العقد في الفرض ليس متعلقا به كما احتمله السيد ايضا.

فانه يرد عليه: انه لا دليل على هذا التقييد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٧

نعم ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور، بأن القصد الى المعنى و لو على وجه الاكراه شرط في الاعتناء بعبارء العقد، و لا يعرف الا

من قبل العاقد، فإذا كان مختارا امكن احرازه باصالة القصد في افعال العقلاء الاختيارية دون المكروه عليها (١) اللهم الا- ان يقال ان

الكلام بعد احراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغيا، أو موريا و لو كان مكرها مع انه يمكن اجراء اصالة القصد هنا ايضا، فتأمل.

بل الظاهر ان مراده ان لفعل الوكيل جهتين.

احدهما: جهة العقديّة.

ثانيتها: جهة قيامه بالوكيل.

و الاكراه لا يؤثر في فقد عقد الوكيل لشيء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العربية و نحوها بعد كونه مستجمعة لها، و

الجهة الثانية غير دخيلة في ترتب الاثر و حصول النقل و الانتقال لكون الوكيل اجنبيا عن المال، بل عقده انما يؤثر من حيث انتسابه

الى المالك الموكل، و المفروض عدم كونه مكرها. فما هو موضوع الاثر لم يتعلق الا-كراه به، و ما تعلق الاكراه به لا أثر له، و هو

حسن.

(١) الثاني: ان القصد الى المعنى شرط في صحة العقد، و مع الشك في ذلك لا- اصل يحرز به كون المكروه قاصدا له، إذ اصالة

القصد الجارية في افعال العقلاء انما هي في الافعال الاختيارية دون المكروه عليها.

وفيه: اولاً: ان الكلام انما هو بعد احراز القصد.
 و ثانياً: ان اصالة القصد انما هي في مطلق الافعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش.
 و استدلل للبطالان في الفرع الثاني المحقق النائيني قدس سره:
 بان المكروه إذا كان غير المالك فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد، و مجرد الرضا لا يصحح الاستناد، كما ان الكراهة الباطنية ليست رداً.
 و فيه: ان محل الكلام هو كون العاقد وكيلاً- مفوضاً، و فعل الوكيل يستند الى الموكل من جهة الوكالة، فالأظهر هي الصحة في الفرعين.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٨

[فروع]

إشارة

فرع و لو اكرهه على بيع واحد غير معين من عبيد (١) فباعهما، أو باع نصف احدهما ففي التذكرة اشكال.
 اقول اما بيع العبيد، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الاول مكرهاً، دون الثاني (٢) مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس ام لا،

الاكراه على بيع عبد من عبيد

(١) قوله فرع: لو اكرهه على بيع واحد غير معين من عبيد فباعهما أو باع نصف احدهما ففي التذكرة: اشكال:
 هذا هو الفرع الرابع و فيه صور.
 الأولى: ان يكون المكروه عليه بيع واحد غير معين فباعهما تدريجاً.
 (٢) فقد جعل المصنف وقوع الاول مكرهاً عليه دون الثاني هو الظاهر، و احتمال الرجوع إليه في التعيين.
 و اورد جل من تأخر عنه عليه: بانه لا وجه لهذا الاحتمال، إذ بعد انطباق عنوان احدهما على البيع الأول قهراً، و ارتفاع لسان المكروه عنه، و اندفاع ضرره به لحصول مقصوده، لا وجه لوقوع الثاني مكرهاً عليه.
 و لكن يمكن ان يقال: ان نظر المصنف قدس سره الى انه لو باع الأول بالبيع الخياري ثم باع الثاني، فله ان يفسخ البيع الأول، فيقع الثاني مصداقاً للمكروه عليه، و له ان يبقيه على حاله،
 فيكون الأول مصداقاً له، فيكون البائع هو المرجع في التعيين بهذا المعنى.
 و أما في صورة لزوم العقد الأول فلا يحتمل في حق المصنف قدس سره احتمال وقوع الثاني مكرهاً عليه.
 الصورة الثانية: ان يكون المكروه عليه بيع واحد غير معين فباعهما دفعةً، ففي المسألة وجوه:
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٩
 و لو باعهما دفعةً، احتمال صحة الجميع، لأنه خلاف المكروه عليه، و الظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن اكراه (١) و بطلان الجميع لوقوع احدهما مكرهاً عليه، و لا ترجيح، و الاول اقوى،

الاول: صحة الجميع، ذهب إليها المصنف و جل الاساطين ممن تأخر عنه.

الثاني: بطلان الجميع.

الثالث: بطلان احدهما و صحة الآخر، و يرجع في التعيين الى القرعة.

و استدل للاول بوجهين:

(١) الاول: ما في المتن، و اختاره المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان ما صدر عنه خارجا غير ما اكراه عليه، و ما اكراه عليه لم يصدر،

و مجرد اشتمال المجموع على احدهما لا يوجب صدق الاكراه على احدهما، فضلا عن كليهما.

وفيه: ان المكروه عليه ليس بيع احدهما بشرط لا- كي لا- يصدق على بيع احدهما في المقام، بل بيع احدهما لا بشرط الحصول في

ضمن بيعهما، لان لا بشرط يجتمع مع الف شرط، فضم بيع آخر إليه لا يخرج عما اكراه عليه.

الثاني: ما افاده السيد الفقيه و تبعه المحقق الايرواني قدس سره، و يمكن استظهاره من كلمات المصنف قدس سره، و هو: ان بيعهما

معا دفعة مع كون الاكراه على احدهما يكشف عن كون البائع راضيا ببيع احدهما، و معه لا يؤثر الاكراه شيئا، لان المفروض ان ما

الزمه المكروه- و هو بيع احدهما غير المعين- نفس ما هو راض به، فلا يكون اكراها على ما لا يرضاه.

وفيه: ان بيع المجموع لا- يكشف عن كون البائع راضيا ببيع احدهما في مفروض المسألة و هو كونه كارها لبيع كل منهما لو لا

الاكراه، بل يمكن ان يكون ناشئا عن غرض آخر من انه يشق عليه التفرقة بينهما لكونهما والدا و ولدا، أو انه لا يوجد من يشتري

احدهما منفردا، أو نحو ذلك، فحينئذ يكون بيع كل منهما مكروها، و لكن لما عرفت من اعتبار ترتب الضرر على ترك المكروه عليه

في صدق الاكراه، و هذا المعنى لا ينطبق

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٠

و لو اكراه على بيع معين فضم إليه غيره و باعهما دفعة، فالاقوى الصحة في غير ما اكراه عليه. (١)

و أما مسألة النصف، فإن باع النصف (بعد الاكراه على الكل) بقصد بيع النصف الآخر امثالا للمكروه بناء على شمول الاكراه لبيع

المجموع دفعتين، فلا اشكال في وقوعه مكروها عليه (٢) و ان كان لرجاء ان يقنع المكروه بالنصف كان ايضا اكراها ((٣))

على كل منهما الا على البديل، فلا محالة يقع احدهما مكروها عليه دون الآخر، و حيث ان انطباقه على واحد معين ترجيح بلا مرجح، و

القرعة لا مورد لها في المقام إذ الظاهر من ادلتها «١» كونها معينة لما له التعيين واقعا- لاحظ قوله عليه السلام: القرعة سهم من سهام الله

و سهم الله لا يخطئ- فانه إذا لم يكن له واقع معين لا معنى لخطئها و عدمه، فيتعين البناء على بطلانها معا.

(١) الصورة الثالثة: ان يكون المكروه عليه واحدا معينا فباعهما دفعة.

لا- ينبغي التوقف في صحة بيع ما لم يكرهه على بيعه، و إن كان لو لا الاكراه على المعين لما باعه، لانه لا يترتب الضرر على تركه فلا

يكون مكروها عليه.

كما لا ينبغي التوقف في بطلانه بالنسبة الى المكروه عليه لصدق الاكراه بالاضافة إليه.

(٢) الصورة الرابعة: ما لو اكراه على بيع واحد معين فباع نصفه، فتارة يشمل اكراهه المكروه لبيعه دفعتين، و اخرى لا يشمل. فإذا شمله

فان باع النصف بقصد ان يبيع النصف الآخر فلا كلام في كونه مكروها عليه، و ان باعه لرجاء ان يقنع المكروه بالنصف.

(٣) فقد اختار المصنف قدس سره كونه ايضا مكروها عليه، و خالف المحقق النائيني قدس سره بدعوى ان البيع كذلك غير متعلق

بالاكراه به، فان رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب و الرضا ببيع النصف.

و الحق ما افاده المصنف قدس سره، فان من يدفع النصف الى المكروه و داعيه الى الدفع هو الاكراه- و انما يدفعه لرجاء ان يقنع

المكروه- يكون ذلك استدعاء منه لان يتبدل.

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥١

و ان كان لرجاء ان يقنع المكره بالنصف كان ايضا اكراها، لكن في سماع دعوى البائع ذلك، مع عدم الامارات نظر. (١)

الاكراه التعييني بدفع التمام الى الاكراه التخييري بين دفع التمام و دفع النصف،

فكما انه في صورة التخيير ابتداء يقع كل من فردي التخيير مكرها عليه، كذلك في التخيير بعد الاستدعاء.

و بالجملة: لا ينبغي التوقف في ان من يدفع الى المكره نصف ما اكراه عليه لدفع شره و رضى المكره بذلك يصدق عليه ان مكره عليه، ألا ترى انه لو اجبر ظالم شخصا باعطاء الف تومان فاعطاه نصفه و استدعى منه قبوله ذلك و عدم اضاراه يصدق عليه انه مكره عليه، و لا سبيل الى دعوى انه هبة صحيحة، لانه غير ما اكراه عليه، و السر فيه ما ذكرناه.

و بهذا البيان ظهر انه لو اكراه على دفع شيء و اعطى شيئا آخر لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه، لانه بفعله هذا يستدعى منه تبديل اكراهه التعييني الى الاكراه التخييري، فيصير دفعه هذا احد فردي التخيير فيصدق عليه انه مكره عليه.

و بهذا ظهر حكم ما إذا لم يشمل الاكراه لبيعه دفعتين، فانه ان باع نصفه لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه.

(١) قوله لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الامارات نظر.

لم يظهر لي فرق، بين هذا المورد، و بين ما لو اكراه على بيع شيء معين فباعه، فكما ان هنا يحتمل كون بيعه الواقع عقيب الاكراه عن رضاه به كذلك في ذلك المورد، فما الوجه في سماع دعواه هناك و عدم سماعها هنا، و ان شئت قلت ان اصالة الجدل التي عليها بناء العقلاء لا تجرى في امثال هذه المقامات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٢

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير لو اكراه على الطلاق فطلق ناويا، فالاقرب وقوع الطلاق (١) انتهى و نحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع لأن الاكراه اسقط اثر اللفظ، و مجرد النية لا حكم لها، و حكى عن سبطه في نهاية المرام انه نقله قولاً، و استدلل عليه بعموم ما دل من النص و الاجماع على بطلان عقد المكره، و الاكراه يتحقق هنا إذ المفروض انه لولاه لما فعله، ثم قال: و المسألة محل اشكال انتهى. و عن بعض الأجلة (كاشف اللثام) انه لو علم انه لا يلزمه الا اللفظ و له تجريده عن القصد فلا- شبهة في عدم الاكراه، و انما يحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد و ان لم يرده المكره ام لا، انتهى.

الاكراه على الطلاق

(١) الخامس قال في التحرير لو اكراه على الطلاق فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق.

يقع الكلام في موردين:

الأول: في بيان وجه فتوى العلامة قدس سره بالصحة.

الثاني: في بيان محتملات هذا الفرع في نفسه و احكامها.

اما الأول: فالظاهر ان نظر العلامة قدس سره الى انه لو اكراه على الطلاق و ان لم يقصد المعنى الذي يكون عند العامة طلاقاً شرعياً مع النطق بالصريح، فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق، فانه غير مكره عليه.

و ایراد المصنف قدس سره عليه بانه يبتنى على القول باعتبار عدم امكان التفصی بالتورية في صدق الاكراه، إذ لا فرق بين التخلص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى و قد مر عدم اعتباره.

مندفع اولاً: بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية في صدقه.

و ثانياً: بالفرق بينهما بعد كون المكره راضياً بالنطق بالصريح مع عدم القصد لاحظ و تأمل في الوجه المتقدم لعدم اعتبار العجز عن التورية ترى عدم جريانه في المقام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٣

ثم ان بعض المعاصرين (صاحب الجواهر) ذكر الفرع عن المسالك و بناه على أن المكره لا قصد له أصلاً فردته بثبوت القصد للمكره و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه، و فيه ما عرفت سابقاً من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، و ليس هذا مراداً من قولهم إن المكره غير قاصد الى مدلول اللفظ. و لذا شرك الشهيد الثاني بين المكره و الفضولي في ذلك، كما عرفت سابقاً، فبناء هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر، ضعيف جداً، و كذا ما تقدم عن بعض الأجله (كاشف اللثام) من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية، فنوى اختياراً صح لأن مرجع ذلك الى وجوب التورية على العارف بها، المتفطن لها إذ لا فرق بين التخلص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً و قد عرفت ان ظاهر الأدلة و الاخبار الواردة في طلاق المكره و عتقه، عدم اعتبار العجز عن التورية.

و توضيح الاقسام المتصورة في الفرع المذكور: ان الاكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به. اما ان لا يكون له دخل في الفعل اصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الاكراه لبنائه على تحمل الضرر المتوقع به و لا يخفى بدهاه و وقوع الطلاق هنا (١) و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه،

و أما المورد الثاني: فالاحتمالات المتصورة خمسة:

(١) الاول: ان لا يكون للاكراه دخل في الطلاق، بل يوقعه عن طيب نفسه و رضاه،

و المكره لجعله بحاله اكرهه عليه، لا إشكال و لا كلام في صحة هذا الطلاق.

الثاني: ان يكون كل من الاكراه و الرضا سبباً مستقلاً، بحيث لو لا الاكراه كان يوقعه،

و لو لا الرضا لأوقعه دفعا للاكراه.

فعن المحقق النائيني قدس سره: الحكم بالبطلان، بدعوى ان كل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع لا يؤثر كل منهما، كاجتماع الرياء و قصد الامر في العبادات، فهذه المعاملة و ان صدرت عن الرضا الا انها تكون عن اكراه ايضاً، أو انها و ان لم تكن عن اكراه الا انها لا تكون تجارة عن تراض.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٤

فلا معنى لجعله في التحرير اقرب، و ذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، و جعله قولاً في نهاية المرام و استشكاله فيه لعموم النص و الاجماع، و كذا لا- ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الاكراه مستقلاً في داعي الوقوع (١) بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل،

و فيه: اولاً: ان المكره إذا كان راضياً لا يصدق على ما صدر عنه عنوان المكره عليه، بل يصدق هذا العنوان مشروطاً بمعنى انه لو لم يكن راضياً كان مكرهاً عليه.

و بالجملة: مع وجود الرضا لا- يصدق الاكراه، و لا- يقاس المقام بالرياء في العبادات الذي هو متحقق في الفرض، و يكون مبطلاً

للصلاة.

بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقى شرع في الصلاة امام الناس، فان هناك سببين مستقلين لعدم ابطال صلاته: الخوف من الله تعالى، و حفظ مقامه عند الناس، فهل يتوهم القول ببطلان صلاته لان ما بقى من صلاته يقع عن سببين مستقلين؟ و ثانيا: انه لو فرض استناد الطلاق الى الرضا و الاكراه، فمن حيث استناده الى الاكراه لا يترتب عليه الاثر، الا انه يترتب عليه الاثر من حيث استناده الى الرضا.

و بعبارة اخرى: الاستناد الى الاكراه لا يؤثر في البطلان- كما هو الحال في الرياء- بل يوجب عدم تأثير العقد المستند إليه، فلا يمنع عن صحته من حيث استناده الى الرضا.

و ثالثا: ان حديث الرفع من حيث وروده في مقام الامتنان لا يشمل مثل هذا الطلاق، لان رفع اثره خلاف الامتنان. فالأظهر هي الصحة في هذه الصورة.

الثالث: ان يكون كل من الاكراه و الرضا جزء السبب، بحيث انه لو لا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما.

(١) و قد حكم المصنف قدس سره بالصحة في هذه الصورة و تبعه السيد قدس سره.

و استدلل له: بصدق كون الفعل عن الرضا، و ان كان تحققه بعد وجود امر آخر من الزام الغير.

و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: انه كما يصدق كون الفعل عن الرضا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٥

...

فيشمله دليل جواز الاكل بالتجارة عن تراض، كذلك يصدق كون الفعل عن الاكراه،

فيشمله دليل رفع ما استكروهوا عليه.

و فيه: اولاً: ان الاكراه لا يقتضى الفساد كي يعارض ما يقتضى الصحة كما تقدم.

و ثانياً: انهما لو تعارضا تساقطا فيرجع الى اطلاقات ادلة امضاء تلك المعاملة أو الايقاع.

ثانيهما: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان الرضا و الاكراه ان وردا دفعةً على المسبب فالفعل مستند اليهما، و الاكراه و ان

لم يقتض الفساد الا ان المقتضى للصحة ايضا لم يتحقق لعدم صدق التجارة عن تراض.

و فيه: ما عرفت من انه لا- دليل على اعتبار الرضا في صحة العقد، و ان الدليل منحصر بما دل على رفع اثر المكروه عليه، و عليه فلا

يحكم بالفساد من هذه الجهة.

و الحق في المقام ان يقال: انه ان لم يصدق صدور العقد عن الاكراه فلا ينبغي التأمل في الصحة لعدم المانع، و ان صدق فيمكن

دعوى ان منصرف دليل رفع ما استكروهوا عليه هو ما لو كان الاكراه سبباً تاماً لصدوره، فلا يشمل المقام.

فالأظهر هي الصحة.

الرابع: ان يكون احدهما سبباً مستقلاً و الآخر ضميمه، فلا كلام في انه يلحقه حكمه، فان كان السبب هو الرضا حكم بالصحة، و ان

كان هو الاكراه حكم بالبطلان.

الخامس: ان يكون الاكراه داعياً على الداعي على الطلاق، اما لاعتقاد ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة فيوطن نفسه على

رفع اليد عن الزوجة فيوقع الطلاق قاصداً، أو لجهله بالحكم الشرعي فزعم ان الطلاق يقع مع الاكراه فيرضى نفسه بذلك و يوطنها

عليه.

فقد حكم المصنف قدس سره بتحقيق الاكراه في هذه الصورة، و خالفه المحقق النائيني قدس سره.

و استدلل للصحة: بانه طلق ناويا و مريدا للطلاق.

ثم احتمل البطلان من جهة ان الاكراه صار علة لإرادة اسم المصدر، فالفعل بالآخرة يستند إليه و ان كان الداعى الثانوى اختياريا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٦

و ان كان الداعى هو الاكراه. فأما ان يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره

بالكسر (١) كمن قال له ولده:

طلق زوجتك و الاقتلتك أو قتلت نفسى، فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعى

على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر أو على المطلقة أو على غيرها ممن يريد نكاح الزوجة لثلا يقع الناس فى محرم، و الحكم

فى الصورتين لا يخلو عن اشكال (٢)

ورده: بان لازمه بطلان اغلب المعاملات، فانها بالآخرة تنتهى الى غير الاختيار.

و الحق ما افاده المصنف كما سيمر عليك بعد التعرض لفرع آخر.

(١) قوله بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر.

لا يخفى ان المصنف تعرض لأمر هنا كان المناسب ذكره فى المحل الذى ذكر مفهوم الاكراه، و نحن ايضا غفلنا عن ذكره هناك.

و هو: انه إذا كان الضرر المتوقع به على ترك المكره عليه هو ما يترتب على المكره بالكسر لا المكره - كما لو قال: طلق زوجتك و

الاقتلت نفسى - فهل يصدق عليه الاكراه ام لا؟

(٢) فقد استشكل المصنف قدس سره فى ذلك.

و الحق هو التفصيل، فانه ربما يعد ضرر المكره ضررا للمكره بالفتح، كما لو كان المكره بالكسر هو العبد أو الابن، و المكره بالفتح

هو المولى أو الاب، فان ضرر العبد أو الابن بالقتل يعد ضررا على المولى و الاب، و فى هذا المورد يصدق الاكراه، إذ لا فرق فى

ترتب الضرر المعتبر فى صدقه بين كونه ضررا مع الواسطة أو بلا واسطة، و لذا لو قال الاجنبى بع دارك و الاقتلت ابنك يكون ذلك

اكراها.

و ربما لا يعد ضرره ضررا عليه كما لو كان المكره بالكسر هو الأجنبى و قال طلق زوجتك و الاقتلت نفسى فانه لا يعد ضررا عليه،

فلا يصدق الاكراه.

و من هذا القبيل ما لو كان الداعى على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر كما لو قال الاجنبى طلق زوجتك و الا زنييت بامرأة

اجنبية، فان طلاق زوجته لثلا يقع فعل محرم فى الخارج ليس طلاقا ناشئا عن خوف ترتب الضرر، فلا يصدق عليه انه مكره عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٧

و ان كان الفعل لداعى التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة

(١) لغفلته عن ان التخلص غير متوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق و حصول البيوننة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة و

الاعراض عنها فيوقع الطلاق قاصدا، و هذا كثيرا ما يتفق للعوام،

و قد يكون هذا التوطين و الاعراض من جهة جهله بالحكم الشرعى أو كونه رأى مذهب بعض العامة، فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه

فإذا اكره على الطلاق طلق قاصدا لوقوعه لأن القصد إلى اللفظ، المكره عليه بعد اعتقاد كونه سببا مستقلا فى وقوع البيوننة يستلزم

القصد الى وقوعها، فيرضى نفسه بذلك و يوطنها عليه، و هذا ايضا كثيرا ما يتفق للعوام، و الحكم فى هاتين الصورتين لا يخلو عن

اشكال، الا ان تحقق الاكراه اقرب.

(١) قوله لاجل اعتقاد المكروه ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة.

ما افاده رجوع الى بيان ما هو الحق في المسألة التي محل الكلام بعد التعرض لمسألة اخرى في الوسط، و قد اشرنا الى انه بعد بيان ما عندنا في تلك المسألة نشير الى ما هو الحق في المقام.

الحق تمامية ما افاده المصنف قدس سره فان توطين النفس و ارادة الفعل و اسم المصدر لا ينافي مع الاكراه، بل هذا المعنى ربما يستند الى الرضا و آخر الى الاكراه، و الافع عدم الارادة لا يصدق انه صدر عنه الطلاق عن اكراه، بل لم يصدر عنه، و حديث رفع الاكراه انما يرفع اثر الطلاق الواجد لجميع ما يعتبر فيه سوى انه صدر عن اكراه.

و دعوى انه لو حكم ببطلان ذلك لزم الحكم ببطلان اغلب المعاملات.

غريبة، فانه انما يحكم بالبطلان هنا لحديث رفع الاكراه، و لا ربط ذلك بمسألة الاختيار و عدمه.

فالأظهر هو البطلان في هذه الصورة.

ثم انه لا يهمننا التعرض لما قيل في بيان مراد العلامة قدس سره و ما يمكن ان يورد عليه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٨

ثم ان المشهور بين المتأخرين، أنه لو رضى المكروه بما فعله صح العقد (١)

بل عن الرياض تبعا للحدائق ان عليه اتفاقهم، لانه عقد حقيقي فيؤثر اثره مع اجتماع باقى شرائط البيع و هو طيب النفس.

و دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد (٢) خالية عن الشاهد مدفوعة،

بالاطلاقات و اضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد (٣) اللازم، منه عدم كون عقد الفضولي عقدا حقيقة و اضعف من الكل،

دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده (٤) اللازم، منه عدم صحة بيع المكروه بحق، و كون اكراهه على العقد تعديلا لا لتأثير

فيه. و يؤيده فحوى صحة عقد الفضولي حيث ان المالك طيب النفس بوقوع اثر العقد، و غير منشى للنقل بكلامه و امضاء انشاء الغير

ليس الا طيب النفس بضمونه، و ليس انشاء مستأنفا، مع انه لو كان، فهو موجود هنا. فلم يصدر من المالك هنالك الا طيب النفس

بانتقاله متأخرا عن انشاء العقد و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، و هو انشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من ان عقده

انشاء حقيقي و توهم ان عقد الفضولي واجد لما هو به مفقود

لو تعقب الرضا عقد المكروه

(١) قوله المشهور بين المتأخرين: انه لو رضى المكروه بما فعله صح العقد.

قد مر في اول هذا المبحث ان محل الكلام هو العقد الجامع لجميع ما يعتبر فيه من قصد اللفظ و المعنى و الجد و غير ذلك، و عليه

فالاستدلال للبطلان، بعدم قصد المكروه للفظ، أو عدم قصده للمعنى، أو عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج في غير محله.

و قد استدلل لعدم صحة العقد بلحوق الرضا بوجوه.

(٢) منها اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد.

(٣) و منها اعتبارها في مفهوم العقد.

(٤) و منها اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده.

و منها غير ذلك مما ذكره المصنف قدس سره في المتن و اجاب عنها.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٩

هنا و هو طيب نفس العاقد بما ينشئه مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له لا فى صدق العقديّة إذ يكفى فيه مجرد قصد الانشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه،

و لا فى النقل و الانتقال لعدم مدخلية غير المالك فيه، نعم لو صح ما ذكر سابقا من توهم ان المكروه لا قصد له الى مدلول اللفظ اصلا و انه قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصوت، كما صرح به بعض صح انه لا يجدى تعقب الرضا إذ لا عقد حينئذ، لكن عرفت سابقا انه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى فراجع.

فظهر مما ذكرنا: ضعف وجه التأمل فى المسألة كما عن الكفاية و مجمع الفائدة تبعا للمحقق الثانى فى جامع المقاصد، و ان انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى: (الا ان تكون تجارة عن تراض) الدال على اعتبار كون العقد عن التراضى (١) مضافا إلى النبوى المشهور الدال على رفع حكم الإكراه مؤيدا بالنقض بالهازل، مع انهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا، و الكل كما ترى لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضى اما بمفهوم الحصر و أما بمفهوم الوصف و لا حصر كما لا يخفى لان الاستثناء منقطع غير مفرغ (٢) و مفهوم الوصف، على القول به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما فى (ربائبكم اللاتي فى حجوركم) و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعه و سيجىء زيادة

بل عمدة الوجه للبطلان فى مقابل الاطلاقات و العمومات الدالة على صحة معاملة المكروه امران.

(١) الاول: قوله تعالى: (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) «١».

بتقريب: انه يدل على انحصر التجارة الممضاة بما إذا كانت ناشئة عن الرضا،

و من المعلوم ان عقد المكروه و ان لحقه الرضا ليس عقدا عن الرضا، بل هو عقد و رضا.

(٢) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بان الاستدلال ان كان بمفهوم الحصر.

فيرده: ان الاستثناء منقطع غير مفرغ.

و اورد عليه بايرادات:

(١) النساء، ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٦٠

...

الأول: ان المنقطع لا ينقسم الى قسمين مفرغ و غير مفرغ، فانه إذا كان مفرغا يكون متصلا لا منقطعا، مثلا إذا قال ما جاءنى الا حمار يقدر المستثنى منه ما يشمل الحمار ايضا، إذ لا داعى الى تقدير لفظ القوم حينئذ.

و فيه: انه يمكن ان يكون المستثنى منه المقدر منقطعا كما إذا قيل هل جاءك القوم فقال ما جاءنى الا حمار إذ المقدر فى الجواب هو المسئول عنه، و الظاهر ان غرض الشيخ قدس سره ان الاستثناء منقطع مذکور، فلا يحتمل فيه الاتصال.

الثانى: ان الاستثناء المنقطع يرجع الى المتصل فى اللب، إذ لا بد من ان يكون المراد من المستثنى منه ما يشمل المستثنى، و الا فلا يصح الاستثناء، مثلا يكون المراد من ما جاءنى القوم و من يرتبط بهم، و الشاهد على ذلك انه لا يصح ان يقال ما جاءنى زيد الا- عمرو، و ايضا لا يصح ان يقال ما جاءنى القوم الا حمار إذا لم يكن الحمار متعلقا بهم، و على ذلك فجميع الاستثناءات المنقطعة ترجع الى المتصل فتدل على الحصر.

و فيه: اولاً: ان الاستثناء لا يقتضى الدخول حقيقة، بل ربما يكون المصحح توهم الدخول كما فى قوله تعالى: و سجد الملائكة كلهم

اجمعون الا ابليس فانه حيث كان بينهم- و ان لم يكن منهم- يتوهم الدخول فى الحكم، فلذا اخرج، و عليه فكون الا بمعنى الاخراج لا يقتضى رجوع المنقطع الى المتصل.

و ثانيا: ان ارجاع المنقطع الى المتصل لا وجه له سوى التحفظ على ظهور كلمة الا فى الاخراج، و ان حملها على لكن خلاف الظاهر، و للمنع عن ظهورها فى ذلك بنحو تصلح قرينة للتصرف فى المستثنى منه بحمله على خلاف ظاهره بارادة الاعم مجال واسع، و لا أقل من الاجمال.

الثالث: ان المراد بالبطل فى الآية الشريفة هو الباطل الشرعى، و الغرض بيان كون كل اكل باطلا- الا التجارة عن تراض، فيكون المعنى: لا- تأكلوا اموالكم بينكم بوجه من الوجوه فان كل وجه باطل الا التجارة عن تراض، فذكر الباطل لبيان علة الحكم، و عليه فالاستثناء فى الآية الشريفة يكون متصلا.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٦١

توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضى فى بيع الفضولى.

و أما حديث الرفع ففيه: اولا ان المرفوع فيه هى المؤاخذه و الاحكام المتضمنة لمؤاخذه المكره، و الزامه بشىء (١) و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى ان له أن يرضى بذلك، و هذا حق له لا عليه. نعم قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ، و هذا إلزام لغيره و الحديث لا يرفع المؤاخذه و الإلزام عن غير المكره كما تقدم.

و أما الزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو من توابع الحق الثابت له بالا-كراه، لا- من احكام الفعل المتحقق على وجه الاكراه، ثم ان ما ذكرنا واضح

و فيه: انه خلاف الظاهر، إذ الظاهر منه كون الباطل موضوعا لا علة للحكم، و ايضا الظاهر منه ارادة الباطل العرفى.

فالحق تمامية جواب المصنف قدس سره.

و يرد عليه- مضافا الى ذلك- ان المراد من التجارة ليس هو العقد كى يعتبر ان يكون عن الرضا، بل المراد بها الكسب و الاكتساب، و هو لا يحصل شرعا الا بعد الرضا، فيكون تجارة عن تراض.

الامر الثانى: حديث الرفع «١».

بتقريب: انه يدل على رفع اثر ما استكرهوا عليه تكليفا كان ام وضعيا، فاثبات التأثير للعقد الصادر عن اكراه- و لو كان على سبيل جزء العلة كما يقوله القائل بصحة عقد المكره إذا تعقبه الرضا- خلاف مقتضى الحديث.

و اجاب عنه المصنف قدس سره باجوبة.

(١) الاول: ما ظاهره: ان حديث الرفع بمقتضى وروده فى مقام الامتتان يختص بالآثار التى تكون على المكره، و لا يشمل الاثر الذى له، و لا الأثر المتوجه الى غيره،

و عليه فحيث ان الحكم بوقوف عقد المكره على الرضا و ان له ان يرضى و له ان لا يرضى،

حكم له لا عليه، و الزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ الزام

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و ما يناسبه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٦٢

لغيره، و معنى صحه عقده ان رضى هو ذلك فلا تكون الصحه بهذا المعنى مشموله للحديث.

و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ما عن السيد الفقيه و المحققين النائيني قدس سره و الاصفهاني، و هو: ان الحديث لو سلم انه لا يرفع الاثر الذى للمكره، فانما يختص بالاثر الثابت للعقد لو لا حديث رفع الاكراه، و أما الاثر الثابت له بعد وروده فلا يصلح الحديث لرفعه، و الصحه بمعنى وقوفه على الرضا حكم يثبت بعد ورود حديث الرفع، إذ مع قطع النظر عنه اثر العقد هو فعلية التأثير لا وقوفه على الرضا، فلا يصلح حديث الرفع لرفعه و لا نظر له إليه.

و فيه: أنه يمكن توجيه كلامه بنحو لا يرد عليه هذا الايراد.

و حاصله: ان اثر العقد هو الملكيه من حين العقد الى الابد، و إذا كانت حديث الرفع مختصا بما فى رفعه منه يرتفع مقدار من الملكيه الذى يكون ثبوته منافيا للامتنان و هو الملكيه قبل الرضا، و أما الملكيه بعد الرضا- التى هى اثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع- فحيث انه لا امتنان فى رفعها فهى لا ترتفع بالحديث.

و بالجملة: المرفوع بالحديث انما هو مقدار من الملكيه التى هى باجمعها اثر العقد،

و يكون فى رفعه منه، و أما المقدار الذى لا منه فى رفعه- و هى الملكيه بعد الرضا فلا يكون مرفوعا بالحديث.

الايراد الثانى: ما اوردته السيد الفقيه قدس سره و المحقق النائيني قدس سره، و هو: أن المرفوع لا يختص بالآثار المتعلقة بالمكره، بل المرفوع مطلق الآثار.

و فيه: ان الآثار المتعلقة بغير المكره على قسمين: قسم منها مترتب على الآثار المتعلقة بالمكره، نظير ما لو اكره على النكاح فواقع النكاح عن كره، فانه يكون عدم جواز تزويج الغير لتلك المرأة و كون الزنا معها زنا بذات البعل، و نحو ذلك مترتبة على زوجية تلك المرأة للمكره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦٣

على القول بكون الرضا ناقلا، و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل. و ثانيا أنه يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكره عليه لو لا الاكراه (١) يرتفع عنه إذا وقع مكرها عليه، كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان ايضا، و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأن اثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه السببية المستقلة لنقل المال. و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الاكراه و هذا الاثر الناقص المترتب عليه مع الاكراه، حيث انه جزء العلة التامة للملكيه لم يكن ثابتا للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه.

و بعبارة اخرى اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث، و المدعى ثبوته للعقد بوصف الاكراه هو وقوفه على رضا المالك. و هذا غير مرتفع بالاكراه لكن يرد (٢) على هذا ان مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره و وقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع الى اصالة الفساد، و بعبارة اخرى ادلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة، فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكما عليه

و قسم منها يكون مترتبا على ذلك الفعل مستقلا، نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه و بين المكره، حيث انه مترتب على العقد مستقلا. و ما ذكره يتم فى القسم الاول دون الثانى- فتدبر.

فظهر ان هذا الجواب متين.

(١) الجواب الثاني: ان الحديث انما يرفع الاثر المترتب على المكروه عليه لو لا الاكراه، و أما الاثر الثابت له بوصف الاكراه فلا يدل الحديث على رفعه، و هو واضح،
و الاثر الثابت للعقد- مع قطع النظر عن الاكراه- السببية المستقلة و المدعى ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك، و هذا غير مرتفع بالاكراه.

(٢) و اورد على نفسه: بان اثر العقد الثابت له بمقتضى الاطلاقات هو السببية التامة المرفوعة بالحديث، و ثبوت السببية الناقصة يحتاج الى دليل آخر مفقود، فيرجع
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦٤

مقيدا له فلا ينفع اللهم إلا أن يقال إن الاطلاقات المقيدة للسببية مقيدة (١) بحكم الأدلة الاربعة المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس، بالبيع المرضي به سبقه الرضا أو لحقه و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها إذ البيع المرضي به سابقا لا يعقل عروض الاكراه له. و أما المرضي به بالرضا اللاحق فإنما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف، و هو أصل البيع و لا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلة الاربعة مدخيلة الرضا في تأثيره و وجوب الوفاء به، فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه، و الرضا به لاحقا و لازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام. و هذا لا يرتفع بالاكراه لأن الاكراه مأخوذ فيه بالفرض كما ترتفع السببية المستقلة. و هذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا أو كاشفا إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه. و على الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا، و كيف كان فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا- يترتب عليه إلا- كونه جزء المؤثر التام. و هذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه، و من الرضا أو وصف تعقبه له فتأمل.

الى اصالة الفساد.

(١) و اجاب عنه: بان المطلقات قيدت بمقيد آخر غير حديث الرفع بالرضا في مرتبة سابقة على الحديث، فيكون الاستفادة منها- بعد الجمع- ان العقد المرضي به بالرضا السابق أو اللاحق يكون مؤثرا، و لا حكومة للحديث على ذلك، إذ البيع المرضي به بالرضا السابق لا يعقل عروض الاكراه عليه، و أما المرضي به بالرضا اللاحق فهو مع هذا القيد لا يعرضه الاكراه، و بدونه و ان كان يعرضه الا انه لا أثر له، إذ كونه جزء المؤثر عقلي قهري يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضي به، و على هذا فالمطلقات المقيدة بما دل على اعتبار الرضا الاعم من السابق و اللاحق دليل صحة هذا العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦٥

بقي الكلام في ان الرضا المتأخر ناقل أو كاشف

مقتضى الاصل و عدم حدوث حل مال الغير الا عن طيب نفسه هو الاول الا ان الاقوى بحسب الادلة النقلية هو الثاني كما سيجيء في مسألة الفضولي، و ربما يدعى أن مقتضى الأصل هنا. و في الفضولي هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما افاده من نقل الملك حين صدوره فامضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتب الآثار عليه لا يكون الا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل.

و فيه ان مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل، الا ان إنشاءه لما كان في زمان التكلم فإن كان ذلك الانشاء مؤثرا في نظر الشارع في زمان التكلم

يرد عليه امور:

احدها: ما تقدم من انه لو لا دليل رفع ما استكرهوا عليه لما كان دليل على اعتبار الرضا فى العقد.
ثانيها: ان الجزئية للمؤثر و ان كانت غير مجعولة الا انها مجعولة بتبع جعله جزء المؤثر، و هو قابل للرفع.
ثالثها: انه على هذا لا يكون حديث الرفع من الادلة فى هذا المبحث.
فالحق عدم تمامية هذا الجواب.

نعم جوابه الأول تام.

و يمكن ان يجاب عن هذا الوجه بجواب آخر، و هو:

ان الآثار انما يترتب على المنشآت لا الإنشاءات، و هى امور باقية اعتبارا، فلها حدوث و بقاء، و من الواضح ان المرفوع انما هو المكروه عليه بهذا العنوان كما هو الشأن فى جميع العناوين المأخوذة فى الموضوعات، فما دام يكون الاكراه باقيا لا يترتب عليه الاثر، و إذا تبدل الى الرضا فهو يكون مؤثرا بقاء.

و نظير ذلك ما لو اكره الجنب على الجلوس فى المسجد، فانه ما دام بقاء الاكراه ترتفع الحرمة، فإذا تبدل الى الرضا يحرم جلوسه بقاء.

فتحصل ان الأظهر ما هو المشهور من صحة عقد المكروه إذا تعقبه الرضا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٦٦

حدث الاثر فيه و ان كان مؤثرا بعد حصول امر حدث الأثر بعده، فحصول النقل فى نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر فى الحكم و لذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول، أو بعد القبض فى الصرف و السلم و الهبة أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ، غير مناف لمقتضى الايجاب، و لم يكن تبعية فى مقتضاه بالنسبة الى الازمنة. (١)

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك، و ان كان بعد الرضا الا ان حكمه بذلك لما كان من جهة امضائه للرضا بما وقع، فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله، قلت: المراد هو الملك شرعا، و لا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك، و سيأتى توضيح ذلك فى بيع الفضولى ان شاء الله تعالى و ان شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه و ان كان حلا للعقد السابق و جعله كأن لم يكن، الا انه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ، لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه. ثم على القول بالكشف هل للطرف الغير المكروه أن يفسخ قبل رضا المكروه أم لا؟ يأتي بيانه فى الفضولى إن شاء الله.

(١) سيأتى الكلام على ذلك مستوفى فى مبحث الفضولى فلا فائدة فى البحث هنا.

ثم الجزء الثالث من كتابنا منهاج الفقاهة و يتلوه الجزء الرابع من اول بيع الفضولى و الحمد لله اولا و آخرا.

الجزء الرابع

[مقدمة المؤلف]

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»

الحمد لله على ما أولانا من التفقه فى الدين و الهداية الى الحق، و افضل صلواته و اكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، و على آله العلماء بالله الامناء على حاله و حرامه، سيما بقية الله فى الارضين ارواح من سواه فداه.

و بعد.

فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا الى طبعه،
و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات فانه ولي التوفيق.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥

[تنمة كتاب البيع]

[تنمة الكلام فى شروط المتعاقدين]

مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع

إشارة

(١) فعقد الفضول لا يصح اى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.
و هذا مراد من جعل الملك و ما فى حكمه شرطاً، ثم فرع عليه بأن بيع الفضولى موقوف على الاجازة، كما فى القواعد، فاعترض
جامع المقاصد عليه بأن التفريع فى غير محله، لعله فى غير محله، و كيف كان، فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولى التى هى من اهم
المسائل، فنقول: اختلف الاصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى بل مطلق عقده بعد اتفاهم على بطلان ايقاعه (٢) كما فى غاية المراد
على اقوال

بيع الفضولى

إشارة

(١) قوله و من شروط المعتقدين ان يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع.
و تنقيح القول بالبحث فى مواضع و قبل الشروع فيها لا بد من التنبيه على جهات:
الاولى: ان الكلام فى المقام ليس فى ترتب اللزوم على عقد الفضولى و عدمه، بل فى صحته الفعلية و عدمها، و انه هل يترتب عليه
الاثرام لا؟ فما فى المكاسب من تفسير عدم صحته بعدم ترتب اللزوم على عقده كانه سهو من قلمه الشريف.
(٢) الجهة الثانية: ان المصنف قدس سره ارسل عدم جريان الفضولى فى الايقاعات ارسال المسلمات، و نقل دعوى الاجماع عليه من
غاية المراد.
و الحق ان يقال: انه ان بنينا على بطلان الفضولى على القاعدة فى العقود و خرجنا عنها لدليل خاص فلا يصح ايقاع الفضولى لعدم
الدليل.

و أما بناء على صحته مع الاجازة على القاعدة فلا وجه لما افاده، و ذلك لانه لم يذكر دليلاً على بطلان ايقاعه عموماً سوى الاجماع.
و يرد عليه: اولاً: انه غير ثابت، بل المتتبع يقف على شواهد يطمئن بعدمه، فان ظاهر جمع منهم و صريح آخرين البناء على صحته مع
الاجازة فى جملة من الموارد كالوصية بما زاد على الثلث بناء على انها ايقاع، و عتق الراهن العبد المرهون، و عتق
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦

و المراد بالفضولي (١) كما ذكره الشهيد هو الكامل الغير المالك للتصرف و لو كان غاصبا. و فى كلام بعض العامة انه العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه، و قد يوصف به نفس العقد و لعله تسامح و كيف كان فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون اذن الولي، و من المالك إذ لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دل على المنع من نكاح الباكرة بغير اذن وليها، و حينئذ فيشمل بيع الراهن و السفية و نحوهما، و بيع العبد بدون اذن السيد، و كيف كان فالظاهر

المرتهن اياه و غير ذلك من الموارد، و لذا قال فى الجواهر: بل عرفت مما قدمناه جريانه فى العقود و غيرها من الافعال كالقبض و نحوه و الاقوال التى رتب المشارع عليها الاحكام الا ما خرج بالدليل كما اومئ إليه فى شرح الاستاد.

و ثانيا: انه لو ثبت فليس اجماعا تعديا كاشفا عن رأى المعصوم فلا يستند إليه

(١) الثالثة: ان الفضول جمع الفضل، و هو فعل ما لا يعنى بالشخص و لا يهّمه،

و الفضول من الجموع التى جاءت بمعنى المفرد إذا استندت الى الشخص، فهو يطلق على من يعمل عملا لا يهّمه و غير مربوط به. و ليس له فى الاصطلاح معنى خاص، بل هو عبارة عن يعامل معاملة لا يكون مالكا لها، اما لعدم مالكيته للعين التى هى مورد المعاملة كبيع مال الغير، أو لتعلق حق الغير بالعين كالمرهون، أو لمنع الشارع عنها الا باذن شخص خاص كنكاح بنت الاخ، حيث انه يعتبر فى صحته اذن عمته لو كانت زوجته.

و يترتب على ما ذكرناه امران:

احدهما: ان الاولى التعبير ببيع الفضولي بنحو الاضافة لا البيع الفضولي بنحو التوصيف.

ثانيهما: ان مراد المصنف قدس سره بقوله ان يكونا مالكين ان كانت مالكيتهما للتصرف اغنى عن ذكر قسيمه، و ان كانت مالكيتهما للعين فيرد عليه: ان مجرد ذلك لا يكفى مع عدم مالكيتهما للتصرف لتعلق حق الغير مثلا بما هو مورد المعاملة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٧

شموله لما إذا تحقق رضاء المالك للتصرف باطنا و طيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحا أو فحوى (١) لأن العاقد لا يصير مالكا للتصرف، و مسلطا عليه بمجرد علمه برضاء المالك. و يؤيده اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكا أو مأذونا أو وليا و فرعوا عليه بيع الفضولي.

و يؤيده ايضا استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي مع ان الظاهر علمه برضاء النبي صلى الله عليه و آله بما يفعله، و ان كان الذى يقوى فى النفس لو لا خروجه عن ظاهر الاصحاب عدم توقفه على الاجازة اللاحقة، بل يكفى فيه رضا المالك المقرون بالعقد،

(١) هذه هى الجهة الرابعة: و هى انه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرون برضا المالك من دون اذن منه صريحا أو فحوى كما هو المنسوب الى ظاهر الاصحاب.

ام لا يشمل بل يكفى مجرد رضاه فى صحة العقد و ترتب اثره كما اختاره المصنف قدس سره،

ام يفصل بين ما إذا كانت الاجازة لتحقق استناد العقد الى من يملك التصرف حتى يكون العقد عقده فلا يكفى، و بين ما إذا كانت لجهة اخرى كالعين المرهونة إذا باعها مالكا،

فان اجازة المرتهن ليست لاجل تحقق استناد العقد إليه بل لان العين وثيقته كما اختاره السيد الفقيه. و جوه، و قد استدلل للثانى بوجوه:

الأول: عموم وجوب الوفاء بالعقود «١».

و اورد عليه جمع منهم المحقق النائيني قدس سره: بان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى التوزيع، اى كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده، و عقد الفضولى لا يكون عقد المالك بمجرد رضاه، لان كونه عقدا له يتوقف على مباشرته أو نيابة الغير عنه بالاذن أو الاجازة بعد صدور العقد من الفضولى. و فيه: اولاً: ان هذا لو تم لاقتضى البناء على القول الثالث لا الأول.

و ثانياً: انه لا- يتم، فان المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه انه اوجد العقد، لانه لا يصدق مع الاجازة، بل مع الاذن الذى حقيقته الترخيص، و اظهار الرضا

(١) المائدة، ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٨

سواء علم به العاقد أو انكشف بعد العقد حصوله حينه أو لم ينكشف اصلاً، فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالى امضاء ما رضى به، و بترتيب الآثار عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقود و قوله تعالى: الا ان تكون تجارة عن تراض (١) و لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه (٢) و ما دل ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته، اقرار منه، و روايه عروة البارقي الآتية حيث قبض المبيع و قبض الدينار لعلمه برضاء النبي صلى الله عليه و آله و لو كان فضولياً موقوفاً على الاجازة لم يجز التصرف فى المعوض و العوض، بالقبض و الاقباض و تقرير النبي صلى الله عليه و آله له على ما فعل، دليل على جوازه، هذا مع ان كلمات الاصحاب فى بعض

به لتوقف صدقه على كون الفعل صادراً عنه بالمباشرة أو التسبيب و شىء منهما ليس فى مورد الاذن، فضلاً عن الاجازة، بل المراد منه هو الاستناد، بمعنى انه عقده و بيعه كما هو الظاهر من الآية الشريفة، فان ظاهر قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عقودكم لا ما عقدتم، و عليه فهذا المعنى من الاستناد كما يتحقق بالاجازة- التى حقيقته اظهار الرضا بما وقع- يتحقق بالرضا به.

و بالجملة: المعنى المصدري لا يستند الى المجيز و لا إلى الراضى، بل و لا إلى الاذن،

و المعنى الاسم المصدري ينسب إليه بمجرد الرضا.

و دعوى ان الاجازة التزام بالعقد و لذا لا يصح من غير المالك بخلاف الرضا و لذا يصح رضا الأجنبي بالعقد. مردودة، لان الالتزام بالعقد لا أتصور له معنى سوى الرضا به.

و بما ذكرناه ظهر صحة الاستدلال ب) احل الله البيع، «١» و لا يرد عليه ما اورده جمع من ان البيع- لا سيما المعنى المصدري منه- لا ينتسب الى المالك بمجرد الرضا.

(١) الثانى: مما استدل به المصنف قدس سره قوله تعالى) تجارة عن تراض «٢»

و اورد عليه بما اورده على سابقه، و الجواب الجواب.

(٢) الثالث: ما دل على انه لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه «٣».

(١) البقرة، ٢٧٥.

(٢) النساء، ٢٩.

(٣) راجع الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى و المستدرک ج ١ ص ٢١٢ و فروع الكافي ج ١ ص ٢٦

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٩

المقامات يظهر منه خروج هذا الفرض عن الفضولى، و عدم وقوفه على الاجازة،

مثل قولهم في الاستدلال على الصحة ان الشرائط كلها حاصلة الا رضا المالك،

وقولهم ان الاجازة لا- يكفى فيها السكوت، لأنه اعم من الرضا ونحو ذلك، ثم لو سلم كونه فضوليا ليكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الاجازة لأنه لا دليل على توقفه مطلقا على الاجازة اللاحقة، كما هو احد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه، مع انه يمكن

وفيه: ما تقدم من انه في مقام بيان شرط الحلية التكليفية، ولا كلام في انه يشمل الرضا النفساني، مع انه انما يدل على اعتبار الرضا لا على كفايته، والفرق واضح.

الرابع: ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته اقرار منه «١».

و اورد عليه جمع من الاساطين: بان السكوت عن مثل النكاح له خصوصية وهي كاشفيته النوعية عن الرضا.

وفيه: ان هذه الخصوصية لا تنكر، الا انها لا توجب الفرق بين هذا الرضا المستكشف بالقرينة النوعية و الرضا المستكشف من قرينة خاصة.

وبالجملة: غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا، فلو لم يكن الرضا كافيا لم يكن ذلك مجديا. وبذلك يظهر صحة الاستدلال بما دل على كفاية سكوت الباكرة.

الخامس: رواية عروة البارقي، «٢» و سيأتى الكلام فيها مفصلا، ويمكن الاستدلال له مضافا الى ذلك كله بصحيح الحميري الآتى: الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكةا أو بامر أو رضا منه «٣».

فتحصل: ان الأظهر هو ما ذهب إليه المصنف قدس سره.

وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الأول و الجواب عنه.

و دعوى ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

(٢) المستدرک باب ١٨ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٨.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠

الاكتفاء في الاجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات (١) ثم انه لو اشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحا أو بيعا، مع العلم برضا السيد، و لو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

[صور بيع الفضولي]

إشارة

ثم اعلم ان الفضولي قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، و قد يسبقه المنع

فهنا مسائل ثلاث:

الاولى: ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك

إشارة

و هذا هو المتيقن من عقد الفضولي

و المشهور الصحة. [و أدلتهم]

بل فى التذكرة نسبة إلى علمائنا تارة صريحا و اخرى ظاهرا بقوله عندنا إلا أنه ذكر عقيب ذلك إن لنا فيه قولاً بالبطلان. و فى غاية المراد: حكى الصحة عن العماني و المفيد و المرتضى و الشيخ فى النهاية و سلالر و الحلبي و القاضي و ابن حمزة، و حكى عن الاسكافي و استقر عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين، و بعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي و السيد الداماد و بعض متأخري المحدثين

العقود و الايقاعات.

مندفعة بان ذلك انما هو فى المؤثر و هو العقد دون الشروط، و لا ريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت. كما انه ظهر مدرك القول الاخير، فانه استدلل لعدم الاكتفاء به فى معاملة غير المالك بما تقدم، و لكفايته فى معاملة المالك بان اعتبار اجازة ذى الحق ليس لاجل تحقق الاستناد بل لاعتبار رضاه، و قد عرفت الجواب عنه.

(١) و فيه ان اكتفينا فى الاجازة بالرضا اكتفينا به فى الاذن بطريق اولي

بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق المنع

إذا عرفت هذا فاعلم: ان الفضولى قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه، و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك و قد يسبقه المنع فها هنا مسائل ثلاث:

الأولى: ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، و هذا هو المتيقن من عقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١

لعموم ادلة البيع و العقود (١) لأن خلوه عن اذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه، و اشتراط ترتب الاثر بالرضا و توقفه عليه ايضا لا مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام الا فى اشتراط سبق الاذن، و حيث لا دليل عليه، فمقتضى الاطلاقات عدمه، و مرجع ذلك كله الى عموم حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد، خرج منه العارى عن الاذن و الاجازة معا، و لم يعلم خروج ما فقد الاذن و لحقه الاجازة،

الفضولى، و المشهور الصحة، بل عن التذكرة: نسبتة الى علمائنا تارة صريحا و اخرى ظاهرا بقوله عندنا، الا انه ذكر عقيب ذلك: ان لنا فيه قولاً بالبطلان.

و فى المكاسب: و استقر عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي و السيد الداماد و بعض متأخري المحدثين و مراد صاحب الحدائق و حيث ان القائلين بالصحة منهم من استند الى القاعدة و منهم من استند الى النص فالأقوال فى المسألة ثلاثة:

الأول: الصحة على القاعدة.

الثانى: الصحة بواسطة النص.

الثالث: البطلان.

ذهب الى كل جمع.

(١) وقد استدلل المصنف قدس سره للاول: بان مقتضى العمومات مثل (أوفوا بالعقود (و) احل الله البيع (و غيرهما ترتب الاثر على كل عقد، وقد قيد ذلك بما دل على اشتراط ترتب الاثر بالرضا و توقفه عليه، و المتيقن من ذلك الجامع بين الرضا السابق و اللاحق، فالعقد الملحق بالرضا يشك في ترتب الاثر عليه فيرجع الى العمومات المقتضية لذلك.

و فيه: اولاً: انه بناء على ما اسسه في الاصول- من انه إذا فرض خروج بعض الافراد في بعض الأزمنة عن العموم و لم يكن للدليل ذلك العموم عموم ازماني بعد ذلك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢

و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنه عقد صدر عن اهله في محله، فما ذكره في غاية المراد: من انه من باب المصادر لم اتحقق وجهه، لأن كون العاقد اهلاً للعقد من حيث أنه بالغ عاقل لا كلام فيه، و كذا كون المبيع قابلاً للبيع فليس محل الكلام إلا خلو العقد عن مقارنة اذن المالك و هو مدفوع بالاصل، و لعل مراد الشهيد ان الكلام في اهلية العاقد،

الزمان المخرج بالنسبة الى ذلك الفرد، لا يصح التمسك بالعموم، بل لا بد من الرجوع الى الاستصحاب- لا وجه لتمسكه بالعمومات في المقام، إذ خرج عنها العقد قبل لحوق الاجازة، لانه لم يقل احد بوجود الوفاء عليه بان يجيزه، فبعد الاجازة يشك في انه يجب الوفاء به و يترتب عليه الاثر ام لا، فحيث انه ليس لها عموم ازماني فلا مورد للتمسك بها بل يتعين الرجوع الى الاستصحاب المقتضى لعدم ترتب الاثر.

و ثانياً: ان المستفاد من الادلة- بحسب المتفاهم العرفي كما تقدم- لزوم انتساب العقد و المعاملة الى المالك و ليس مفادها لزوم الوفاء بكل عقد.

و بالجملة: ان المستفاد منها وجوب وفاء كل شخص بعقد نفسه، فليس الموضوع كل عقد كي يصح التمسك بالعموم مع عدم الانتساب، و قد اعترف قده بذلك في مبحث الاجازة، قال: ان وجوب الوفاء بالعقد تكليف الى العاقدين، و من المعلوم ان المالك لا يصير عاقداً أو بمنزله الا بعد الاجازة، فلا بد من تنقيح ذلك و انه هل ينسب العقد و المعاملة الى المالك بمجرد الاجازة ام لا، و قد تقدم تقريب اضافته إليه بالاجازة في الحاشية السابقة، و حاصله: ان المعتبر انما هو استناد المسببات لا الأسباب و هي تستند إليه بالاجازة.

و على هذا البيان لا يرد ما اورده اولاً على المصنف، فان العقد قبل الاجازة لا يكون مشمولاً للعمومات، لا انه مشمول لها و خارج عنها للمخرج.

و اورد السيد الفقيه قدس سره على هذا الوجه: بان الاجازة لا تغير ما وقع عليه بحيث تنقلب النسبة، ألا ترى انه لو امر بضرب احد فضرب يصدق انه ضربه، و لكن لو ضربه احد و اطلع هو عليه بعد ذلك فرضى به لا يصدق انه ضربه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣

و يكفى في اثباتها العموم المتقدم، و قد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي (١) حيث دفع إليه النبي صلى الله عليه و آله ديناراً، و قال له: اشتر لنا به شاءً للاضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع احدهما في الطريق بدينار فأثنى النبي صلى الله عليه و آله بالشاء و الدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله بارك الله لك في صفقة يمينك، فإن بيعه وقع فضولاً و ان وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي، (٢) هذا، و لكن لا يخفى ان الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي

و فيه: ان ما ذكره قدس سره يتم في الموجودات التكوينية الخارجية كالضرب و الاسباب في باب العقود و الايقاعات، و لذا ذكرنا انها

لا تستند إليه بالاجازة، ولا يتم في الموجودات الاعتبارية وهي المسببات في المقام فانها تستند إليه بالاجازة فتشملها العمومات. فتحصل: ان مقتضى العمومات صحة الفضولي.

و يمكن ان يستدل لها بالسيرة العقلانية بضميمة عدم ردع الشارع الاقدس عنها.

و أما ما افاده المحقق الايرواني قدس سره في وجه الصحة بان الاجازة بنفسها انشاء من قبل المجيز فمع انشاء الاصيل هو عقد تشمله العمومات.

فيرد عليه: انه على هذا عقد فاقد للتوالي بين الايجاب و القبول و مقدم قبوله على ايجابه فيما إذا كان الاصيل مشتريا، فالحق ما ذكرناه. ثم انه قد استدلل لصحة الفضولي بالادلة الخاصة:

(١) احدها: ما تضمن قضية عروة البارقي، المذكور في المتن «١». فان شراءه و بيعه وقعا فضولين.

(٢) و قد افاد المصنف قدس سره انه يمكن توجيه شراءه بنحو يخرج عن الفضولية. و لم يذكر التوجيه، و افيد فيه امور:

منها: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه مسبوق بالاذن الفحوى، حيث ان اذنه بشراء شاء بدينار يقتضى اذنه و رضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق اولي.

(١) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤

توضيح ذلك ان: الظاهر علم عروة برضا النبي صلى الله عليه و آله بما يفعل. (١) و قد اقبض المبيع و قبض الثمن و لا-ريب ان الاقباض و القبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفا في مال الغير، فلا بد أما من التزام إن عروة فعل الحرام في القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبي صلى الله عليه و آله. و أما من القول بأن البيع الذي يعلم بتعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الاجازة، بناء على كون الاجازة كاشفة و سيجيء ضعفه، فيدور الامر بين ثالث و هو جعل

و فيه: انه ان كان النبي صلى الله عليه و آله اعد دينارا لصرفه في شراء الشاة كان هذا متينا، و لكنه صلى الله عليه و آله انما اراد شاة واحدة للضحية، و معه لا سبيل الى دعوى الاذن الفحوى كما لا يخفى.

و منها: ما افاده السيد الفقيه، و هو: ان المراد جنس الشاة الصادق على الواحد و المتعدد.

و فيه: مضافا الى انه خلاف الظاهر في نفسه، يأباه بيع عروة احدي الشاتين.

و منها: غير ذلك مما هو واضح الدفع.

و لكن يرد على الاستدلال به امران:

الأول: انه ضعيف السند، لأنه مروى من طرق العامة، و عروة لم يوثق، مضافا الى نقل الشيخ قدس سره و العلامة اياه من عرفه، و القدماء من الأصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه لا سبيل الى دعوى عملهم به كي ينجر به ضعف السند.

الثاني: انه يحتمل ان عروة من حيث كونه معدا لخدمة النبي صلى الله عليه و آله كان وكيلا مفوضا في امر البيع و الشراء، فلم يكن بيعه و لا شراؤه فضوليا، و حيث انه قضية في واقعه و لا إطلاق له، فالاحتمال يسقطه عن الاستدلال.

و قد اورد على الاستدلال به المصنف قدس سره بايرادين.

احدهما:

(١) انه حيث كان عروة قبض الثمن و اقبض الشاة، و لا سبيل الى دعوى انه فعل حراما لمنافاته لتقرير النبي صلى الله عليه و آله، و لا إلى جواز التصرف في المبيع ببيع الفضولي قبل الاجازة بناء على كونها كاشفة لا ناقلة لما سيجيء من ضعفه، و لا إلى دعوى علم

عروة برضا النبي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥

هذا الفرد من البيع، و هو المقرون برضا المالك، خارجا عن الفضولي كما قلناه،

ورابع: و هو علم عروة برضاء النبي صلى الله عليه و آله باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن و علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الامانة،

و الا فالفضولي ليس مالكا و لا وكيلا فلا يستحق قبض المال. فلو كان المشتري عالما،

فله ان يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلا. و لكن الظاهر هو اول الوجهين «الاخيرين و هو القول الثالث» كما لا يخفى خصوصا بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة. (١)

و قد تقدم ان المناط فيه مجرد المراضاة، و وصول كل من العوضين الى صاحب الآخر و حصوله عنده باقباض المالك أو غيره و لو كان صيبا أو حيوانا، فإذا حصل التقابض بين الفضولين أو فضولي و غيره مقرونا برضاء المالكين، ثم وصل كل من العوضين الى صاحب الآخر و علم برضاء صاحبه كفى في صحة التصرف، و ليس هذا من معاملة الفضولي لأن الفضولي صار آله في الايصال و العبرة برضاء المالك المقرون به،

صلى الله عليه و آله باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، و علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الامانة. فيتعين البناء على خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن معاملة الفضولي.

وفيه: اولاً- لا- وجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث، إذ لا سبيل له سوى دعوى كون المشتري جاهلا و هو غير ثابت، مع انه لو كان جاهلا يمكن ان يكون دفع الثمن على وجه الاستئمان بان يدفعه على وجه الرضا المطلق، اى على جميع التقادير على انه ان كان مالكا فيما انه مالك، و الا فيما انه امين نعم الشيخ قدس سره لا يحتاج الى اثبات فساده، بل مجرد الاحتمال الرابع يسقطه عن الاستدلال.

و ثانيا: ان المعاملة المقرونة برضا المالك الفعلى خارجة عن الفضولية لا المقرونة بالرضا التقديرى، و المقام من قبيل الثانى.

(١) ثانيهما: ان الظاهر وقوع المعاملة فى مورد الرواية بنحو المعاطاة بين رسول الله صلى الله عليه و آله و مشتري الشاة، و يكون عروة آله محضه فى ايصال العوضين،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦

و استدلل له ايضا تبعا للشهيد فى الدروس (١) بصحيفة محمد بن قيس عن ابي جعفر الباقر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام فى وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب،

فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال:

وليدتى باعها ابني بغير اذنى، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فتاشده الذى اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فما رآه ابوه قال له أرسل ابني قال: لا و الله لا أرسل ابنيك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه، الحديث قال فى الدروس و فيها دلالة على صحة الفضولى (٢) و ان الاجازة كاشفة و لا- يرد عليها شىء مما يوهن الاستدلال بها، فضلا عن ان يسقطه، و جميع ما ذكر فيها

و يكفى فى صحة المعاطاة وصول العوضين الى المالكين مع رضاهما، و ان كان الموصل غير ذى شعور.

وفيه: اولاً- ان ظاهر قوله صلى الله عليه و آله بارك الله فى صفقة يمينك التبريك فى المعاملة الصادرة منه لا على كونه آله فى

ايصال الثمن و المثمن و ثانيًا: ان الكافي على فرض القول به القصد الى انشاء البيع بايصال العوض باى وجه اتفق، و ما هو موجود فى المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير فالصحيح ما ذكرناه.

(١) ثانيها صحيح محمد بن قيس المذكور فى المتن «١»

(٢) و عن الدروس: ان فيه دلالة على صحة الفضولى.

الكلام فيه يقع فى جهتين:

الاولى: فى فقه الحديث.

الثانية: فى دلالة على صحة الفضولى.

اما الاولى: فقد يقال انه مشتمل على احكام لا يمكن الالتزام بها، و لأجل ذلك يرد علمه الى اهله.

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٧

من الموهنات موهونة الا ظهور الرواية فى تأثير الاجازة المسبوقة بالرد (١) من جهة ظهور المخاصمة فى ذلك و اطلاق حكم الامام

عليه السلام بتعين اخذ الجارية. و انها من المالك بناء على انه لو لم يرد البيع و جب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرد (٢)

و مناشدة المشتري للإمام عليه السلام و إلحاحه إليه فى علاج فكاك ولده و قوله حتى ترسل ابني (٣) الظاهر فى انه حبس الولد و لو

على قيمة يوم الولادة و حمل امساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة يتنافيه قوله عليه السلام، فلما رأى

ذلك سيد الوليدة اجاز بيع الولد.

(١) منها: انه يدل على نفوذ الاجازة بعد الرد، و الاجماع قام على عدم نفوذها،

و سيأتى الجواب عن ذلك.

(٢) و منها: حكمه عليه السلام باخذ الوليدة و ابنها من دون تقييد بعدم الاجازة.

و فيه: انه بيان للحكم فى فرض عدم الاجازة.

منها: حكمه عليه السلام باخذ الوليدة و ابنها قبل ان يسمع من المشتري دعواه، و لعله كان يدعى اذن السيد أو رضاه، فكان يتعين

تكليفه باقامة البينة، و مع عدمها ان يكلف السيد بالحلف اورد الحلف كما هو الشأن فى سائر موارد المخاصمات.

و فيه: انه حيث كان نقل ابى جعفر عليه السلام هذه القضية لبيان ان البيع قابل للاجازة، لم تكن وظيفته عليه السلام بيان جميع

الخصوصيات، فلعله لم يكن المشتري مدعيا للاذن أو الوكالة أو الرضا، أو انه انما حكم عليه السلام بذلك بعد تكليفه باقامة البينة.

و منها: حكمه عليه السلام باخذ الولد مع انه حر، إذ الظاهر ان الوطاء كان بالشبهة.

و فيه: ان يمكن ان يكون الاخذ لاجل تعلق حقه به من جهة كونه نماء امته، و ان ابى عن استحقاق القيمة الاعلى تقدير عدم الاجازة

فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الاجازة.

(٣) و منها حكمه باخذ ابن السيد، مع ان غاية الامر كونه غاصبا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٨

و الحاصل ان ظهور الرواية فى رد البيع اولا مما لا ينكره المصنف (١)

الا- ان الانصاف أن ظهور الرواية فى أن أصل الإجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية فى مورد الرواية غير

قابل للانكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينة و هى الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد.

و الحاصل ان مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية، من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولى بالاجازة بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعا فى الحكم الشرعى، كان ظهورها فى كون الاجازة الشخصية فى تلك القضية مسبوقه بالرد مانعا عن الاستدلال بها موجبا للاقتصار على موردها، لوجه علمه الامام عليه السلام مثل كون مالك الوليدة كاذبا فى دعوى عدم الاذن للولد،

فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها الحق

وفيه: انه لاجل صيرورته سببا لتلك الخسارة و غاصبا للثمن لا مانع من ذلك للتوصل به الى حقه.

و منها: تعليمه عليه السلام اياه الحيلة، مع ان وظيفة الحاكم ليست ذلك.

وفيه: اولاً: انه لم يثبت كون ذلك قضاوة، بل لعله كان جوابا عن المسألة و بياناً للحكم الشرعى.

و ثانياً: لم يدل دليل على عدم جواز تعليم الحيلة.

و أما الثانية: فقد اورد على الاستدلال به على صحة بيع الفضولى.

(١) بانه ظاهر فى تأثير الاجازة المسبوقه بالرد، و هو خلاف الاجماع و الكلام فى ذلك يقع فى موردين:

الأول: فى ظهوره فى ذلك.

الثانى: فى انه على فرض الظهور هل يمنع من الاستدلال به على صحة الفضولى ام لا؟ اما الأول: فقد استند المصنف قدس سره فى دعواه تلك الى امور:

احدها: اطلاق حكمه عليه السلام بتعين اخذ الجارية و ابنها من المالك، إذ لو لم يكن رادا للبيع و جب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩

الى صاحبه. اما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الامير عليه السلام فى قوله: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع، و قول الباقر عليه السلام فى مقام الحكاية، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه، فى ان للمالك ان يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه (١) لم يقدح فى ذلك ظهور الاجازة الشخصية فى وقوعها بعد الرد، فيؤول ما يظهر منه الرد بارادة عدم الجزم بالاجازة و الرد، أو كون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك، و كأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم

وفيه: انه مع عدم الاجازة يكون الحكم ذلك ايضا، فلعله كان مرددا فى الرد و الاجازة فحكم عليه السلام باخذهما ما لم يجز.

ثانيتها: ظهور المخاصمة فى ذلك.

وفيه: انها ظاهرة فى كراهة البيع لا- فى الرد الذى هو حل للعقد و رفع له، و مجرد اظهار الكراهة الباطنية ليس ردا، بل يمكن منع ظهورها فى ذلك ايضا، إذ لعلها كانت لاجل استحصال ثمن الجارية الذى اخذه ابوه.

ثالثها: مناشدة المشتري للامام عليه السلام، و إلحاحه إليه فى علاج فكاك ولده.

وفيه: انه حيث لم يجز البيع و استرد ماله و نماءه الى ان ينفك باءاء قيمته طلب منه عليه السلام علاجاً ليحيز البيع.

رابعها: قوله حتى ترسل ابني الظاهر فى انه حبس الولد و لو على قيمة يوم الولادة.

وفيه: انه ظاهر فى عدم الاجازة لا فى الرد، إذ للمالك التصرف فى ماله قبل الاجازة حتى على الكشف.

فتحصل: انه لا ظهور للرواية فى كون الاجازة بعد الرد، فلاستدلال به على صحة الفضولى لا إشكال فيه.

و أما الثانى: فقد ذهب السيد الفقيه قدس سره الى ان الرواية تكون دليلاً على صحة الاجازة حتى بعد الرد، و لا مانع من العمل بها.

وفيه: انه خلاف الاجماع لا يمكن المصير إليه.

(١) و افاد المصنف قدس سره في وجه صحة الاستدلال به في المقام: بان هذا الخبر المتضمن لقوله عليه السلام حتى ينفذ لك البيع و قوله اجاز بيع ابنه ظاهر في ان حكم الفضولي ذلك، و عليه منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠

يستدل بها في مسألة الفضولي أو يكون الوجه في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنها لا تزيد على الاشعار، و لذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي، بل ذكرها في موضع آخر لكن الفقيه في، غنى منه بعد العمومات المتقدمة، و ربما يستدل ايضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر و العبد الثابتة بالنص (١) و الاجماع المحكية، فإن تملك بضع الغير إذا لزم بالاجازة كان تملك ماله اولى بذلك، مضافا الى ما علم من شدة الاهتمام في عقد النكاح لانه يكون منه الولد، كما في بعض الاخبار. و قد اشار الى هذه الفحوى في غاية المراد و استدلل بها في الرياض، بل قال: انه لولاها اشكل الحكم من جهة

فيتصرف في ظهور صدره في الاجازة بعد الرد ويؤول بارادة عدم الجزم بالاجازة و الرد أو غير ذلك.

وفيه: ان الظاهر من قول الأمير عليه السلام البيع ارادة البيع الخاص الذي اوقعه الابن، و صريح قول الإمام الباقر عليه السلام ذلك، فهو ظاهر في القضية الشخصية، و حيث انه على هذا لا يعمل بالخبر فيما تضمنه بحسب ظاهره، فلا بد من تأويله، و معه يصير مجملا فلا يمكن الاستدلال به.

و دعوى انه بالدلالة المطابقة يدل على صحة الفضولي في المورد، و بالدلالة الالتزامية يدل على قابلية كل فضولي للنفوذ بالاجازة، و الاجماع المشار إليه يوجب سقوط الاولى لا الثانية.

مندفعة بتبعية الدلالة الالتزامية للمطابقة وجودا و حجية. فتدبر فالحق ما ذكرناه.

(١) ثالثها النصوص «١» الواردة في النكاح الدالة على نفوذ بالاجازة.

و تقريب الاستدلال بها من وجوه:

الأول: بعموم التعليل الوارد في صحة نكاح العبد باجازة المولى - حيث علله عليه السلام بان نكاحه مشروع ذاتا و ليس معصية لله تعالى، بل انما يكون عدم

(١) الوسائل باب ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٧٠ من أبواب نكاح العبيد و الاماء و باب ٦ و ٧ و ١٣ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١

...

نفوذه من باب كونه عصيانا للسيد فإذا اجاز جاز - فانه يدل على ان كل معاملة لا تكون غير مشروعة بذاتها كبيع الخمر و الخنزير، بل انما لا تكون نافذة لرعاية حق الغير تصح باجازة من اعتبر رضاه، فان كونها معصية لذلك الغير قابلة للزوال بسبب كراهته بالرضا. الثاني: ما افاده صاحب الجواهر قدس سره، و هو: ان ما ورد في نكاح الفضولي الدال على صحته بالاجازة باطلاقه يشمل ما إذا تضمن الصداق بيعا، كما إذا باع شخص مال زيد من عمر و فضولا بمائة دينار و تزوج له هنذا بتلك الدنانير، فاطلاق تلك الاخبار يقتضى صحة هذا النكاح، و لازمه صحة البيع ايضا، و يتم في غير هذه الصورة بالاجماع المركب.

وفيه: اولاً: ان الاخبار مسوقة لبيان حكم النكاح من هذه الجهة خاصة، و لا نظر لها الى الجهات الاخرى، فلا وجه للتمسك باطلاقها.

و ثانياً: ان النكاح لعدم توقفه على المهر لان بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح - لا يلزم امضاؤه في الفرض امضاء البيع و انفاذه.

الثالث: ان جملة من النصوص تدل على ان النكاح يصح بالاجازة، فإذا صح تمليك البضع بالاجازة صح تمليك ماله بها بالاولوية، اما لأن الأول لا عوض له بخلاف الثاني، أو لأن النكاح مبنى على الاحتياط و اخرى بشدة الاهتمام، لانه يكون منه الولد. و الكلام فيه يقع في جهات:

الاولى: في ثبوت هذا الحكم في مطلق النكاح.

الثانية: في التعدي عنه الى سائر العقود بحسب القواعد.

الثالثة: في ان الرواية التي اشار إليها المصنف هل تمنع عن هذه الاولوية ام لا؟ اما الاولى: فعن الشيخ في المبسوط و الخلاف: انكاره فيه من الأصل، و عن فخر المحققين ايضا ذلك، و عن أبي حمزة: اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص فيها منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢

...

دون غيرها، و استشكل السيد الفقيه في التعدي عن تلك الموارد المخصوصة، و المشهور بين الأصحاب التعدي، بل نقل الاجماع عليه غير واحد.

و الحق ان: صحة نكاح الفضولي في الجملة مما لا ينبغي التوقف فيه لورود جملة من الأخبار «١» في نكاح الأب لابنه، و الاخ لاخيه، و العم لابن اخيه، و الام لابنها، و نكاح الوصي، و غير ذلك من الموارد، و فيها الصحاح و الموثقات.

و أما التعدي عن تلك الموارد الى مطلق النكاح فالظاهر ذلك، لأن غاية ما ذكر في وجه عدم التعدي: ان موارد النصوص الواردة في المقام ما بين ما يكون العاقد عاقدا لنفسه الا انه منوط برضا الغير، و ما بين ما يكون العاقد وليا شرعيا أو عرفيا، فالتعدي عنهما الى ما إذا كان العاقد عاقدا لغيره و لم يكن وليا يحتاج الى دليل.

و لكنه فاسد، و ذلك لوجهين:

احدهما: ان من جملة تلك النصوص ما ورد في «٢» نكاح الاخ و العم، و هما ليسا عاقلين لأنفسهما، و لا ولاية لهما عرفا ايضا.

ثانيهما ان من جملتها ما ورد في عبد مملوك بين رجلين زوجه احدهما و الآخر لا يعلم و علم به بعد ذلك، قال عليه السلام للذي لم يعلم و لم يأذن: ان يفرق بينهما، و ان شاء تركه على نكاحه «٣». و نحوه ما ورد في جارية مملوكة بين رجلين «٤» فانهما يدلان على توقف نكاح احد الشريكين على اجازة الآخر من حيث انه تصرف ورد على ماله، و معلوم انه ليس عاقدا لنفسه و لا ولاية له عرفا و لا شرعا فإذا ثبت ذلك في مطلق نكاح الفضولي مما لا ينبغي التوقف فيه.

و أما الجهة الثانية: فالحق عدم صحة التعدي الى سائر العقود

(١) راجع الوسائل باب ١٣ و ٨ و ٦ و ٧ من ابواب عقد النكاح.

(٢) راجع الوسائل باب ١٣ و ٨ و ٦ و ٧ من ابواب عقد النكاح.

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

(٤) الوسائل باب ٧٠ من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣

الاجتماعات المحكية على المنع و هو حسن الا- انها ربما توهن بالنص الوارد (١) في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه بالصحة في الثاني لأن المال له عوض و البطلان في الأول لان البضع ليس له عوض، حيث قال الامام عليه السلام في مقام ردهم و اشتباههم في وجه الفرق سبحانه الله ما اجور هذا الحكم و افسده، فإن النكاح اولي و

اجدر ان يحتاط فيه، لانه الفرج و منه يكون الولد، الخبر.

لعدم تمامية الوجهين المتقدمين،

اما الاول: فلان فى النكاح لا يملك البضع، بل هناك تسلط محض، مع انه لا يجرى فى الهبة و الصلح فى موردها، مضافا الى ان هذه الاولوية ظنية لخفاء المصالح المقتضية لجعل الاحكام.

و أما الثانى: فلأن الشارع الأقدس و ان اهتم بالنكاح- و هو احرى بالاحتياط- الا ان ذلك فى مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سببا له، و فى موارد الشبهات الحكمية و الموضوعية، و لا ربط لذلك بجعل الشارع، فتوسعة الشارع فى اسباب النكاح لا تستلزم توسعته فى اسباب البيع، بل الشارع الأقدس اعتبر فى سائر العقود ما لم يعتبر فى هذا العقد- كالتقابض فى الصرف و السلم- و وسع فى اسباب النكاح بتشريع عقد التمتع و ملك اليمين و جواز تقديم القبول على الايجاب و جواز الاقتصار على السكوت فى مقام الاذن و الرضا.

و بالجملة: اهمية النكاح ربما تستدعى التوسعة فى اسبابه لئلا يقع الناس فى الزنا فتحصل: ان الأظهر عدم التعدى الى سائر العقود. و أما الجهة الثالثة: فقد افاد المصنف قدس سره:

(١) انها ربما توهم بالنص الوارد فى الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول و النص المشار إليه هو صحيح العلاء بن سيباه عن مولانا الصادق عليه السلام و فيه: ما اجور هذا الحكم و افسده ان النكاح احرى و احرى ان يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد «١»

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الوكالة حديث ٢ و باب ١٥٧ من ابواب مقدمات النكاح.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٢٤

و حاصله أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط المتأكد فى النكاح دون غيره، فدل على ان صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق اولى (١) خلافا للعامة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الامام عليه السلام ان صحة المعاملة المالية الواقعة فى كل مقام تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق اولى، و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح فى مسألة الفضولى الى صحة البيع، لأن الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل، فى باب الأولوية و إلا لم يتحقق الأولوية كما لا يخفى، فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة، من كون النكاح أولى بالبطلان، من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

(١) و ذكر المصنف قدس سره ما حاصله ان مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط، فدل على ان صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق اولى خلافا للعامة، و عليه فلا يجوز التعدى عما دل على صحة نكاح الفضولى الى صحة البيع.

اقول: بعد التنبيه على امرين:

الأول: ان الحكم الواقعى عدم الفرق بين النكاح و غيره فى مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر الى الوكيل.

الثانى: ان العامة لم يكونوا معللين الفرق بين النكاح و البيع بالاحتياط، بل انما عللوه بوجه استحسانى، حيث انه عليه السلام لما سأل الراوى عما يقول العامة قال: و يقولون المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

ان الامام عليه السلام لما لم يتمكن من بيان الحكم من دون وجه، و لا من بيان بطلان ما ركنوا إليه، راعى جانب الاحتياط و اجاب

بان النكاح بما انه مهم في نظر الشارع و اخرى بان يحتاط فيه من غيره من العقود فيتعين فيه الاستناد الى حجة شرعية، و لا يعتمد الى القياس و الاستحسان و ما شابهما من الوجوه العلية، و قد عقبه عليه السلام بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام الذي يكون متبعا عندهم لقوله صلى الله عليه و آله: اقضاكم على عليه السلام، و عليه فهو لا يدل على ما ذكر المصنف قدس سره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥

بقي الكلام في وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو ابقاؤه (١) دون ابطاله، مستدلا بأنه يكون منه الولد مع ان الامر في الفروج كالاموال دائر بين محدورين و لا احتياط في البين، و يمكن ان يكون الوجه في ذلك ان ابطال النكاح في مقام الاشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا،

فيتزوج المرأة و يحصل الزنا بذات البعل بخلاف ابقائه، فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه الا وطى المرأة الخالية عن المانع، و هذا أهون من وطى ذات البعل.

فالمراد بالأحوط هو الأشد احتياطاً.

و كيف كان، فمقتضى هذه الصحيحة انه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدي الى الحكم بصحة بيع الفضولي، نعم لو ورد الحكم بصحة البيع امكن الحكم بصحة النكاح، لأن النكاح اولى بعدم الابطال كما هو نص الرواية، ثم ان الرواية و ان لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي (٢) الا ان الاستفادة منها قاعدة كلية هي ان امضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس الذي هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولي هذا.

و بما ذكرناه: ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه قدس سره في المقام في الرد على المصنف قدس سره، و حاصله: انه عليه السلام بصدد الرد على العامة الجاعلين حكمه الحكم الاحتياط،

و انه ليس كذلك و الا كان النكاح اولى بان يحتاط فيه، و ان الاحتياط لو كان مقتضيا للصحة في البيع ففي النكاح بالاولوية. فانه يرد عليه: ما عرفت من ان العامة لم يجعلوا حكمه الحكم الاحتياط.

(١) قوله بقي الكلام في وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو ابقائه.

و فيه ان الامام عليه السلام لم يحكم بابقاء النكاح لكونه على طبق الاحتياط، و انما اعترض على العامة حيث حكموا بصحة بيع المعزول الجاهل بالعزل و بطلان النكاح.

(٢) قوله ثم ان الرواية و ان لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي و ذلك من جهة اختصاص موردها بما وقع بعنوان الوكالة و لو باعتقاد العاقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦

ثم انه ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها، بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة، مثل موثقة جميل عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا ليشتري به ضربا من المتاع مضاربة فاشترى غير الذي امره، قال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرطه و نحوها غيرها الواردة في هذا الباب فإنها ان اقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الاجازة، كما نسب الى ظاهر الاصحاب و عد هذا خارجا عن بيع الفضولي بالنص، كما في المسالك و غيره، كان فيها استثناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقا في نقل مال المالك إلى غيره (١)

و إن حملناه على صورة رضاء المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح، كما هو الغالب،

و بمقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دل على اعتبار رضاء المالك في نقل ماله،

و النهي عن أكل المال بالباطل اندرجت المعاملة في الفضولي و صحتها في خصوص المورد، و ان احتمل كونها للنص الخاص، الا

(١) و حاصل ما افاده المصنف فى هذه الاخبار: «١» انه ان قلنا بعدم لزوم الاجازة فى صحة المعاملة المزبورة كانت هى مما يستأنس به للحكم فى المقام لاشتراكهما فى عدم لزوم الاذن السابق، و ان قلنا بلزومها فى صحتها كانت دليلا على جريان الفضولى فى العقد السابق و صحته فى المورد الخاص. و ان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب. و فى كلا شقى كلامه نظر:

اما الأول: فلأنه إذا دل دليل على عدم اعتبار الرضا فى مورد خاص كيف يستأنس منه لحكم ما يعتبر فيه ذلك قطعا، و انما الكلام فى اعتبار سبقه.

و أما الثانى: فلأنه ان بنينا على صحة ما صدر بالاجازة كان اللازم كون تمام الربح للمالك، إذ تقسيم الربح انما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها، و البائع اما ان

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧

انها لا تخلو عن تأييد للمطلب و من هذا القبيل الاخبار الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم و ان الربح لليتيم (١) فإنها ان حملت على صورة اجازة الولى، كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من افراد المسألة (٢) و ان عمل باطلاقها، كما عن جماعة ممن تقدمهم، خرجت عن مسألة الفضولى لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدم، و ربما احتمل دخولها فى المسألة من حيث ان الحكم بالمضى اجازة الهيئة لاحقة للمعاملة (٣) فتأمل.

يستحق اجرة لان عمل المسلم محترم، أو لا يستحق لانه عمل من دون امر.

و الحق ان يقال: ان نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لا التقييد، اى اشتراط المالك على العامل ان لا يشتري الا الجنس الفلانى.

و عليه فإذا تخلف الشرط و اشترى غير الذى امر به فان خسر فيه كان عليه الضمان لمخالفته للمالك، و لانه لا محالة يرد العقد.

و ان ربح فيه فلا محالة لا يفسخ المالك المضاربة فيكون الربح بينهما. و بهذا يظهر ان النصوص موافقة للقاعدة و اجنبية عن المقام.

و ان ابيت عن كون ذلك مما تقتضيه القاعدة فلا مانع من الالتزام به للنصوص الخاصة الواردة فى المقام.

(١) قوله و من هذا القبيل الاخبار الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم.

و ما افاده المصنف قدس سره فى وجه ادخال المسألة فى الفضولى امران.

(٢) الاول: انها تحمل على صورة اجازة الولى.

(٣) الثانى: ان الحكم بالمضى اجازة الهيئة لاحقة للمعاملة.

و يرد على الاول: انه ليس فى النصوص ما يستفاد منه ارادة معاملة غير الولى، بل ظاهر بعضها و صريح آخر معاملة الولى، مع انه ليس فيها ما يشهد باجازة الولى.

و يرد على الثانى: ان التاجر ان كان مأذونا من قبل الله تعالى لا تكون معاملته فضولية، و الحق اختصاصها بصورة معاملة الولى، و تكون اجنبية عن مسألة الفضولى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨

و ربما يؤيد المطلب ايضا برواية ابن اشيم (١) الواردة فى العبد المأذون، الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقه، أو يحجه عن

إييه، فاشترى إياه واعتقه، ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثته الدافع، و ادعى كل منهم انه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام يرد المملوك رقا لمولاه، و أى الفريقين اقاموا البيئته بعد ذلك على انه اشتراه بماله كان رقا له، الخبر. بناء على انه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال فى تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء، بالمال و لا إقامة البيئته عليها كفاية فى تملك المبيع.

و مما يؤيد المطلب ايضا صحيحه الحلبي (٢) عن الرجل يشتري ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا، فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى ان يقبله الا بوضيعة،

قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولى لنفسه و يمكن التأيد له

(١) قوله و ربما يؤيد المطلب ايضا برواية ابن اشيم الواردة فى العبد «١».

ما يتوهم ان يكون مؤيدا للمطلب حكمه عليه السلام بكون العبد لورثته الميت إذا اقاموا البيئته، و أما بالنسبة الى مولى العبد فالظاهر انه كان ماذونا من قبله، و أما بالنسبة الى مولى الاب فالمعاملة باطله بلا كلام، و الظاهر من الرواية كون الورثة راضين بالمعاملة و آذنين اياه فيها، و عليه فتخرج عن محل الكلام.

(٢) قوله و مما يؤيد المطلب ايضا صحيحه الحلبي «٢» عن رجل يشتري ثوبا.

فان الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره الا على صحة بيع الفضولى.

وفيه: أنه لا ينطبق عليها إذ الحكم بفساد الاقالة فى الفرض المستلزم لكون المعاملة الثانية فضولى لازمه الاستجازه من المشتري الأول لا- الحكم برد ما زاد و عدم الفرق بين البيع بالازيد و بالمساوى و بالانقص، و لا- يبعد دعوى ان الرواية ظاهرة فى كراهة الاقالة بالوضيعة كما ذهب إليها ابن الجنيد و استحباب رد ما زاد، فتكون اجنبية عن المقام

(١) الوسائل باب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩

ايضا بموثقة عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالاجر، فيدفع إليه الورق فيشترط عليه انك تأتى بما تشتري، فما شئت اخذته و ما شئت تركته، فيذهب ليشتري، ثم يأتى بالمتاع، فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت، قال لا بأس (١) الخبر.

بناء على الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضا فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة و يوفيه دينه، و لا- ينافى هذا الاحتمال، فرض السمسار فى الرواية ممن يشتري بالاجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار اصل حرفته و شغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية، و يحتمل ان يكون لصاحب الورق باذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره، و يحتمل ان يكون فضوليا عن صاحب الورق فيتخير ما يريد و يرد ما يكره و ليس فى مورد الرواية ظهور فى اذن صاحب الورق السمسار، على وجه ينافى كونه فضوليا، كما لا- يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، و حكم الامام عليه السلام بعدم البأس من دون استتصال عن المحتملات، افاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

و ربما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه (٢) معللا- بأنه لم يعص الله، و انما عصى سيده، و حاصله ان المانع من صحة العقد، إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا، و هو عصيان الله تعالى. و أما المانع الذى

يرجى زواله كعصيان السيد، فزواله يصح العقد، و رضا المالك من هذا القبيل،

(١) قوله بموثقة «١» عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام عن السمسار بناء على ان الاشتراء من السمسار يكون فضوليا عن صاحب الورق، فيتخير ما يرد و يرد ما يكره.

و لكن الظاهر من الخبر كون الاشتراء لصاحب الورق مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره.

(٢) و أما الاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد فقد مر الكلام فيها مفصلا فلا نعيد

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب احكام العقود حديث ٢ و الراوى عبد الرحمن بن أبى عبد الله لا عبد الله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠

فانه لا يرضى اولاً و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فانه يستحيل رضاه.

هذا غاية ما يمكن ان يحتج و يستشهد به للقول بالصحة، و بعضها و ان كان مما يمكن الخدشة فيه، الا ان فى بعضها الآخر غنى و كفاية.

و احتج للبطلان بالأدلة الأربعة: (١)

اما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد، على ان

غير التجارة عن تراض أو التجارة لاعن تراض غير مبيح، لأكل مال الغير، و إن لحقها الرضا. و من المعلوم ان الفضولى غير داخل فى

المستثنى، و فيه ان دلالة على الحصر ممنوعه (٢) لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين،

ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فردا من الباطل خارجا عن حكمه. و أما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو

أدلة بطلان بيع الفضولى و الجواب عنها.

إشارة

(١) و قد استدلل للبطلان بالأدلة الأربعة.

اما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾

﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ «١» بدعوى انه دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على ان غير

التجارة و التجارة لاعن تراض غير مبيحة لأكل مال الغير و ان لحقها الرضا، و من المعلوم ان الفضولى غير داخل فى المستثنى.

و قد اجابوا عن الاستدلال به باجوبة.

الأول: انه لا مفهوم له، و قد اشبعنا الكلام فى ذلك فى اول مبحث الاكراه و المعاطاة.

(٢) و عرفت انه لا يدل على الحصر لان الاستثناء منقطع غير مفرع و هو لا يفيد الحصر.

الثانى: ان التجارة التى هى اسم للمسبب لا السبب انما تكون تجارة للمالك

(١) النساء: ٢٩

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١

مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى (١) لكونه واردا مورد الغالب كما فيما نحن فيه و في قوله تعالى: و ربائبكم اللاتي في حجوركم (مع احتمال ان يكون عن تراض خيرا بعد خبر ليكون على قراءة نصب التجارة لا- قيدها (٢) و ان كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الاكل تجارة و يكون عن تراض.

و من المعلوم ان السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي انما نشأ عن التراضي، مع ان الخطاب لملاك الاموال و التجارة في الفضولي، انما يصير تجارة المالك بعد الاجازة، فتجارته عن تراض. و قد حكي عن المجمع أن مذهب الإمامية و الشافعية و غيرهم، أن معنى التراضي بالتجارة امضاء البيع بالتصرف أو التخاير بعد العقد، و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خيرا بعد خبر.

بعد الاجازة، فتكون عن تراض و قد مر في اول مبحث الفضولي تمامية ذلك ايضا.

(١) قوله مع تسليمه مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائدة أخرى.

و يرد عليه انه لو سلم سياق التحديد لم يكن مناسبا من تسليم الدلالة على المفهوم و لم يكن مورد لحمل القيد على الغالب.

(٢) الثالث: انه يحتمل ان يكون) عن تراض (خيرا بعد خبر، ليكون على قراءة نصب التجارة لا قيدها لها.

و حاصله: انه يحتمل ان يكون اسم كان مقدرًا و هو سبب الاكل، و يكون له خبران:

الأول: تجارة، الثاني:

عن تراض. و لكن لا بنحو الاستقلال بل بنحو الاشتراك، كما في قولنا: الرمان حلو حامض فيكون مفاده سببية التجارة و التراضي، و هي متحققة في بيع الفضولي.

و فيه: انه لا- يحتمل ذلك مع التعبير بحرف المجاوزة، إذ السبب لو كان هو المجموع لما كان منبعثا عن التراضي و ان كان خصوص التجارة لزم قيديته التجارة بصدورها عن التراضي، و ان كان غيرهما لزم عدم كون السبب هو التجارة و التراضي و هو خلف، مع انه على فرض قراءة التجارة بالرفع يتعين التقييد، إذ احتمال كونه خيرا و الاسم هو التجارة، يدفعه ان لازمه تعريف التجارة فالصحيح هو الأولان.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢

و أما السنة فهي اخبار

منها: النبوي المستفيض (١) و هو قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام لاتبع ما ليس عندك، فان عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوقا للنبوي الآخر لا يبيع الا فيما يملك، بعد قوله صلى الله عليه و آله لا طلاق الا فيما يملك و لا عتق الا فيما يملك، و لما ورد في توقيع العسكري الى الصفار لا يجوز بيع ما ليس يملك.

و ما عن الحميري أن مولانا عجل الله فرجه، كتب في جواب بعض مسائله أن الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالکها أو بامرہ أو رضا منه، و ما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في ارض بقم النبل اشتراها رجل، و اهل الأرض يقولون هي ارضنا و اهل الاسناف يقولون هي من ارضنا، فقال: لا تشتريها الا برضاء اهلها.

(١) و أما السنة فهي اخبار،

منها: النبوي المستفيض، و هو قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام: لاتبع ما ليس عندك «١».

لا يخفى ان اقصية النبوي صلى الله عليه و آله المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة بعينها مروية عن طريقنا برواية عقبه متفرقة

على حسب تفرق الابواب، و عليه فهذا النبوى مروى عن طرفنا و عن طرق العامة، فلا سبيل الى الخدشة فى سنده هذا بحسب السند. مع ان هذا المضمون موجود فى جملة من الاخبار: كخبر سليمان بن صالح عن مولانا الصادق عليه السلام عن النبى صلى الله عليه و آله «٢» و خبر الحسين بن زيد عنه عليه السلام عن آباءه فى مناهى النبى صلى الله عليه و آله «٣». و أما من حيث الدلالة: فما قيل أو يمكن ان يقال فى الجواب عن الاستدلال به- و ما يساوقه من النبوى الآخر: لا بيع الا فيما يملك، «٤» و التوقيع: لا يجوز بيع ما ليس يملك «٥» - للبطلان امور.

(١) راجع سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤ باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك.

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ٢.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) المستدرک باب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٣.

(٥) الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع و شروطه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣

و ما فى الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل فى رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم فكتب إليها كتابا قد قبضت المال و لم تقبضه، فيعطيهما المال ام يمنعها، قال: قل يمنعها اشد المنع، فانها باعت ما لم تملكه، و الجواب عن النبوى اولا ان الظاهر من الموصول هى العين الشخصية للاجماع و النص على جواز بيع الكلى، و من البيع البيع لنفسه لاعتن مالك العين، و حيثئذ فاما ان يراد بالبيع مجرد الانشاء،

فيكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه فلا يقع له و لا للمالك بعد اجازته.

و أما ان يراد ما عن التذكرة: من أن يبيع عن نفسه، ثم يمضى ليشتريه من مالكه،

قال: لأنه صلى الله عليه و آله ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث سأله عن ان يبيع الشىء فيمضى و يشتريه و يسلمه فإن هذا البيع غير جائز، و لا نعلم فيه خلافا للنهى المذكور و للغرر لأن صاحبها قد لا يبيعها، انتهى.

الأول: انها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ما ليس عنده، لاحظ صحيحى عبد الرحمن بن الحجاج عن مولانا الصادق عليه السلام، فى الأول منهما: عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال عليه السلام: ليس به بأس، قلت: انهم يفسدون عندنا، قال عليه السلام: و أى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا يرون به بأس، يقولون: هذا الى اجل فإذا كان الى غير اجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال عليه السلام: فإذا لم يكن الى اجل كان اجود، ثم قال: لا بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه حالا و إلى اجل. الحديث، «١» و قريب منه الآخر «٢» تحمل هذه على التقيية لتكذيبه عليه السلام فيهما للامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده.

و فيه: ان الجمع بينهما يقتضى تخصيص هذه النصوص ببيع العين الشخصية من جهة اختصاص تلك النصوص ببيع الكلى، أو حملها على بيع كل ما خرج عن السلطنة و ان كان المبيع كان المبيع كليا كما لو باع الكلى فى ذمة الغير.

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٤

و هذا المعنى يرجع الى المراد من روايتى خالد و يحيى: الآيتين فى بيع الفضولى لنفسه، و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع، بمجرد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافى اهليته لتعقب الاجازة من المالك. و بعبارة اخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا فى حقه، فلا يدل على الغائه بالنسبة الى المالك حتى لا تنفعه باجازة المالك، فى وقوعه له، و هذا المعنى اظهر من الاول، و نحن نقول به كما سيجىء، و ثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا اجاز (١)

و لعل الثانى اظهر، و تكذيبه عليه السلام للعامه يمكن ان يكون فى تطبيق بيع ما ليس عنده على بيع الكلى فى ذمة نفسه لا فى اصل الحديث.

(١) الثانى: ما افاده المصنف قدس سره بقوله: و ثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع، لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم من الادلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا اجاز.

و فيه: انه بناء على ما استظهره المصنف قدس سره من ان المراد من البيع البيع لنفسه لاعن مالك العين، تكون النسبة عموما من وجه لأخصية النبوى من هذه الجهة، فلا وجه لتقدم تلك.

الثالث: أن الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء أ كان مملوكا له ام لا، قدر على تسليمه ام لا، كليا ام شخصيا، و حيث انه لا يمكن الالتزام به تعيين حملته اما على النهى عن بيع ما ليس مملوكا له، أو على النهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، و ان لم يكن الثانى اقرب لا كلام فى عدم اقربية الأول.

و أما النبوى الآخر و التوقيع، فيحتمل ان يكون يملك فيهما مبني للمفعول، فلا ربط لهما بما نحن فيه.

الرابع: ان المنفى البيع لغير المالك، فتختص هذه النصوص بالمسألة الآتية، و هى ما لو باع الغاصب لنفسه، و لا ربط لها بهذه المسألة و هى البيع للمالك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٥

و بما ذكرناه من الجوابين، يظهر الجواب عن دلالة قوله لا- بيع إلا- فى ملك، فإن الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه، و ان المنفى راجع الى نفى الصحة فى حقه، لا فى حق المالك، مع ان العموم لو سلم و جب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك إذا اجاز.

و أما الروايتان: (١) فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين اوضح، و ليس فيهما ما يدل، و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا اجاز و أما الحصر فى صحيحة ابن مسلم و التوقيع، فإنما هو فى مقابلة عدم رضا اهل الأرض (٢) و الضيعة رأسا على ما يقتضيه السؤال فيهما، و توضيحه ان النهى فى مثل المقام و ان كان يقتضى الفساد، الا انه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه.

الخامس: ان النهى فى هذه النصوص لم يتعلق بانشاء البيع، إذ البيع اسم للمنشأ و المسبب لا الإنشاء كما تقدم، مع انه لا يعتبر صدور الانشاء من المالك قطاعا، بل المتعلق هو حقيقة البيع، و هى بالاجازة تنتسب الى المالك، فيكون بيع ما عنده.

و بعبارة اخرى: ان الروايات على فرض دلالتهما على عدم صحة بيع الفضولى تدل على عدم وقوع البيع للفضولى، و لا نظر لها الى وقوعه للمالك إذا اجاز، إذ المنفى فيها وقوع البيع لنفسه، فينتفى هذا، و هو لا يلازم عدم وقوع البيع و لو للمالك، إذ سلب الاخص لا يستلزم سلب الاعم، فإذا كان وقوع البيع للمالك مع اجازته مسكوتا عنه فى هذه الاخبار فيرجع فيه الى الادلة المتقدمة الدالة على الوقوع.

(١) و منها روايتا يحيى و خالد الآتيتان، «١» و يظهر الجواب عنهما مما ذكرناه فى النبوى.
 و منها صحيح محمد بن مسلم «٢» و التوقيع الشريف «٣» المذكوران فى المتن.
 و اجاب عنهما المصنف قدس سره بقوله.
 (٢) و أما الحصر فى صحبته محمد بن مسلم و التوقيع فانما هو فى مقابلة عدم رضا.
 اهل الارض.

محصل ما افاده الماتن فى الجواب عنهما، توضيحه انه لا يستفاد من الخبرين

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٦

و من المعلوم ان عقد الفضولى لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، و لذا يطلق عليه الباطل فى عباراتهم كثيرا.
 و لذا عد فى الشرائع من شروط المتعاقدين، اعنى شروط الصحة كون العاقد مالكا أو قائما مقامه، و ان ايتت الا عن ظهور الروايتين فى لغوية عقد الفضولى رأسا و جب تخصيصها بما تقدم من ادلة الصحة.
 و أما رواية القاسم بن فضل فلا دلالة فيها، إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولى، لأنه باع ما لا يملك، و هذا حق لا ينافى صحة الفضولى.

الا النهى عن الشراء الفاقد للرضا رأسا، و هذا لا يدل على فساد عقد الفضولى غير الفاقد له بلحاظ الاجازة، و لا يدل على صحته ايضا، فالنهى فيهما لا- يدل الا- على بطلان العقد الفاقد للرضا، بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود و نحن نقول به. و أما فى البيع الملحق بالرضا فيرجع الى العمومات الدالة على الصحة.

و بهذا البيان يظهر ان ما افاده فى التوضيح ليس جوابا آخر كما افاده السيد الفقيه.

و المحقق النائنى قدس سره قال: ان دلالة خبر الحميرى على صحة الفضولى اظهر، فان مقابلة الرضا بالأمر ظاهرة، فى كفاية الاجازة اللاحقة، فان الرضا المقابل للشراء عن المالك أو بامر هو الرضا اللاحق لا المقارن، فانه متحقق حين الأمر.
 و فيه: ان يمكن ان يكون المراد من الرضا ما هو ظاهره، و هى الصفة النفسانية غير المبرزة التى عرفت كفايتها فى الخروج عن الفضولية فراجع.

فالحق ان يقال: ان مقتضى اطلاق الخبرين النهى عن الاشتراء الا بالرضا، تقدم أو تأخر، فيدلان على صحة الفضولى لكونه داخلا فى المستثنى، مع ان المراد بالاشتراء حقيقته، و هو انما يكون اشتراء للمالك بعد الاجازة، فيشملة الخبر ان كان المراد بالرضا فيهما المقارن.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧

و أما توقيع الصفار (١) فالظاهر منه نفى جواز البيع فيما لا يملك، بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب و اللزوم. و يؤيد تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكة إذا اجاز. و بالجملة فالانصاف انه لا دلالة فى تلك الاخبار باسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا اجاز، و لا تعرض فيها الا لنفى وقوعه للعاقد.

ادعاه الشيخ في الخلاف معترفا بأن الصحة مذهب قوم من اصحابنا، معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، و ادعاه ابن زهرة ايضا في الغنية، و ادعى الحلبي في باب المضاربة: عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب. و الجواب عدم الظن بالاجماع بل الظن بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين، و المفيد، و المرتضى، و الشيخ بنفسه في النهاية، التي هي آخر مصنفاته على ما قيل، و اتباعهم على الصحة. و اتباع المتأخرين عليه عدا فخر الدين، و بعض متأخري المتأخرين.

(١) قوله و أما توقيع الصفار (١) فالظاهر منه نفى جواز البيع فيما لا يملك.

و فيه ان الجواز عبارة عن الصحة- و عدمه عبارة عن الفساد.

فالحق في الجواب مضافا الى ما تقدم.

ان عدم الجواز لم يضاف الى العقد من حيث هو بل إليه من حيث انه ممن لا- يملك فإذا اضيف الى من يملك بالاجازة لم يكن مصدقا لما حكم عليه بالفساد.

(٢) الثالث: الاجماع، و قد ادعاه غير واحد من الاساطين.

و الجواب عنه- مضافا الى معارضته بما ادعى من الاجماع على الصحة:- انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨

الرابع: ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه (1)

فإن الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف. ففي التوقيع المروي في الاحتجاج: لا يجوز لأحد ان يتصرف في مال غيره الا بإذنه. و لا ريب ان بيع مال الغير تصرف فيه عرفا.

و الجواب (٢) ان العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفا فيه

(١) الرابع: ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف في مال الغير الا بإذنه «١».

و قد اجاب المصنف قدس سره عن هذا الوجه بوجوه:

(٢) الاول: ان العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفا فيه.

و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: انه و ان فرض كون العقد علة تاممة لحصول الآثار عرفا، لم يكن مجرد العقد تصرفا في العين و قبيحا، فلا وجه للتقييد في كلامه،

و مرجعه الى عدم كون التصرف الاعتباري غير المماس بالعين تصرفا عرفا في العين بل هو تصرف في لسان العاقد.

و فيه: انه لو فرضنا كون الانشاء مخرجا للمال عن ملك صاحبه قهرا عليه كان ذلك تصرفا فيه و قبيحا لكونه ظلما، بل من اقبح افراده، نعم مجرد العقد غير المؤثر في حصول النقل و الانتقال عرفا و شرعا لا يعد تصرفا فيه لا خارجا و لا اعتبارا.

ثانيهما: ما افاده السيد الفقيه في تعليقه، و هو: ان الفضولي انما يقصد النقل و الانتقال جدا مطلقا لا هزلا معلقا على الاجازة، و يصدق التصرف عليه عرفا.

و فيه: ان العقد غير المؤثر عرفا و شرعا و ان قصد به الجدل لا يعد تصرفا لا خارجا و لا اعتبارا، اما الأول فواضح، و أما الثاني فلغرض

عدم التأثير، و مجرد تأثيره في اعتباره لا يكفي في صدق التصرف عرفا أو شرعا. فما افاده المصنف قدس سره تام.

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩

نعم لو فرض كون العقد علة تامه و لو عرفا لحصول الآثار، كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل، كان حكم العقد جوازا و منعا حكم معلوله المترتب عليه، ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضاءه و الاصطلاء بنور الغير و ناره (١) مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الأذن في هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي (٢) مع أن تحريمه لا يدل على الفساد (٣) مع أنه لو دل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك (٤) و لا- ينكره القائل بالصحة خصوصا إذا كانت الإجازة ناقلة، و مما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصدا لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري بناء على أن العقد المقرون في هذا القصد قبيح محرم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد،

و قد يستدل بالمنع بوجه اخر ضعيفة

أقواها أن

(١) الثاني: انه لو فرض كونه تصرفا فما استقل العقل بجوازه مثل الاستضاءه و الاصطلاء بنور الغير و ناره.

و فيه: ان الجواز في المثاليين انما يكون من جهة عدم صدق التصرف عليهما أو السيرة على الجواز، و الافع صدق التصرف لا سبيل الى دعوى استقلال العقل بجواز التصرف.

(٢) الثالث: انه قد يفرض الكلام فيما لو علم الاذن في هذا من المقال أو الحال.

و فيه: اولاً: ما تقدم من خروجه بذلك عن الفضولية، و ثانيا ان المستدل يمكن ان يكون ملتزما بالصحة في خصوص هذا المورد، و الفساد في سائر الموارد.

(٣) الرابع: ان تحريمه لا يدل على الفساد.

و هذا الجواب ايضا متين، و قد مر في اول الجزء الاول من هذا الشرح تحقيق القول في ذلك.

(٤) الخامس: انه لو دل على الفساد لدل على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتب الاثر عليه و عدم استقلاله في ذلك، و القائل بالصحة لا ينكر ذلك.

و فيه: ان البناء على الفساد سواء كان من جهة كون السبب تصرفا و مبعوضا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠

القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع و الفضولي غير قادر و إن الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح في المسالك و يضعف الأول مضافا إلى أن الفضولي قد يكون قادرا على رضا المالك بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعا، بل يكفي تحققه في المالك فحينئذ، يشترط في صحة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه و قدرة المشتري على تسلمه على ما سيجيء و يضعف الثاني بأن المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي و المكره لا يزيد منه بدليل الاجماع على صحة نكاح الفضولي و بيع المكره بحق فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للاجماع كما ترى.

المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك (١)

و المشهور أيضا صحته، و حكى عن فخر الدين إن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك، و يلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوى: ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر. بعد تضعيف السند على انه ان نكح بعد منع مولاه و كراهته، فإنه يقع باطلا.

و الظاهر انه لا- يفرق بين النكاح و غيره، و يظهر من المحقق الثانى حيث حمل فساد بيع الغاصب نظرا الى القرينة الدالة على عدم الرضا: و هى الغصب، و كيف كان، فهذا القول

للشارع فلا سببية له، ام كان من جهة كان المسبب منهيا عنه و مبغوضا، ينافى مع هذا الجواب، إذ لو الغى الشارع سببية عقد الفضولى و كان كالعقد كيف يحكم بالصحة مع اجازة المالك، كما انه إذا الغى الشارع المسبب من جهة مبغوضيته فلا شىء حتى يجيزه المالك.

فتحصل: ان الحق فى الجواب هو الأول و الثالث.

بيع الفضولى للمالك مع سبق المنع

(١) قوله المسألة الثانية: ان يسبقه منع المالك.

و المشهور ايضا صحته، و عن فخر الدين: ان بعض المجوزين للفضولى اعتبر

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤١

لا وجه له ظاهرا عدا تخيل ان المستند فى عقد الفضولى هى رواية عروة المختصة بغير المقام، و إن العقد إذا وقع منهيا عنه، فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف فى الرد فلا ينفع الاجازة اللاحقة (١) بناء على أنه لا- يعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد، على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الاذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأن الحلف عليه اماره عدم الرضا، هذا،

عدم سبق نهى المالك، و هو الظاهر من المحقق الثانى.

و ملخص القول فى المقام: ان صحة بيع الفضولى، اما ان تكون على القاعدة، أو تكون للاخبار الخاصة.

اما على الأول: فلا تتوقف الصحة الا على العقد و استناده الى المالك الموجودين فى المقام، و لا يضر النهى السابق، و ذلك لان ما قيل فى وجه مضرته امور.

(١) احدها: ان العقد إذا كان منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف فى الرد، فلا ينفع الاجازة اللاحقة.

و فيه: ان الكراهة النفسانية و ان ابرزت ليست ردا، فانه عبارة عن حل العقد و فسخه، كما ان النهى- الذى هو تسيب الى اعدام الشىء بعدم ايجاده- غير الرد.

ثانيها: ان الكراهة المتخللة بين اركان العقد كالايجاب و القبول مانعة عن تحقق المعاهدة و المعاقدة، و حيث ان منها الاجازة فالكراهة المتخللة بينها و بين العقد مانعة عن تحققها، و المفروض فى المقام وجودها.

و فيه: ان الكراهة المتخللة لا تمنع عن ذلك، و لذا بنينا على صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا.

ثالثها: ان المالك إذا نهى عن ايقاع المعاملة على ماله نهيا عاما شاملا لزمان العقد كان ذلك فى قوة ان يقول: لا أرضى ان توقع العقد على مالى و لو اوقعته كان مردود أو باطلا،

فيكون ذلك انشاء للرد، غاية الأمر الانشاء متقدم على العقد، و المنشأ متأخر عنه، فلا تنفع الاجازة بعد ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٢

و لكن الاقوى عدم الفرق لعدم انحصار المستند، حينئذ في رواية العروة، و كفاية العمومات مضافا الى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس (١) و جريان فحوى ادلة نكاح العبد بدون اذن مولاه مع ظهور المنع فيها و لو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد مع ان رواية اجازته صريحة في عدم قدح معصية السيد (٢) حينئذ جريان المؤيدات المتقدمة له،

و فيه: اولاً: ان النهى ليس الا التسبب الى عدم ايجاد العقد، و أما انشاء الرد بعد وجوده فليس ذلك مربوطاً بالنهى. و ثانياً: ان ذلك من قبيل ايجاب ما لم يجب، و سيأتى عدم العبرة به. و ثالثاً: ان وجه عدم نفعية الاجازة بعد الرد هو الاجماع و المتيقن منه ما إذا كان انشاؤه بعد العقد. فتحصل: ان الأظهر هي الصحة على القول بصحة الفضولى على القاعدة. و أما على الثانى: فالنصوص التى سلمنا دلالتها على صحة الفضولى انما هي صحيحة محمد بن قيس، «١» و نصوص نكاح العبد المتضمنة للتعلم للصحة بانه لم يعص الله و انما عصى سيده (٢). (١) اما صحيح قيس فقد افاد المصنف قدس سره في وجه شموله للمقام: انه بترك الاستفصال يشمله. و فيه: ان ظهور قوله في مقام المخاصمة و ليدتى باعها ابني بغير اذنى في صورة عدم النهى لا ينكر، و الا كان يقول باعها مع نهى فهو لا يشمل المقام. و أما نصوص النكاح: ففي المكاسب. (٢) رواية اجازته صريحة في عدم قدح معصية السيد. و فيه: ان عصيان العبد لا يتوقف على العمل مع النهى عنه، بل بما ان العبد لا بد و ان تكون اعماله من اذن مولاه فإذا فعل بلا اذن منه كان خارجاً عن رسم العبودية و يعد

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣

من بيع مال اليتيم و المغصوب (١) و مخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال الصريح في منعه عما عداه. و أما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد و لو آناً ما، فلم يدل دليل على كونه فسحاً لا ينفع بعده الاجازة، و ما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، و لو سلم فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف (٢) على ما انكره في رد البيع و عدم تسليمه له، و مما ذكرنا يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، و ان كراهة المالك حال العقد و بعد العقد لا يقدر في صحته إذا لحقه الاجازة.

المسألة الثالثة: ان يبيع الفضولى لنفسه (٣)

إشارة

و هذا غالباً يكون في بيع الغاصب، و قد يتفق من غيره بزعم ملكية، المبيع كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة

عاصياً بذلك، فالمراد من معصية السيد ايجاد العقد بلا اذن منه كما هو صريح الرواية.

و دعوى ان اطلاقها يشمل المقام.

مندفعة بانها انما وردت لبيان ان عصيان السيد من حيث هو لا يمنع عن صحة العقد بالاجازة، و أما ان نهيه هل يمنع عن تلك ام لا فالنصوص ساكتة عنه.

فالأظهر انه على القول بالصحة في المسألة السابقة بواسطة الأخبار الخاصة لا سبيل الى البناء عليها في المقام.

(١) قوله من بيع مال اليتيم و المغصوب اما في بيع مال اليتيم فالمنع غير موجود سابقا لو سلم شمول نصوصه لبيع غير الولي - و أما المغصوب فلم ينقل سابقا دليلا يدل على صحة بيعه.

(٢) قوله فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف.

هذا اجتهاد في مقابل نص الفقهاء فانه قد نقل عنهم البناء على الانفساخ من جهة كون الحلف اماراً عدم الرضا. بيع الفضولي لنفسه

(٣) المسألة الثالثة: ان يبيع لنفسه، و هذا غالبا يكون في بيع الغاصب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤

و الاقوى فيه الصحة وفاقا للمشهور (١) للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم،

و فحوى الصحة في النكاح و اكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صحيحه ابن قيس المتقدمة، و لا وجه للفرق بينه و بين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك، الا وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص على بيع الغاصب، و بعضها مشترك بين جميع صور المسألة.

منها إطلاق ما تقدم من النبيين: لا تبع ما ليس عندك. و لا يبيع إلا في ملك (٢)

بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه، و الجواب عنها يعرف مما تقدم من أن

و كثيرا ما يتفق في غيره كما في البيوع المبنية على الامارات و الاصول الظاهرية من اليد و اصالة الصحة و نحوهما. و كيف كان: ففي المسألة اقوال:

(١) احدها: الصحة و هو المشهور و اختاره المصنف.

ثانيها: التفصيل بين الغاصب و غيره، كما عن ابن ادریس.

ثالثها: التفصيل في الغاصب بين علم المشتري و جهله كما عن العلامة و غيره.

ان بنينا على صحة بيع الفضولي بواسطة الاخبار الخاصة فلا وجه للبناء على الصحة في المقام، فان عمدة المستند على هذا صحيح ابن قيس و نصوص نكاح العبد، و شيء منهما لا يشمل المقام.

اما الأول: فلأنه لو كان الابن بائعا للوليدة لنفسه كان التنيه عليه اولي لأنه ادخل في الانكار.

و أما الثانية: فلأن موردها و ان كان النكاح لنفسه لكن الاجازة فيها لنفسه لا لمولاه،

و أما ان بنينا على الصحة بواسطة العمومات فهي تقتضى الصحة في المقام ايضا بلا فرق،

و قد ذكروا في وجه الفرق و انه لا يمكن الحكم بالصحة في المقام امورا:

(٢) الاول: نصوص بيع ما ليس عنده «١» بناء على ان موردها بيع الفضولي لنفسه،

و قد مر الجواب عنها.

(١) راجع الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه و باب ٧ من أبواب احكام العقود.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥

مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبايعه الغير المالك بلا تعرض فيها، لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

و منها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، و هذا غالبا مفقود في المغصوب. (١) و قد تقدم عن المحقق

الكركي ان الغضب قرينه عدم الرضا.
 و فيه اولاً: ان الكلام في الاعم من بيع الغاصب.
 و ثانياً: ان الغضب اماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الاجازة و تملك الثمن. فليس في الغضب دلالة على عدم الرضا باصل البيع، بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء.
 و ثالثاً: قد عرفت ان سبق منع المالك غير مؤثر.
 و منها ان الفضولي إذا قصد الى بيع مال الغير لنفسه، فلم يقصد حقيقة المعاوضة (٢) إذ لا يعقل دخول احد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر.
 فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة، فحقيقته يرجع الى اعطاء المبيع واخذ الثمن لنفسه، و هذا ليس بيعاً.
 و الجواب من ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب ان قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا (٣) و إن كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على

(١) الثاني: انه غالباً يكون منع المالك من البيع موجوداً في المغصوب.

و يعتبر عدم سبق المنع.

و فيه- مضافاً الى ما عرفت من عدم اعتباره- ان المنع غير موجود في غير المغصوب، بل و فيه ايضاً إذ الغضب اماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً.

(٢) الثالث: أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه فهو غير قاصد لحقيقته المعاوضة التي هي عبارة عن دخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، فقصد هذا المعنى لا يلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه، فما يقصده هذا الفضولي ليس بيعاً.

(٣) و اجاب عنه المصنف قدس سره بان البائع في هذا المورد يجعل نفسه مالكا حقيقيا، و هذا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦

هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقياً، نظير المجاز الادعائي في الأصول، نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث و لا اعتقاد له، كان المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضة و لذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل و لم يقع له و لا لغيره، و المراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه و قد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنه عكسه و قد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء و لا اعتقاد لتملك المثلث لأن المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز

الجعل و ان كان لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الادعائي حقيقياً نظير المجاز الادعائي في الاصول.

و اورد عليه بايرادين:

الاول: ما افاده السيد في التعليق، و هو: انه لو كان المالك ذلك لزم البناء على الصحة فيما إذا احرز هذا البناء، إذ مع عدمه لا وجه له، و لم ينقل التفصيل عن احد.

و فيه: ان المصنف لا يدعى ان المصحح هو التنزيل حال العقد، بل يدعى ان الغاصب يجعل نفسه مالكا عدواناً، و انما يبنى بالسرقة و الغصب على ان الاضافة الملكية منسوبة إليه باعها ام لم يبيعها، فإذا باع فهو يبيع ما يراه ملكاً له بعد سرقة الاضافة، و أما غير الغاصب فبنائه على ملكية نفسه واضح.

الثاني: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره: من انه ان ادعى ان الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعي ثم يدعى انه هو هو لاجل تملك العوض فيكون له قصدان: قصد كبروى و هو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعي، و قصد صغروي و هو قصد انه المالك الواقعي.

فيرد عليه: ان الوجدان يكذب ان يكون للغاصب قصد ان، و انما له قصد واحد للمعاملة في حق نفسه كالمالك، و ان ادعى انه يقصد وقوع المعاوضة لنفسه و كان مصححة دعواه الملكية، فيرد عليه: ان ادعائه كونه مالكا لا يصحح القصد الى المعاوضة الحقيقية، فان المعاوضة المبنية على الادعاء لا تكون حقيقية، و كيف يكون حقيقيا ما اساسه الادعاء منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٧

و منها أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه (١) فإن تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد لان معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلثن باجازته، و ان تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، و المجاز غير منشئ.

الظاهر ان مراده الثاني، و يمكن ان يدفع هذا الايراد بان المراد بالمعاوضة الحقيقية هو اعتبار البائع نفسه ملكية المشتري للمعوض بازاء ملكيته للثمن، فطرفاها امران اعتباريان، و عليه فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة على الادعاء و بناء البائع على كونه مالكا. و قد اجاب عن الاشكال السيد الفقيه قدس سره: بان حقيقة البيع ليست الا مبادلة مال بمال من غير نظر الى كونه لنفسه أو لغيره، و هذا المعنى موجود في بيع الغاصب، و قصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته و لا ينافيه ايضا.

و فيه: - مضافا الى تصريحه قدس سره في اول كتاب البيع بان البيع ليس مبادلة بل تمليك و تملك بعوض: - ان حقيقة المبادلة لا تتم الا بلحاظ شيء آخر، و هو في المقام الملكية، و قصد المبادلة في الملكية التي هي صفة اضافية قائمة بالمال و صاحبه يستدعي قصد انتقال المال عن ملك مالكه و دخول عوضه في ملك صاحب هذا المال، و هذا ينافي مع قصد وقوع البيع لنفسه.

و الحق ما تقدم في اول هذا الجزء من ان البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المتقدم كي يرد الاشكال المزبور، بل حقيقته اعطاء شيء لا مجانا- فراجع ما حققناه- و عليه فلا يرد هذا المحذور.

(١) الرابع ان الفضولي إذا قصد البيع لنفسه فان تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد، لان معناها صيرورة الثمن لمالك المثلثن باجازته، و ان تعلقت بغير المقصود كانت عقدا مستأنفا فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشئ.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٨

و قد اجاب عن هذا المحقق القمي رحمه الله في بعض اجوبة مسائله بأن الاجازة في هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى لحوق الاجازة لنفس العقد، كما في الفضولي المعهود، بل بمعنى تبديل رضى الغاصب و بيعه لنفسه برضى المالك و وقوع البيع عنه (١) و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئا ثم ملكه، و قد صرح في موضع آخر بأن حاصل الاجازة يرجع الى ان العقد الذي قصد الى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه فيكون عقدا جديدا كما هو احد الاقوال في الاجازة. (٢) و فيه أن الإجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشتري، لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانيا بالتبديل المذكور، لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري انما رضى بذلك الايجاب المغاير لمؤدى الإجازة. فإذا التزم يكون مرجع الإجازة الى تبديل عقد بعقد و بعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانيا فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري و هذا خلاف الإجماع و العقل (٣).

و اجابوا عنه باجوبة:

منها: ما عن المحقق القمي قدس سره و ما نقل عنه امران.

(١) احدهما: ان مرجع الاجازة في المقام الى تبديل رضا الغاصب بالبيع لنفسه برضا المالك بالبيع لنفسه، و ظاهره التصرف في الايجاب برضا المالك بالبيع لنفسه، و ظاهره التصرف في الايجاب فقط.

و اورد عليه بعدم تطابقه حينئذ لقبول المشتري، لان قبوله انما تعلق بايجاب البائع لا بمضمون الاجازة. و لكن للتأمل في ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار التطابق في هذه الموارد مجالا واسعا.

(٢) ثانيهما: ان مرجع الاجازة في المقام الى التصرف في طرفي العقد معا، و مفادها:

ان العقد الذي قصد الى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقدا جديدا.

(٣) و اورد عليه المصنف قدس سره بان هذا مخالف للاجماع و العقل. و لم يذكر وجه مخالفته للعقل

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٩

و أما القول بكون الاجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم و إنما حكى كاشف الرموز عن شيخه و هو المحقق أن الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع و هو قائم مقام إيجاب البائع و ينضم إليه القبول المقدم من المشتري، و هذا لا يجرى فيما نحن فيه لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه، فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع و تملك مبيع منه فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع فلا بد له من قبول آخر فالالاكتفاء عنه بمجرد اجازة البائع الراجعة الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزم بكفاية رضا البائع و انشائه عن رضا المشتري و انشائه، و هذا ما ذكرنا انه خلاف الاجماع و العقل

و ذكروا في وجهه امورا:

الأول: ان تبديل قصد وقوعه لنفسه و رضاه به بقصد وقوعه لغيره مستلزم لانقلاب ما وقع عليه عما وقع، و هو محال.

و فيه: ان المراد ان العقد الواقع المضاف الى الغاصب ملغاة هذه الخصوصية منه،

بمعنى انها لا تؤثر، و بالاجازة يضاف الى المالك و يكون بذلك مؤثرا، فلا يلزم الانقلاب.

الثاني: ان المالك لا سلطنة له على المشتري، فكيف يبدل قبوله.

و فيه: ان عدم سلطنة المالك على المشتري شرعى لا عقلى، مع ان تبديل قبوله ليس من شئون سلطنته عليه بل على ماله، فان المشتري

انما ملك ماله للبائع لا مجانا، بل بازاء مال المالك فللمالك من حيث سلطنته على ماله ان يجيز بدلية ماله لمال المشتري بان يسقط

خصوصية البائع في طرفيته لمال المشتري بازاء ماله. فتدبر.

الثالث: ان لازم ما ذكر اتحاد الايجاب و القبول، مع انه لا يعقل ذلك.

و فيه: ان المحقق لا يدعى كون الاجازة عقدا و انما ادعى كونها بمنزلة العقد الجديد،

اي تكون تصرفا في الايجاب و القبول باسقاط الخصوصية غير القابلتين للاجازة.

فالانصاف ان ما افاده المحقق القمي قدس سره غير مناف للعقل.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٠

فالاولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما اجيز.

و توضيحه ان البائع الفضولى انما قصد تملك المشتري للمشتري بازاء الثمن. (١)

و أما كون الثمن مالا- له أو لغيره فأيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه الى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقا لمعنى المعاوضة و المبادلة و حيث أن البائع يملك المثلث بانيا على تملكه له و تسلطه عليه، عدوانا أو اعتقادا، لزم من ذلك بنائه على تملك الثمن و التسلط عليه، و هذا معنى قصد بيعه لنفسه، و حيث ان المثلث ملك لمالكة واقعا. فإذا اجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه،

فعلم من ذلك ان قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الايجاب حتى تردد الامر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الايجاب هو تمليك المثلث بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض إلا باقتضاء المعاوضة لذلك، و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير (٢) فقال للبائع الأصيل تملك منك أو ملكت «بالتخفيف» هذا الثوب بهذه الدراهم. فإن مفهوم هذا الانشاء هو تملك الفضولى للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بد من التزام كون الإجازة نقلا مستأنفا غير ما أنشأ الفضولى الغاصب.

(١) و منها ما افاده المصنف قدس سره و هو ان ايجاب البائع الغاصب يتضمن امرين:

احدهما تمليك المشتري المال بعوض.

الثاني: دخول العوض في ملكه.

و الثاني خارج عن مضمون الايجاب، نعم مقتضى طبع المعاوضة دخوله في ملك مالك المبيع، و حيث ان المبيع ملك للمجيز واقعا فيدخل العوض في ملكه كذلك في فرض الاجازة، و حيث انه مالك ادعاء و اعتقادا فيكون بانيا على تملكه العوض، و عليه فلا مانع من تعلق الاجازة بما هو مضمون الايجاب.

(٢) ثم اورد على نفسه بانه لا يتم فيما لو كان الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير و قال للبائع تملك منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم إذ مفهومه شيء واحد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥١

و بالجملة فنسبة المتكلم الفضولى بتملك المثلث الى نفسه بقوله ملكت أو تملك كايقاع المتكلم الاصلى التمليك على المخاطب الفضولى بقوله ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك، و بهذا استشكل العلامة رحمهم الله في التذكرة حيث قال: لو باع الفضولى مع جهل الآخر، فاشكال من ان الآخر انما قصد تمليك العاقد، و لا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته،

لانه حينئذ انما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه اصليا أو نائبا. و لذا يجوز مخاطبته و اسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائبا و ليس الا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا، فإذا صح اعتباره نائبا صح اعتباره على الوجه الأعم عن كونه نائبا أو اصليا.

اما الفضولى فهو اجنبى عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار، و قد تظن بعض المعاصرين لهذا الاشكال في بعض كلماته، فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه مع انه لا يخفى مخالفته للفتاوى و اكثر النصوص المتقدمة في المسألة، كما اعترف به اخيرا، و اخرى بأن الاجازة انما تتعلق بنفس مبادلة العوضين و ان كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثلث مأخوذة فيها، و فيه ان حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الأشكال أعنى قول المشتري الغاصب تملكك أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم، ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع فإجازة هذا الانشاء لا يحصل بها تملك المالك الاصلى له، بل يتوقف على نقل مستأنف فالأنسب في التفصي أن يقال أن نسبة الملك الى الفضولى العاقد لنفسه في قوله، تملك منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للمثلث اعتقادا أو عدوانا (١).

و هو تملك الفضولي للثوب، و لا يكون ذلك منحلا الى شيئين كى تتعلق الاجازة باحدهما دون الآخر.

(١) ثم تفصى عن الاشكال بان نسبة الملك الى الفضولى ليست بما هو هو، بل بما هو مالك، فحيثه المالكية ماخوذة فيه، و من المعلوم ان كل محمول مترتب على المتحيث بحيثه فى الحقيقة مترتب على تلك الحيثه، فيكون المنسوب إليه الملك هو المالك منهاج الفقاهه (لروحانى)، ج ٤، ص: ٥٢

و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته،

ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادله بتملك شخص المال بازاء مال غيره، فالمبادله الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون الا إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن احدهما و عقد لنفسه لم يتحقق المعاوضه و المبادله حقيقة، فإذا قال الفضولى الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا، فالمنسوب إليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث ان الثابت للشىء من حيثه تقيديه ثابت لنفس تلك الحيثه، فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن، الا ان الفضولى لما بنى على انه المالك المسلط على الثمن اسند ملك المثلن الذى هو بدل الثمن الى نفسه، فالاجازة الحاصلة من المالك متعلقة بانشاء الفضولى و هو التملك المسند إلى مالك الثمن و هو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال الثمن إليه هذا مع انه ربما يلتزم صحه ان يكون الاجازة لعقد الفضولى، موجبه لصيرورة العوض ملكا للفضولى، ذكره شيخ مشايخنا فى شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من اجلاء تلامذته، و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين:

و الاجازة تتعلق بهذا المضمون، غاية الأمر ان الفضولى لما بنى على انه المالك اسند ملك العوض الى نفسه.

و فيه اولاً: كون هذه الحيثه حيثه تقيديه غير ثابت، بل الظاهر كونها حيثه تعليلية، إذ المالك انما يبيع أو يشتري لنفسه لا للمالك. و ثانياً: ان الحيثه التقيديه المفروضه هى كونه مالكا ادعاء لا حقيقة، و ايقاع العقد للمالك الادعائى غير قابل للتأثير بالاجازة، و وقوعه للمالك الحقيقى بالاجازة موجب لكون المجاز غير منشأ، و المنشأ غير مجاز.

و الحق فى المقام يقتضى ان يقال: ان بيع الفضولى لنفسه على اقسام:

الأول: ان يكون داعيه من البيع التصرف فى الثمن و الا يوقعه لمالكه، و فى هذا القسم لا كلام فى انه لو اجازه المالك صح و وقع له، و يكون المنشأ مجازا.

الثانى: ان يبيع لنفسه من غير بناء على مالكيته للمبيع و يقصد خروج المعوض

منهاج الفقاهه (لروحانى)، ج ٤، ص: ٥٣

احدهما: ان قضيه بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحه ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه نظير ما إذا قال اعتق عبدك عنى، أو قال بع مالى عنك أو اشتر لك بمالى كذا، فهو تملكك ضمنى حاصل بيعه أو الشراء، و نقول فى المقام ايضا، إذا اجاز المالك صح البيع و الشراء و صحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أن الاجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمنه البيع الصحيح فتلك الاجازة اللاحقه قائمه مقام الأذن السابق قاضيه بتملكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه.

الثانى: أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد فى انتقال بدله إليه بل يكفى ان يكون مأذونا فى بيعه لنفسه، أو الشراء، به فلو قال بع هذا لنفسك أو اشتر لك بهذا، ملك الثمن فى الصورة الاولى بانتقال المبيع عن مالكه الى المشتري، و كذا ملك المثلن فى الصورة الثانية، و يتفرع عليه انه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضه رجع الملك الى مالكه دون العاقد. و فى كلا الوجهين نظر:

اما الاول: فلأن صحه الاذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه، كما تقدم فى بعض فروع المعاطاه مع ان قياس الاجازة على

الأذن قياس مع الفارق،

لأن الأذن

عن ملك مالكة و دخول عوضه فى ملكه، و هذا القسم على مسلك المصنف قدس سره و موافقيه من ان البيع هو المعاوضة يكون باطلا- و غير قابل للتأثير بالا اجازه، و لكن على المسلك الحق من كون البيع هو الاعطاء لا مجانا قابل للصحة بالا اجازه، فان اجازته على ما وقع وقع للبائع، و ان اجازته لنفسه صح و يكون قصد وقوعه لنفسه ملغى و لغوا.

الثالث: ان يكون البيع لنفسه بعد البناء على مالكية نفسه، و هذا القسم هو الذى يكون موردا لكلام المصنف و قد عرفت ما فى تصحيحه و وقوعه للمالك مع الاجازة،

و لكن يمكن تصحيح ذلك بوجه آخر و هو: ان انشاء الغاصب على هذا النحو بالمطابقة

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٥٤

فى البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنا ما قبل البيع بخلاف الاجازة، فإنها لا يتعلق الا بما وقع سابقا و المفروض انه لم يقع الا مبادلة مال الغير بمال آخر، نعم لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدوانا أو اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البديل إليه فالاجازة من المالك ان رجعت الى نفس المبادلة افادت دخول البديل فى ملك المجيز، و ان رجعت الى المبادلة منضمة الى بناء العاقد على تملك المال،

فهى و ان افادت دخول البديل فى ملك العاقد الا ان مرجع هذا الى اجازة ما بنى عليه العاقد من التملك و امضائه له إذ بعد امضائه يقع البيع فى ملك العاقد فيملك البديل الا ان من المعلوم عدم الدليل على تأثير الاجازة فى تأثير ذلك البناء فى تحقق متعلقه شرعا بل الدليل على عدمه (١) لان هذا مما لا يؤثر فيه الاذن لان الاذن فى التملك لا يؤثر التملك فكيف اجازته.

يدل على تملكه للعوض، و بالدلالة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور، اى دخول العوض فى كيس من خرج عن كيسه المعوض، فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامى فيقع له، كما له اجازة المدلول المطابقى فيقع للغاصب.

الرابع: ان يكون البيع لنفسه مع قصده انشاء التملك بنفس انشاء البيع، بمعنى انه بانشاء البيع ينشأ امرين مترتين: احدهما: التملك، ثانيهما: انشاء البيع لنفسه. و بعبارة اخرى: ينشأ البيع لنفسه مترتا عليه، و فى هذا القسم لو اجاز المالك التملك يقع البيع لا للمالك كما لو اذن المالك للبيع لنفسه بهذا النحو، و لعل هذا هو مراد كاشف الغطاء قدس سره مما نقله عنه المصنف قدس سره.

و عليه فلا يرد عليه ما افاده المصنف قدس سره.

(١) بان الاجازة لا دليل على تأثيرها فى بناء الغاصب على الملكية فى تحقق متعلقه شرعا، بل الدليل على عدمه، لان هذا مما لا يؤثر فيه الاذن، إذ الاذن فى التملك لا يؤثر التملك فكيف اجازته، لان ايراده مبدن على ان يكون التملك بالبناء المجرد على الملكية من دون انشاء للتملك، و قد عرفت انه يمكن ان يكون مراده التملك بنفس البيع و لحوق الاجازة له لا بأس به.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٥٥

و أما الثانى: فلما عرفت من منافاته لحقيقته البيع التى هى المبادلة، و لذا صرح العلامة رحمهم الله فى غير موضع من كتبه تارة بأنه لا يتصور، و أخرى بأنه لا يعقل ان يشتري الانسان لنفسه بمال غيره شيئا.

بل ادعى بعضهم فى مسألة قبض المبيع عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثمن

اشتر لنفسك به طعاما، و قد صرح به الشيخ و المحقق و غيرهما.

نعم سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب ان ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما أن

الغاصب مسلط على الثمن، و أن لم يملكه فإذا اشترى به شيئاً ملكه و ظاهر هذا امكان ان لا يملك الثمن و يملك المثلث المشتري «بصيغة المجهول» الا ان يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلث مطلقاً، كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب، أو أنا ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء. و كيف كان فالأولى في التفصي عن الاشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا، ثم ان مما ذكرنا من ان نسبة ملك العوض حقيقة انما هو الى مالك المعوض، لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع اشكال آخر (١) في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري، و هو ان المشتري الأصيل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً،

(١) قوله يظهر اندفاع اشكال آخر في صحة البيع لنفسه في صحة بيع الفضولي لنفسه اشكال آخر، و هو انما يكون من جهتين: الاولى: ان المشتري العالم بكون البائع غاصباً كيف يملكه الثمن بازاء تمليكه مال الغير الثانية: انه لو سلط المشتري العالم الفضولي على الثمن ليس له الرجوع على البائع بالثمن لورد المالك البيع على ما حكم به الاصحاب، و هذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالثمن فلا يكون البيع المزبور قابلاً للاجازة لكونه بيعاً بلا ثمن، إذ لو كان هذا ثمنه كان اللازم ان يرد الى المشتري برد البيع. اما الاشكال من الجهة الاولى: فالجواب عنه هو الجواب عن الاشكال: بان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٦

فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم، بأن المالك لو رد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن. و هذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، و الا كان ردها موجبا لرجوع كل عوض الى مالكه، و حينئذ إذا اجاز المالك لم يملك الثمن لسبق اختصاص الغاصب به فيكون البيع بلا ثمن، و لعل هذا هو الوجه في اشكال العلامة في التذكرة حيث قال بعد الاشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري.

أن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، انتهى.

أقول: هذا الأشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك و بقاءه، و بعد تسليم ان الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديرى الرد و الاجازة، لا التسليط المراعى بعدم اجازة البيع: (١) انما يتوجه على القول بالنقل، حيث ان تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة فلا يبقى مورد للاجازة. و أما على القول بالكشف فلا يتوجه (٢) اشكال اصلا

الغاصب كيف يقصد المعاوضة، الذى مر.

و به يظهر ان ما ذكره المصنف قدس سره من انه بما ذكرناه اندفع هذا الاشكال متين.

و لا يرد عليه ما افاده المحقق الايروانى قدس سره بقوله: لم اعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا الاشكال، كى يحصل به الجواب عنه. و أما الاشكال من الجهة الثانية: فيمكن الجواب عنه: بان هذا الحكم لم يفت الاصحاب جميعاً به. بل فى المسألة قولان آخران: احدهما: الضمان مطلقاً كما افتوا به جميعاً فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، ثانيهما: الضمان مع بقاء العين. و اجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين آخرين.

(١) احدهما: ان التسليط المذكور انما يكون تسليطاً مجانياً فى صورة الرد خاصة لا مطلقاً.

وفيه: ان هذا يكون تمليكا معلقاً، و هو غير نافذ.

(٢) ثانيهما: ان هذا الاشكال لو تم فانما هو على القول بالنقل، و لا يتم على القول بالكشف،

فانه على هذا المسلك تكشف الاجازة عن كونه تسليطاً على مال الغير.

و فيه: ان الكشف الذى يمكن الالتزام به هو الكشف الحكيمى لا الحقيقى، فقبل الاجازة لا يكون المال منتقلا عنه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٥٧

لان الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطا له على مال نفسه، و الاجازة كاشفة عن كونه تسليطا له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، و لذا لو لم يقبضه الثمن حتى اجاز المالك أو رده لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك، و سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك تنمؤه لذلك فانتظر.

ثم اعلم ان الكلام فى صحة بيع الفضولى لنفسه غاصبا كان أو غيره، انما هو فى وقوعه للمالك إذا اجاز و هو الذى لم يفرق المشهور بينه و بين الفضولى البائع للمالك لا- لنفسه و أما الكلام فى صحة بيع الفضولى و وقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع و اجاز سواء باع لنفسه أو المالك فلا دخل له بما نحن فيه، لأن الكلام هنا فى وقوع البيع للمالك، و هناك فى وقوعه للعاقد إذا ملك. و من هنا يعلم ان ما ذكره فى الرياض،

من ان بيع الفضولى لنفسه باطل (١) و نسب الى التذكرة نفي الخلاف فيه فى غير محله، الا ان يريد ما ذكرناه و هو خلاف ظاهر كلامه،

بقى هنا امران

اشارة

(١) قوله و من هنا يعلم ان ما ذكره فى الرياض من ان بيع الفضولى لنفسه باطل مراده من ضم فتوى المشهور فى بيع الفضولى لنفسه بالصحة بعد الاجازة الى نسبة نفي الخلاف فى البطلان الى العلامة يستنتج تامية ما اخترناه من وقوعه للعاقد الفضولى إذا ملك و اجاز- لكنه خلاف ظاهر كلماتهم و كيف كان فهناك مسألتان،

احدهما ان العاقد الفضولى لنفسه إذا صار مالكا و اجاز و هى هذه المسألة.

ثانيتهما إذا باع الفضولى مال الغير لنفسه فاجازه المالك و الثانية محل الكلام،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٥٨

الأول: انه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى، بين كون مال الغير (1) عينا أو دينا فى ذمة الغير،

و منه جعل العوض ثمنا أو مثمنا فى ذمة الغير، ثم ان تشخيص ما فى الذمة الذى يعقد عليه الفضولى. (٢) اما باضافة الذمة الى الغير، بأن يقول بعث كرا من طعام فى ذمة فلان بكذا، أو بعث هذا بكذا فى ذمة فلان، و حكمه انه لو اجاز فلان يقع العقد له و ان رد بطل رأسا.

و أما بقصده العقد له فإنه إذا قصد فى العقد تعيين كونه صاحب الذمة، لما عرفت من استحالة دخول احد العوضين فى ملك غير من خرج عنه الآخر، الا على احتمال ضعيف تقدم عن بعض، فكما ان تعيين العوض فى الخارج يغنى عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغنى عن تعيين الثمن الكلى باضافته الى ذمة شخص خاص، و حينئذ فإن اجاز من قصد

لو كان مال الغير فى ذمته لا عينا

(١) قوله لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو دينار

بعد ما لا كلام فى عدم الفرق فى الفضولى بين كون مال الغير عينا أو فى ذمة الغير فى الجملة وقع الكلام فى جهات:

الأولى: فيما به يتشخص ما فى الذمة.

(٢) المصنف قدس سره افاد ان تشخيصه انما يكون باضافة الذمة الى الغير، و مقتضى اطلاق كلامه كصريح المحقق النائيني قدس سره عدم الفرق بين الاضافة إليه لفظاً أو قصداً، أو بقصد العقد له لفظاً أو قصداً، و ذكر فى وجه كفاية الثانى: ان تعيين من يقع له العقد بعد استحالة دخول احد العوضين فى كيس من خرج عنه الآخر يكون تعييناً لمن فى ذمته الثمن. و لكن يرد عليه انه بما ان الكلى ما لم يضاف الى ذمة شخص لا يقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء فمجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من فى ذمته الثمن لا يكفى و لا يغنى عن اضافة الكلى إليه، فلا بد من الاضافة المزبورة، فالتشخيص انما يكون بالاضافة خاصة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٥٩

مالكيته وقع العقد، و إن رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا، لأن مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردد فى باب الفضولى بين مالكة الاصلى، و من وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين الفضولى و من وقع له العقد، إذ لو صح وقوعه للفضولى لم يحتج الى اجازة و وقع له الا ان الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد، و حلف على نفى العلم (١) حكم له على الفضولى لوقوع العقد له ظاهراً، كما عن المحقق و فخر الإسلام و المحقق الكركى و السيورى و الشهيد الثانى. و قد يظهر من اطلاق بعض الكلمات كالقواعد، و المبسوط و قواع العقد له واقعا، و قد نسب ذلك الى جماعة فى بعض فروع المضاربة، و حيث عرفت ان قصد البيع للغير أو اضافته إليه فى اللفظ يوجب صرف الكلى الى ذمة ذلك الغير، كما ان اضافة الكلى إليه

(١) الجهة الثانية: انه لم يصدق الطرف الآخر قصد الفضولى البيع أو الشراء لغيره، ففى المسألة اقوال:

الأول: ما عن جمع من الاساطين، و هو الحكم بوقوع العقد للفضولى ظاهراً.

الثانى: الحكم بوقوعه له واقعا.

الثالث: الحكم بعدم الوقوع.

و مجمل القول فى المقام: انه تارة يكذب كل منهما الآخر - كما لو ادعى البائع ان المشتري قصد الشراء لنفسه فى ذمته و هو ايضا قصد ذلك، و ادعى المشتري انه قصد الشراء لغيره و البائع ايضا قصد ذلك - و اخرى يدعى المدعى الفضولى انه قصد غير ما قصده طرفه و تخيل انه ايضا قاصد لذلك و الاصيل ينكر ذلك و يدعى انه قصد عين ما قصده و هو الشراء مثلاً لنفسه.

اما الصورة الاولى: فهى من قبيل التداعى فلا بد من اعمال قواعد ذلك الباب و أما الصورة الثانية: فحيث ان المدعى هو من يدعى الفضولية لمخالفة قوله لظاهر العقد و اصالة الصحة، إذ على ما يدعيه يكون العقد باطلاً، و على قول طرفه يكون صحيحاً

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٠

يوجب صرف البيع أو الشراء إليه، و ان لم يقصده أو لم يصفه إليه، ظهر من ذلك التنافى بين اضافة البيع الى غيره و اضافة الكلى الى نفسه أو قصده من غير اضافة،

و كذا بين اضافة البيع الى نفسه و اضافة الكلى الى غيره، فلو جمع بين المتنافيين (١) بأن قال: اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى أو اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمة فلان.

ففى الأول: يحتمل البطلان: (٢) لأنه فى حكم شراء شىء للغير بعين ماله،

و يحتمل الغاء احد القيدين و تصحيح المعاملة لنفسه أو للغير.

و في الثاني: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد اجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقادا،
و يحتمل الصحة بالغاء قيد ذمة الغير، لأن تقييد الشراء أولا بكونه لنفسه يوجب الغاء ما ينافيه من اضافة الذمة الى الغير، و المسألة تحتاج الى تأمل. ثم انه قال في التذكرة: لو اشترى فضوليا،

فمقتضى القاعدة هو اقامة البيئنة و إذا لم يتمكن منها يحلف المنكر فان حلف برأ و حكم ببطلان العقد، و ان لم يحلف ورد الحلف فان تمكن المدعى من الحلف على العلم بالقصد و حلف فيحكم له، و ان لم يتمكن من الحلف على العلم حكم له ايضا. و تمام الكلام في كتاب القضاء.

(١) الجهة الثالثة: لو جمع بين المتنافيين، بان قال: اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشترت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان و اجاز من اضيف إليه.

(٢) ففي الاول احتمال المصنف قدس سره البطلان، لانه في حكم شراء للغير بعين ماله، و احتمال الغاء احد القيدتين.

و جزم المحقق النائيني قدس سره بالصحة و الغاء قيد لفلان، لان وقوع العقد للغير انما يكون لو اضاف إليه و لم يلحقه بما ينافيه. و الا فيقع لنفسه كما هو مقتضى اطلاق العقد،

و جزم السيد قدس سره بالبطلان على مسلك المصنف قدس سره من كون البيع هو المعاوضة.

و حق القول فيه بنحو يظهر الحق و ما في سائر الاقوال: انه بناء على المختار من

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦١

فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان و الوقف على الاجازة، الا ان ابا حنيفة قال: يقع للمشتري لكل حال، و ان كان في الذمة لغيره و اطلق اللفظ قال علماؤنا يقف على الاجازة فإن اجاز صح و لزمه اداء الثمن، و ان رد نغد عن المباشر (١) و به قال الشافعي في القديم و احمد، و انما يصح الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، و انما وقف على الاجازة لأنه عقد الشراء له، فإن اجازته لزمه و ان رده لزم من اشتراه، و لا فرق بين ان ينقد من مال الغير او لا، و قال أبو حنيفة: يقع عن المباشر و هو جديد للشافعي، انتهى.

و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا، كما يشعر به تعليقه بقوله لانه تصرف في ذمته لا في مال الغير، لكن اشترنا سابقا اجمالا الى ان تطبيق هذا على القواعد مشكل

كون البيع هو الاعطاء لا مجانا، يصح البيع المذكور و يقع للغير و تشتغل ذمة نفسه بالدرهم، نعم تعتبر اجازة ذلك الغير، إذ دخول شيء في ملكه بلا رضاه مناف لتسلط الناس على انفسهم.

و أما بناء على كونه هو المعاوضة- كما اختاره المصنف- رحمه الله و غيره- فيمكن تصحيحه بالنحو الذي صحح البيع لنفسه بمال الغير بدعوى البناء على ملكيته له فإذا اجاز المالك يقع له، فانه يقال في المقام انه يشتري لغيره بدرهم في ذمة نفسه، بعد البناء على ملكية لما في ذمته و تسلطه عليه، ففي الحقيقة يشتري لمن هو مسلط على ما في ذمته و هو نفسه فيصح البيع و يلغى قيد وقوع البيع للغير، و بذلك يظهر ما في كلمات الاساطين، هذا كله في الأول،

و به يظهر الحال في الثاني، إذ على المختار يقع لنفسه إذا اجاز ذلك الغير البيع على ما وقع، و ان اجازته لنفسه صح له و يلغى قيد وقوعه لنفسه، و على مسلك المصنف قدس سره يقع للمجيز بالتقريب المتقدم، و لا وجه لما احتمله من الصحة بالغاء قيد ذمة الغير، فانه يلزم منه وقوع ما لم يقصد كما هو واضح.

الجهة الرابعة: لو جمع بين المتنافيين ورد العقد من اضيف إليه بطل العقد، و عن العلامة قدس سره في التذكرة

(١) و ان كان في الذمة لغيره، و اطلق الى آخر ما نقله المصنف قدس سره

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦٢

لانه ان جعل المال في ذمته بالاصالة فيكون ما في مثل هذا. اما البطلان لو عمل بالنية بناء على انه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير قهرا. اما صحته و وقوعه لنفسه لو الغى النية، بناء على انصراف المعاملة الى مالك العين قهرا، و ان نوى خلافه. و ان جعل المال في ذمته لا- من حيث الاصله بل من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير فضولا، ففيه مع الاشكال في صحة هذا لو لم يرجع الى الشراء في ذمة الغير ان اللازم من هذا ان الغير إذا رد هذه المعاملة، و هذه النيابة يقع فاسدة من اصلها الا انها تقع للمباشر، نعم إذا عجز المباشر من اثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة: كما مرددة بين المباشر و المنوى دون التزامه خرط القتاد و يمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهرا لكنه بعيد.

و هذا الكلام حيث انه بظاهره لا ينطبق على القواعد تصدى القوم لتصحيحه.

و قد ذكر المحقق النائيني قدس سره له توجيهين احدهما: ان يكون مراده شراء العاقد لنفسه مع كون المال في ذمته، و يكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير، و حينئذ فان اجاز الغير التولية يكون العقد له و تكون اجازته من قبيل القبول، و ان رد يقع للعاقد. وفيه: ان ظاهر كلامه انه لو اجاز ينتقل المال من مالكة الى المجيز لا منه الى العاقد و منه الى المجيز. ثانيهما: ان يكون مراده وقوع البيع للغير في ذمته، و يكون جعل المال في ذمته نظير الضمان عن الغير بناء على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضمان من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فيكون كل منها ضامنا بنحو الطولية، ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال و هو الملزم به اولاً، و لكن إذا اجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر إليه، و إذا رد يبقى في ذمته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦٣

الثاني: الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولى، بين البيع العقدي و المعاطاة (1)

بناء على افادتها للملك، إذ لا فارق بينها و بين العقد، فإن التقابض بين الفضولين أو فضولى و اصيل إذا وقع بنية التمليك فاجازه المالك فلا- مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الاجازة، فعموم مثل قوله تعالى: احل الله البيع شامل له، و يؤيده رواية عروة البارقي، حيث ان الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة،

و فيه: اولاً: ان الغير إذا لم يجز لا معنى لكون الضامن ملزماً و لا لوقوع البيع له.

و ثانياً: يلزم انه لو لم يؤد الغير المال بعد اجازة البيع ان يجب على العاقد ان يؤديه،

و هو كما ترى.

فالصحيح في توجيه كلام العلامة قدس سره ان يقال: ان مراده ان يشتري شيئاً بمن من الحنطة مثلاً و يلتزم هو بادائه، اما من مال زيد فيكون الشراء له، أو من ماله فيكون الشراء لنفسه، و ينحل هذا الشراء الى شرائين طوليين، فان اجاز الغير يقع له، و ان رد يقع للعاقد.

و مثل هذا التعليق لا يوجب البطلان، لان المتيقن من معقد الاجماع غير هذا المورد الذي ينشأ شراء ان.

الفضولى في المعاطاة

(١) الثاني: قال المصنف قدس سره الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام البيع الفضولى بين البيع العقدي و المعاطاة.

في المسألة وجوه: و بعضها اقوال ثالثها التفصيل بين القول بالاباحة، فلا يجرى الفضولى في المعاطاة و القول بالملك فيجرى رابعها التفصيل بين كون الفضولى على خلاف القاعدة فلا يجرى مطلقاً، و كونه على طبقها فيجرى خامسها: التفصيل بين كون المعاطاة على

خلاف القاعدة فلا يجرى و بين كونها على طبقها ما يجرى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦٤

و توهم الاشكال فيه من حيث ان الاقباض الذى يحصل به التملك محرم لكونه تصرفا فى مال الغير، فلا يترتب عليه اثر (١) فى غير محله إذ قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير: كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمة مع انه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك (٢) بناء على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولى

و حق القول فى المقام يقتضى البحث فى مقامين:

الأول: بناء على القول بافادة المعاطة الملك.

الثانى: بناء على القول بافادتها الاباحة.

اما الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: بناء على كون الفضولى على طبق القاعدة.

الثانى: بناء على استفادته من النصوص الخاصة.

اما المورد الاول: فان قلنا بان افادة المعاطة الملك انما تكون على خلاف لقاعدة يتعين البناء على عدم جريان الفضولى فيها، إذا المتيقن منه تعاطى المالكين، و ان قلنا بان افادتها الملك انما تكون على القاعدة فمقتضى العمومات هو البناء على الجريان. و قد استدلل لعدم الجريان بوجوه:

(١) الاول: ان الاقباض الذى يحصل به التملك محرم لكونه تصرفا فى مال الغير فلا يترتب عليه اثر.

وفيه: أولا ان النهى النفسى عن المعاملة لا يدل على فسادها كما حققناه فى اول الجزء الاول من هذا الشرح.

و ثانيا: انه قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير لما تقدم فى مبحث المعاطة من كفاية العطاء من جانب واحد و الاخذ من الآخر.

و اجاب عنه المصنف بجوابين آخرين:

(٢) احدهما: انه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك. و فيه: ما تقدم منا- تبعا له قده- من خروج المعاملة بذلك عن الفضولية، اللهم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦٥

مع ان النهى لا يدل على الفساد مع انه لو دل لدل على عدم ترتب الاثر المقصود و هو استقلال الاقباض فى السببية فلا ينافى كونه جزء سبب (١) و ربما يستدل على ذلك بأن المعاطة منوطه بالتراضى و قصد الاباحة أو التملك و هما من وظائف المالك و لا يتصور صدورهما من غيره، و لذا ذكر الشهيد الثانى ان المكروه و الفضولى قاصدان للفظ دون المدلول و ذكران قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك و مشروطة أيضا بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارنا للأمرين، و لا أثر له الا إذ صدر من المالك أو باذنه. و فيه ان اعتبار الاقباض

و القبض فى المعاطة عند من اعتبره فيها انما هو لحصول انشاء التملك أو الاباحة، فهو عندهم من الاسباب الفعلية، كما صرح الشهيد فى قواعد و المعاطة عندهم عقد فعلى، و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها ان البيع ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى، و حينئذ فلا مانع من ان يقصد الفضولى باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملكتك

الا- ان يقال ان جواز التصرف منوط برضا المالك بالتصرف بالقبض و الاقباض، و الرضا المخرج للمعاملة عن الفضولية هو الرضا بانتقال ماله عن ملكه واحدهما غير الآخر

(١) ثانيهما: انه لو دل النهى على الفساد لدل على عدم ترتب الاثر المقصود و هو استقلال الاقباض فى السببية، فلا ينافى كونه جزء

السبب.

و فيه: انه لو دل النهى على الفساد لزم منه الغاء المنهى عنه فى نظر الشارع الاقدس، و كأنه لم يتحقق، فلا محالة لا يصلح لكونه جزء السبب.

و ان شئت قلت: ان تأثير اعطاء مال الغير و اقباضه انما يكون على سبيل جزء المؤثر لا العلية التامة، فلو دل النهى على الفساد لاقتضى الغاء هذا الاثر لاما ليس له فى نفسه، فالصحيح هو الوجهان الاولان.

الثانى: ما افاده صاحب المقاييس، و هو: ان المعاطاة منوطه بالتراضى مع قصد التمليك أو الاباحة، و هما من وظائف المالك. و فيه: اولاً: ان هذا الوجه لو تم لاقتضى عدم جريان الفضولى فى غيرها ايضا، و الكلام فى المقام بعد جريانه فيه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٦

و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للانشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد ادلة اعتبار الرضا و طيب النفس فى حل مال الغير لا يخلو عن تحكم، و ما ذكره الشهيد الثانى لا يجدى فيما نحن فيه لانا لا نعتبر فى فعل الفضولى أزيد من القصد الموجود فى قوله لعدم الدليل، و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة فى العقد القولى ايضا الا ان يقال ان مقتضى الدليل ذلك خرج عنه بالدليل معاملة الفضولى إذا وقعت بالقول.

لكنك قد عرفت ان العقد الفضولى ليس على خلاف القاعدة.

نعم لو قلنا أن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض، و لو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضى المالكين بملكية كل منها لمال صاحبه مطلقا، أو مع وصولهما، أو وصول احدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولى.

نعم الواقع منه ايصال المال و المفروض انه لا مدخل له فى المعاملة، فإذا رضى المالك بملكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا، و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقة لكن الانصاف ان هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاة، و انما قصدهم الى العقد الفعلى، هذا كله على القول بالملك. و أما على القول بالاباحة، فيمكن القول

و ثانياً: ان التمليك الانشائى ليس من وظائف المالك خاصة، و الاثر و ان كان مترتباً على رضا المالك الا ان المفروض فى المقام تحققه بالاجارة.

الثالث: ما افاده المحقق النائنى قدس سره، و حاصله: ان الاجازة لا بد و ان تتعلق بامر مستمر باق كى ينتسب بها الى المالك، و هذا فى العقد القولى موجود، إذ حاصل المصدر ينفك عن الانشاء القولى و يستمر بعده فيستند بالاجازة الى المالك، و أما فى العقد الفعلى - اى الاعطاء - فليس حاصل مصدره امراً مستمراً باقياً، بل هو العطاء، و هو لا ينفك عن الاعطاء، و باجازة المالك لا ينقلب الفعل عما وقع عليه.

و فيه: ما تقدم فى مبحث المعاطاة من ان الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة بلا فرق بينهما، و عليه فينفك حاصل المصدر فيه عن المصدر كما فى الانشاء القولى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٧

ببطلان الفضولى لان افادة المعاملة المقصود بها الملك للاباحة خلاف القاعدة (١)

فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين مع ان حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن (٢) و الآثار الاخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت فى غير زمان الاباحة الفعلية لم تؤثر اثرًا، فإذا اجاز حدث الاباحة من حين الاجازة، اللهم الا ان يقال بكفاية وقوعها مع الاباحة الواقعية إذا كشف عنها الاجازة، فافهم.

و تتعلق الاجازة به. فالأظهر جريان الفضولي فيها.

و أما المورد الثاني: فان كان مدرك صحة الفضولي عموم التعليل في نصوص النكاح فهو يقتضى جريانه في المعاطاة لعموم العلة، و ان كان غيره فهو مختص بغير المعاطاة لعدم الاطلاق له، و ترك الاستفصال في صحيح «١» محمد بن قيس لا يفيد بعد عدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة، و قوله عليه السلام بارك الله في صفقة يمينك في رواية البارقي «٢» لا ظهور له في وقوع المعاملة معاطاة، فان صفقة اليمين كناية عن البيع من دون رعاية ان يكون الانشاء بصفقة اليمين.

و أما المقام الثاني: فقد استدل المصنف قدس سره لعدم جريان الفضولي فيها على القول بالاباحة بوجهين: احدهما:

(١) ان افادة المعاطاة المقصود بها الملك للاباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين. الثاني:

(٢) ان حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن.

و الحق: انه لو قلنا بالاباحة، من باب ان المعاطاة مفيدة للملك: غاية الأمر يشترط فيه التصرف، أو التلف و قبله يحكم بالاباحة الشرعية لدليل خاص، فالفضولي يجرى في المعاطاة لما تقدم، نعم لا يحكم بالاباحة ما لم يجر. و أما لو قلنا بانها مفيدة للاباحة، و تكون الاباحة شرعية، فدليله الأول متين

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

(٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦٨

القول في الإجازة و الرد

أما الكلام في الإجازة،

إشارة

فيقع تارة في حكمها و شروطها و أخرى في المجيز و ثالثه في المجاز.

أما حكمها

إشارة

فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتفاهم على توقفها على الاجازة (١) في كونها كاشفة بمعنى انه يحكم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الاجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقلة، بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كان العقد وقع حال الاجازة على قولين: فالأكثر على الأول و استدل عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة

و لا يتم الثاني، إذ نسبة الاباحة الى ما قبل الاجازة و ما بعدها على حد سواء بعد فرض ان المالك قاصد للملك، فحصولها قبلها لا مانع منه.

و أما إذا قلنا بالاباحة المالكية المنشأة بالفعل فيمكن الاستدلال بادلته نفوذ المعاطاة من قبيل) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (لجريان الفضولى فيها لاستناد العقد الى المالك بعد الاجازة القول فى الإجازة

اما الكلام فى الاجازة فكما فى المتن يقع تارة فى حكمها و شروطها، و اخرى فى المجيز و ثالثة فى المجاز.

(١) اما حكمها: فالمنسوب الى المشهور هو: القول بالكشف، بل قيل: انه لم ينقل القول بالنقل عن احد الى زمان المحقق آقا جمال قده،

و أما المتأخرون عنه فالمشهور بينهم هو النقل، و عن جماعة: التوقف فى المسألة.

ثم ان الكشف يتصور له معان:

احدها: الكشف الحقيقى الصرف، و هو الظاهر من جامع المقاصد و الجواهر.

ثانيها: الكشف عن امر مقارن للعقد، و هو اما الرضا التقديرى كما عن المحقق الرشتى قدس سره، أو تعقب العقد بالرضا فانه وصف مقارن للعقد كما عن جماعة من الأعلام، و اما امر مجهول عندنا بان يكون الشرط لتاثير العقد امرا واقعا مقارنا له لا نعرفه الا انه يكون ذلك الأمر ملازما للإجازة الاستقبالية.

ثالثها: الكشف عن الاثر لكون الإجازة من قبيل الشرط المتأخر، و هو الظاهر من كل من يقول بالشرط المتأخر، و نسب ذلك الى المشهور.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٩

بأن العقد سبب تام فى الملك (١) لعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و تمامه فى الفضولى انما يعلم بالاجازة، فإذا اجاز تبين كونه تاما فوجب ترتب الملك عليه و إلا- لزم أن لا- يكون الوفاء بالعقد خاصة. بل به مع شىء آخر و بأن الإجازة متعلقة بالعقد فهى رضا بمضمونه و ليس إلا نقل العوضين من حينه.

رابعها: الكشف الانقلابى بان تكون الإجازة المتأخرة موجبة لحدوث التأثير فى العقد و جاعلة اياه سببا تاما و هو الذى احتمله المصنف قدس سره فى آخر كلامه.

خامسها: الكشف الحكيمى بمعنى ترتيب آثار الملكية من قبل لا حصول نفس الملكية، و هو المنسوب الى المحقق شريف العلماء استاذ الشيخ قدس سره.

سادسها: الكشف بان تكون الإجازة بوجودها الدهرى المجتمع مع شروطها فى وعاء الدهر، إذ الطوليات الزمانية عرضيات فى عالم الدهر شرطا.

و فى المقام قول آخر اختاره المحقق الايروانى قدس سره و الاستاذ الأعظم و نسب الى المحقق الخراسانى، و هو النقل فى المكية و الكشف فى المملوك، بان يكون اعتبار الملكية بعد الإجازة، و المعتبر قبلها، و ستعرف توضيحه. هذه هى الأقوال فى المسألة.

و أما الادلة: فقد استدلوا للكشف بوجوه، و كل واحد منها استدل به للقول بنحو من الكشف:

(١) الوجه الاول: ما عن جامع المقاصد و هو: العقد سبب تام، إذ المأخوذ موضوعا لوجوب الوفاء هو العقد، قال الله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (و لا يكون شىء آخر دخيلا فيه و الا لأخذ فى الموضوع، غاية الأمر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك إذا لم يجزه المالك، فالعقد الذى اجازة المالك يكون باقيا تحت العموم فلا مناص عن الالتزام بتأثيره خاصة من دون توقف على شىء آخر.

نعم الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم يجز حيث يمكن عدم الإجازة فيحتمل عدم تحقق الموضوع. هذا هو مدرك المعنى الأول من الكشف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٠

و عن فخر الدين في الايضاح الاحتجاج لهم بانها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود (١) لان العقد حالها عدم انتهى و يرد على الوجه الأول أنه ان أريد بكون العقد سببا تاما كونه علّة تامّة للنقل إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم الا ان الاجازة لا يعلم تمام ذلك السبب و لا يتبين كونه تاما إذ الاجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا غاية الأمر ان لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضاء المقارن، فيكون لها مدخل في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها، و منه يظهر فساد تقرير الدليل

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان خطاب) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (متوجه الى المالكين، و مفاده وجوب وفاء كل مالك بعقده، و العقد الصادر من الفضولي انما يكون عقدا للمالك بالاجازة، فالموضوع يتحقق من حين الاجازة.

و ثانياً: انه قد دل الدليل من الإجماع و النص على اعتبار رضا المالك و دخله في ترتب الأثر، و هو يقيد العموم فتأمل.

(١) الثاني: ما عن فخر الدين في الايضاح، و هو: انه إذا لم تكن الاجازة كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود، إذ العقد حالها عدم، و حيث ان هذا الوجه بظاهره بين الفساد من جهة ان القائل بالنقل يرى ان العقد جزء العلة لا تمامها، و معلوم ان بعض اجزاء العلة كثيرا ما يتقدم على المعلول زمانا كما في التدريجات- اى الأجزاء المتدرجة في الوجود- فقد تصدى المحقق النائيني قدس سره لتوجيه و وجهه: بان مراده ان المنشأ لا يتخلف عن الانشاء، و اسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر.

و لكن يرد عليه: ان المنشأ هو الملكية في اعتبار المتبايعين، و الذى يكون محل الكلام هو الملكية في اعتبار الشارع الأقدس.

الثالث: ما عن المحقق الرشتي قدس سره، و هو ان الشرط لتأثير العقد هو الرضا التقديرى من المالك، و الاجازة تكشف عنه ككاشفية شاهد الحال. هذا هو مدرك الوجه الأول من المعنى الثانى له.

و فيه: اولاً: ان الرضا التقديرى لا يكفى في تأثير العقد لعدم انتسابه إليه بذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧١

بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط و كلها حاصلة الا رضا المالك، فإذا حصل بالاجازة عمل السبب عمله، فإنه إذا اعترف ان رضا المالك من جملة الشروط،

فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله و دعوى) صاحب الجواهر (ان الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس، و اعطاء الفطرة قبل وقته، فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة، و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضى على القول به مدفوعه، بأنه لا فرق فيما فرض شرطا أو سببا بين الشرعى و غيره، و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى، فهي كدعوى ان التناقض الشرعى بين الشئيين لا يمنع عن اجتماعهما لان النقيض الشرعى غير العقلى فجميع ما ورد مما يوهم ذلك انه لا بد فيه من التزام ان المتأخر ليس سببا أو شرطا، بل السبب و الشرط الأمر المنتزع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه، بأن يقال ان الشرط تعقب الاجازة و لحوقها بالعقد. و هذا امر مقارن على تقدير الاجازة لمخالفته الأدلة.

اللهم الا ان يكون مراده بالشرط، ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه، و هذا مع انه لا يستحق اطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا،

لأن المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، لأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس، و انه لا ينفع لحوقه في حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك، و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام) صاحب الفصول (بل التزم به غير واحد من المعاصرين، من أن معنى شرطية الاجازة (١)

مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع منها و هو كونها لاحقة للعقد في المستقبل،

فالعلة التامة العقد الملحق بالاجازة و هذه صفة مقارنة للعقد،

و ثانيا: ان الاجازة لا تكشف عن ذلك، كيف و الحالات الموجبة لاختلاف المالك من حيث الرضا و الكراهة مختلفة، فيمكن ان لا يكون حين العقد راضيا، و يصير كذلك بعده

(١) الرابع: ما عن صاحب الفضول و اخيه المحقق، و هو انه حيث لا يمكن ان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٢

و ان كان نفس الاجازة متأخرة عنه، و قد التزم بعضهم مما يتفرع على هذا من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد، و فيه ما لا يخفى من المخالفة للدلة، و يرد على الوجه الثاني اولا ان الاجازة و ان كانت رضا بمضمون العقد

تكون الاجازة المتأخرة شرطا لامتناع تأخر الشرط الذي هو من اجزاء العلة التامة التي يمتنع تأخرها عن المعلول، فلا مناص عن الالتزام بان الشرط الوصف الانتزاعي منه كالتعقب. هذا هو مدرك الوجه الثاني من المعنى الثاني.

و فيه: اولا: ان لازم الوجه المذكور لو تم ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف الانتزاعي، بل تحقق المعلول بعد الاجازة كما هو ظاهر الأدلة.

و ثانيا: انه لا يكون العقد بذاته منشئا لانتزاعه، و ان ابيت عن ذلك و قلت بان عنوان التعقب كعنواني السابق و الملحق ينتزع من نفس العقد- كما انهما ينتزعا منه- لكن لا كلام في ان هذا العنوان مع عنوان لاحقية الاجازة متضائفان، و المتضائفان متكافئان في القوة و الفعلية، فمع عدم فعلية الثاني لعدم تحقق منشئه لا يصير الأول فعليا.

و أما الوجه الثالث من المعنى الثاني: فلم ار ما استدل به عليه،

و يرد: انه خلاف ظاهر الأدلة و رجم بالغيب، مع ان ذلك الأمر حيث انه ليس من الأمور المتأصلة: إذ الصادر من الفضولي ليس الا العقد، فلا مناص عن الالتزام بكونه امرا انتزاعيا، و عليه فان كان منشؤه نفس العقد لزم ترتيب آثاره و لو لم تتحقق الاجازة، و ان كان المنشأ هو الاجازة عاد المحذور المتقدم في سابقه.

الخامس: ما استدل به على الكشف الانقلابي و هو: كون الاجازة من المالك محدثة للتأثير في العقد و جاعلة اياه سببا تاما.

و حاصله، انه فرق بين الاجازة و غيرها من الشروط كالتقبض، فان الاجازة انما تكون انفاذا للعقد السابق، فهي ليست دخيلة في حصول الملكية، بل متممة للعقد الذي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٣

...

هو السبب للملكية نظير انفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر، فالعقد الى حين الاجازة لم يكن سببا و بها انقلب و صار سببا تاما، و لازمه تأثيره في الملك بعد ما لم يكن بنحو الانقلاب.

و فيه: اولا: انه لا يعقل انقلاب الشيء عما وقع عليه.

و ثانيا: ان الاجازة بهذا المعنى لم يدل دليل على نفوذها شرعا، إذ اعتبار الاجازة في سببية العقد، اما ان يكون لأجل اعتبار استناد العقد الى المالك، أو يكون لأجل اعتبار رضا المالك في نقل ماله عن ملكه، و على الأول: لا يستند العقد الى المالك الى حين الاجازة لا انها توجب استناد ما وقع من اول وقوعه إليه، بل من حين الاجازة كما تقدم،

فمن حين الإجازة يتم السبب للملكية فكيف يحكم بحصول الملك قبل تمامية السبب، و كذلك الامر على الثاني: إذ الرضا انما يوجد حين الإجازة لا قبلها، فلا حلية للتصرف قبلها و لا ملك.

السادس: ما استدل به على الكشف الحكمي، و هو وجهان:

احدهما: ما استدل به على الانقلاب بضميمه انه حيث لا- يعقل الانقلاب بدلالة الاقتضاء بينى على ارادة معاملة العقد الملحوق بالإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا اجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري و ان كان اصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه.
و يرد عليه ما تقدم.

ثانيهما: ان الكشف الحكمي سار فى اغلب ابواب الفقه كباب الخمس و الزكاة و نحوهما.

و حاصله: ان كل ما يكون موضوعا لحكم بواسطة الأمر المتأخر- بحيث كان الأمر السابق بمنزلة المادة، و ذلك الأمر بمنزلة الصورة- فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من اول تحققه، لانه ينكشف تحقق الموضوع من الاول الأمر، مثلا عنوان منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٧٤

...

فاضل المثونة موضوع لوجوب الخمس، و ذاته يتحقق اول زمان ظهور الربح، و لكن اتصافه بهذا العنوان انما يكون بعد انقضاء السنة، فبعد انقضاء السنة ينكشف تعلق الخمس من اول السنة. و فى المقام العقد انما يكون موضوعا لوجوب الوفاء بواسطة الإجازة المتأخرة، فلا بد من البناء على ترتيب الآثار مهما امكن.

وفيه: انه إذا كان الأمر المتأخر بمنزلة الصورة فلا بد من الالتزام بالنقل، إذ حقيقة الشيء انما تكون بصورته.

و أما كون الإجازة شرطا بوجودها الدهري، فهو مندفع بان شرط الزمانى لا بد و ان يكون زمانيا، فلم يبق من معانى الكشف الا المعنى الثالث، و هو الكشف عن الأثر.

فقد استدل له: بان الإجازة متعلقة بالعقد، و هى رضا بمضمونه، و ليس الا النقل من حينه،

و هذا الوجه قد استدل به للقول الأخير الذى هو برزخ بين النقل و الكشف و تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى موارد: الأول: فى امكان كل من القولين أى المعنى الثالث و القول الأخير.

الثاني: فى تمامية هذا الوجه.

الثالث: فى انه على فرض التمامية، هل يثبت به الأول، أو الثاني؟ اما الأول: فغاية ما قيل فى وجه امتناع الأول: انه يستلزم القول بالشرط المتأخر،

و الشرط لا يتأخر، و الا لزم تأثير المعدوم فى الموجود أو عدم التأثير، و الأول محال، و الثانى خلف و الجواب عن ذلك فى الاصول، و قد اشبعنا الكلام فيه فى زبدة الاصول.

و اجماله: ان الشرط بنفسه ليس دخيلا- فى المصلحة و الحكم، بل التقييد به دخيل فيهما، و هو بوجوده الخارجى طرف لما يكون دخيلا فى الموضوع و هو التقييد به، و التقييد عبارة عن اضافة خاصة حاصله للشيء إذا لوحظ مع غيره، و تلك الاضافة تحصل

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٧٥

...

إذا لوحظ مع المتأخر، كما تحصل إذا لوحظ مع المقارن، و على التقديرين هو مقارن له،

مثلا في العريقات الحماىى انما يرضى بالتصرف فى الحمام و صرف الماء لمن يعطى الفلوس فيما بعد خروجه، فمن علم من حاله انه يعطيه بعد الخروج- بما انه بالفعل مقيد بهذا و يتصف به- يجوز له التصرف فيه.

و بالجمله: حصول امر اعتبارى اضافى من جهة تحقق المتأخر فى ظرفه واضح، و دخل العناوين الاعتبارية الاضافية فى المصالح و الأحكام فى غاية الوضوح، فلا محذور فى الشرط المتأخر اصلا.

و أما القول الثانى: و هو كون اعتبار الملكية بعد الإجازة و المعتبر سابقا. توضيحه:

ان اعتبار الملكية و حصول الملكية كما يمكن اجتماعهما بحسب الزمان، كذلك يمكن افتراقهما بان يكون الاعتبار فعلا و المعتبر فى زمان لاحق، أو فى زمان سابق. إذ الاعتبار خفيف المثونة و يكون نظير التصور و اللحاظ، و يصح تعلقه بامر متأخر أو متقدم إذا كان هناك مصحح له و لم يترتب عليه محذور، و لذا بنينا على صحة اعتبار ملك المعدوم و الملك للمعدوم، و لا يتوقف الاعتبار الا على اثر مصحح له، ففى المقام تعتبر الملكية بعد تحقق الإجازة لمن انتقل عنه و بعد الإجازة لمن انتقلت إليه.

فقد قيل فى وجه عدم امكانه امور:

الأول انه يلزم كون المال ملكا لمالكين فى زمان واحد، و هذا غير معقول.

و فيه: انه حيث يكون زمان الاعتبار متعدددا فلا محذور فى اجتماع ملكيتين فى زمان واحد.

و ان شئت قلت: ان الاعتبار خفيف المثونة، فيمكن اعتبار شىء واحد لشخصين مع تعدد زمان الاعتبار.

الثانى انه بناء على مسلك العدلية من تبعية الأحكام للمصالح و المفساد، اعتبار كون العين لمن انتقلت عنه الى حين الإجازة لا محالة يكون لمصلحة داعية الى ذلك

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٧٦

الا- ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الاجازة و الرضا بذلك النقل المقيد يكونه فى ذلك الحال، بل هو نفس النقل (١) مجردا عن ملاحظة وقوعه فى زمان، و انما الزمان من ضروريات انشائه، فإن قول العاقد بعث ليس نقلت من هذا الحين و ان كان النقل المنشئ به واقعا فى ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما ان انشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان

و معه كيف يمكن اعتبار ملكيتها لمن انتقلت إليه فى ذلك الزمان بعد كون المصلحة من الأمور الواقعية.

و فيه: ان الأحكام الوضعية تابعة لمصالح فى الاعتبارات لا فى المعتبر، فلا يلزم الاجتماع.

الثالث: انه يلزم التعارض بين الآثار، مثلا- إذا كان للعين منافع و استوفاهما الغير مقتضى الاعتبار الأول كون عوضها لمن انتقلت عنه فيكون ضامنا له، و مقتضى الاعتبار الثانى كونه لمن انتقلت إليه و كونه ضامنا، و هكذا.

و فيه: ان الآثار غير الباقية لا- كلام فيها، و الباقية مترتبة على الاعتبار الثانى و هو الميزان: و فى المثال يحكم بكونه ضامنا للثانى فتحصل: ان الأظهر معقوليتهما معا.

و أما المورد الثانى: فمحصل الدليل المشار إليه: ان العاقد الفضولى كغيره من العاقدين يقصد النقل من زمان العقد و ينشأ ذلك، و الإجازة من المالك تتعلق بتمام ما انشأ الفضولى لا بعضه، و دليل صحة بيع الفضولى انما يدل على صحة عقد الفضولى الذى اجازة المالك و وقوعه، فتكون النتيجة هو الكشف.

و اورد عليه المصنف قدس سره بايرادات:

(١) الأول: ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه بل اصل النقل، و انما يحكم بوقوعه من ذلك الحين فيما إذا كان العاقد هو المالك من جهة وقوع الانشاء الذى هو العلة فى ذلك الحين، و المعول لا يتخلف عن علته.

و بعبارة اخرى: مضمون العقد هو النقل غير المقيد بالزمان، و انما الزمان ظرف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٧

يوجب وقوعه من المنشى في ذلك الزمان (١) فكذلك، اجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، و كما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الايجاب، مع انه ليس الا رضا بمضمون الايجاب، فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه، و كان القبول رضا بذلك كان معنى امضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر من حين الايجاب لان الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به.

و دعوى ان العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعة بأن سببته للملك ليست الا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركبا من نقل في زمان و رضا، بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب، و لأجل ما ذكرنا ايضا لا يكون فسخ العقد الا انحلاله من زمانه (٢) من زمان العقد، فإن الفسخ نظير الاجازة و الرد لا يتعلق الا بمضمون العقد، و هو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا في العقد على وجه القيدية

له لا قيد، و استشهد لذلك بامرین احدهما:

(١) ان القبول حاله حال الإجازة في كونه رضا بمضمون الايجاب، مع انه لم يقل احد بالكشف فيه.

ثانيهما:

(٢) ان الفسخ للعقد انما يكون نظير الاجازة متعلقا بمضمون العقد، فلو كان زمان وقوع العقد مأخوذا في العقد على وجه القيدية لكان فسخه موجبا للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد، مع انه لم يقل به احد.

و لكن يرد عليه قده: ان العاقد الملتفت بحسب الطبع إذا لم ينشأ النقل في زمان متأخر لا محالة يكون قاصدا الى النقل من حين العقد، و انما لا يذكره في الانشاء اعتمادا على ما يقتضيه اطلاق العقد، كيف و لو كان قاصدا لمجرد النقل المهمل من حيث الزمان لم يكن وجه لوقوعه من حين العقد، و مجرد وقوع الانشاء في زمان لا يكفى في وقوع المنشأ من ذلك الحين، فان الانشاء سبب لوقوع مضمونه، و المفروض انه النقل على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٨

لكان رده و حله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد و السر في جميع ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل الا طرفا، فجميع ما يتعلق بالعقد من الارضاء و الرد و الفسخ انما يتعلق بنفس المضمون دون المقيد بذلك الزمان.

و الحاصل انه لا إشكال في حصول الاجازة بقول المالك (١) رضيت بكون مالي لزيد بازاء، ماله أو رضيت بانتقال مالي الى زيد و غير ذلك من الالفاظ التي لا تعرض فيها لإنشاء الفضولى فضلا عن زمانه، كيف و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها اجازة منها و نحو ذلك.

و من المعلوم ان الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولى و بتقرير آخر ان الاجازة من المالك قائمة مقام رضاه، و اذنه المقرون بانشاء الفضولى أو مقام نفس انشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد الا بعد الاجازة، فهى اما شرط أو جزء سبب للملك، بعبارة اخرى المؤثر هو العقد المرضى به و المقيد من حيث انه مقيد لا يوجد الا بعد القيد و لا يكفى في التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد،

سبيل الإهمال لا من حينه، فيتوقف وقوعه من حينه على مرجح يقتضيه، مع انه يفرض الكلام فيما إذا انشأ النقل من حين العقد.

و أما ما ذكره من الشاهدين فيرد على الأول منهما: انه ان قلنا بان القبول انشاء للتملك فالفرق بينه و بين الإجازة واضح، و ان قلنا انه

رضا بمضمون الايجاب فلا- محذور في الايجاب، الا انه بناء على اعتبار الموالاة بين الايجاب و القبول قليل الفائدة، اى لا فرق بين وقوعه من حين الايجاب أو من حين القبول غالباً.

و أما الشاهد الثانى فيرد عليه: ان الفسخ هو حل العقد بقاء لا من حين تحقق العقد.

(١) قوله و الحاصل انه لا إشكال فى حصول الاجازة بقول المالك رضيت هذا ليس حاصلًا لما تقدم بل هو جواب آخر، هلصحو:

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٧٩

و ثانيا انا لو سلمنا عدم كون الاجازة شرطا اصطلاحيا ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط و لا جزء سبب، و إنما هي من المالك محدثة للتأثير فى العقد السابق و جاعلة له سببا تاما حتى كأنه وقع مؤثرا فيتفرع عليه ان مجرد رضا المالك بنتيجة العقد اعنى محض الملكية من غير التفات الى وقوع عقد سابق ليس باجازة لان معنى اجازة العقد جعله جائزا نافذا ماضيا لكن نقول لم يدل دليل على امضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه (١) لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف بتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر.

و من المعلوم ان المالك لا يصير عاقدا أو بمنزلته الا بعد الاجازة فلا يجب الوفاء الا بعدها.

و من المعلوم ان الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى فما لم يجب الوفاء فلا ملك و مما ذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد و قس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم احل الله البيع فإن الملك ملزوم لحلية التصرف فقبل الاجازة لا يحل التصرف خصوصا إذا علم عدم رضا المالك باطنا أو تردده فى الفسخ و الإمضاء.

انه لو سلم كون انشاء الفضولى متعلقا بالنقل من حينه، الا ان الاجازة ليست متعرضة لإنشاء الفضولى و انما هي عبارة عن الرضا بالنقل و المبادلة، فتكون مؤثرة فى النقل من حينها.

و فيه: ان الرضا بالمبادلة ما لم يكن رضا بما انشاء الفضولى لا- يكون كافيا، و انما يبنى على كفاية الكاشف عن الرضا، من قبيل: رضيت بكون مالى لزيد بازاء ماله، من جهة كونه رضا بما انشاء الفضول بالالتزام، و الا لم يكن كافيا.

(١) الايراد الثانى: انه لو سلم كون العقد انشاء للنقل من حينه، و الاجازة متعلقة بهذا، الا انه لا دليل على صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فان خطابات الامضاء من قبيل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «٢») انما تتوجه الى العاقدين، و المالك انما يصير

(١) المائدة، آية ٢.

(٢) البقرة، ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٨٠

و ثالثا: سلمنا دلالة الدليل على امضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى و العرفى اعنى جعل العقد السابق جائزا ماضيا بتقريب ان يقال ان معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفى فإذا صار العقد بالاجازة كانه وقع مؤثرا ماضيا كان مقتضى العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حينه فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه، لكن نقول بعد الاغماض عن ان مجرد كون الاجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا نافذا لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفى ترتب الاثر من حين العقد كما ان كون مفهوم القبول رضاء بمفهوم الايجاب و امضاء له لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الايجاب فتأمل.

إذ هذا المعنى على حقيقة غير معقول لان العقد الموجود على صفة عدم التأثير (١) يستحيل لحوق صفة التأثير له

عاقدا من حين الاجازة، فتلك الخطابات تتوجه إليه من حين الاجازة، فالأحكام التكليفيه انما تكون ثابتة من حينها، و قبلها لا يجب

الوفاء بالعقد ولا يحل التصرف له، و الملكية انما تكون منتزعة منها فكيف يمكن الحكم بتحققها من قبل الإجازة، و الأمر الانتزاعي لا يتقدم على منشأ انتزاعه.

و فيه: ان هذا الوجه يصلح ردا للكشف عن الأثر، و لا يصلح جوابا عما يلتزم بكون اعتبار الملكية انما يكون من حين الإجازة، الا ان المعبر هو امر من حين العقد، الا على مسلكه قده من انتزاعية الأحكام الوضعية عن الأحكام التكليفيه. و أما بناء على كونها مجعولات بالاستقلال- كما حققناه في محله- فلا- يتم هذا الجواب، فان الحكم التكليفي و ان كان من حين الإجازة، الا انه لا مانع من الالتزام بثبوت الحكم الوضعي بالنحو المتقدم من حين العقد. فتدبر.

(١) الايراد الثالث: انه لو سلم جميع الامور المشار إليها- من كون العقد انشاء للنقل من حينه- و من ان الإجازة انفاذ لذلك- و الادلة تدل على صحة هذا لعقد المجاز الا انه لعدم معقولية ذلك فانه يستلزم انقلاب العقد عما وقع عليه من عدم التأثير الى التأثير و هو محال- فلا بد من صرف الدليل عن ظاهره و حمله على الكشف الحكمي

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨١

لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه، فإذا دل الدليل الشرعي على امضاء الاجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بد من صرفه بدلالة الاقضاء الى ارادة معاملته العقد بعد الاجازة معاملته العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة،

فإذا اجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري و ان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك و وقع النماء في ملكه. و الحاصل انه يعامل بعد الاجازة معاملته العقد الواقع مؤثرا من حينه بالنسبة الى ما امكن من الآثار، و هذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتي الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقي و لم اعرف من قال بهذا الوجه من الكشف الا الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته و الا فظاهر كلام القائلين بالكشف ان الانتقال في زمان العقد، و لذا عنون العلامة رحمهم الله: في القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله و في زمان الانتقال اشكال فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعا في زمان الانتقال، و قد تحصل مما ذكرنا ان كاشفية الاجازة على وجوه ثلاثة، قال بكل منها قائل:

احدها: و هو المشهور الكشف الحقيقي و التزام كون الاجازة فيها شرطا متأخرا.

و لذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة بأن الشرط لا يتأخر.

و فيه: ان انقلاب العقد عن كونه غير مؤثر الى صيرورته مؤثرا امر لا بد منه حتى على القول بالنقل، فان ذلك من لوازم دخل الإجازة في تأثيره، و انما الخلاف في ان اثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الإجازة- كما يقول به القائل بالنقل- أو من حين العقد على نحو كون الاعتبار لاحقا، و المعبر سابقا.

فتحصل مما ذكرناه: تمامية هذا الوجه.

و بما ذكرناه ظهر الكلام في المورد الثالث، و انه انما يدل على الكشف بالمعنى الذي اختاره المحقق الخراساني و تبعه جمع من الأساطين، و خلاصة الكلام: ان ادلة الامضاء انما تدل على امضاء العقد المجاز بما له من المدلول، و هو ما ذكرناه. هذا كله فيما تقتضيه القواعد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٢

و الثاني: الكشف الحقيقي و التزام كون الشرط تعقب العقد بالاجازة لا نفس الاجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث: الكشف الحكمي و هو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك في الواقع الا بعد الاجازة، و قد تبين من تضاعيف كلماتنا ان الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمي. و أما الكشف الحقيقي مع كون نفس الاجازة

من الشروط فتمامه بالقواعد فى غاية الاشكال، و لذا استشكل فيه العلامة فى القواعد، و لم يرجحه المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد بل عن الايضاح اختيار خلافه تبعا للمحكى عن كاشف الرموز و قواه فى مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللثام فى النكاح، هذا بحسب القواعد و العمومات. و أما الاخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف (١) كما صرح به فى الدروس. و كذا الاخبار التى بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور (٢)

(١) قوله اما الاخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف.

لاحظ صحيح محمد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام قال قضى فى وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب فاشتره رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال عليه السلام: خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه- يعنى الذى باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك فلما اخذ البيع الابن قال ابوه ارسل ابني فقال لا ارسل ابنيك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه «١»

و دلالة هذا الخبر على الكشف واضحة من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد فى صورة الاجازة مع انه على النقل كان اللازم الحكم بالضمان الا ان المصنف.

(٢) قال لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور.

و لكن يمكن ان يقال انه بضميمة قاعدة من اتلف ظاهر فى الكشف الحقيقى، فانه لو كانت الوليدة الى حين الاجازة باقية على ملك مالکها كان الحكم بالضمان منافيا لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذى ذكره لاستفادة الكشف من خير ابى عبيدة يستفاد

(١) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٨٣

فيحتمل الكشف الحكيمى. نعم صحيحة ابى عبيدة الواردة فى تزويج الصغيرين فضولا لأمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى اجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك و تحلف ظاهر فى قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل اجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على اموالهم، (١) فإطلاق الحكم بالعزل منضمنا الى عموم الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة فى الواقع فكأنه احتياط فى الأموال، قد غلبه الشارع على اصالة عدم الاجازة كعزل نصيب الحمل و جعله اكثر ما يحتمل.

الكشف الحقيقى من هذا الصحيح، و حيث عرفت ان المعقول من الكشف هو الكشف فى المعتبر، و الصحيح قابل للحمل عليه، فيحمل عليه.

و يشهد له ايضا خبر ابى عبيدة «١» الوارد فى تزويج الصغيرين فضولا لأمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى اجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الادراك، فقد افاد المصنف قدس سره فى وجه دلالاته على الكشف.

(١) ان مال الميت لو كان قبل الاجازة باقيا على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على اموالهم، «٢» فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف.

و اورد عليه السيد و تبعه المحقق الايروانى قدس سره: بانه لا محيص عن مخالفة احدى القاعدتين، اما قاعدة السلطنة ان قلنا بالنقل، أو عموم دليل الاستصحاب ان قلنا بالكشف، فترجيح احدى القاعدتين على الأخرى بلا مرجح.

و فيه: ان مخالفة عموم دليل الاستصحاب لا- محيص عنها على القولين، إذ لو قلنا بالنقل و انها ترث بعد الاجازة كان العزل منافيا

لأصالة عدم الإجازة.

و يمكن ان يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف، و هو: انه لو قلنا بالنقل فإن بنينا على انتقال المال كلا الورثة و ان الزوجة تتلقى نصيبها من سائر الورثة لزم مخالفة

(١) الوسائل، باب ١١، من ابواب ميراث الأزواج حديث ١.

(٢) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٤

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل (١) فنقول:

قاعدة الارث المقتضية لتلقى النصيب من الميت، و ان بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت لزم مخالفة قاعدة ما تركه الميت فلوارثه «١» و هذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف كما هو واضح. فتحصل: ان القول بالكشف في المعبر هو الذي تقتضيه القواعد و الأدلة، الخاصة، فعليه الفتوى.

الثمره على القول بالكشف أو النقل

(١) بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل و تنقيح القول في المقام بالبحث في مقامات:

الأول: في تصرف كل منهما في ما انتقل إليه.

الثاني: في تصرف كل منهما فيما انتقل عنه.

الثالث: في سائر الآثار من النماء و غيره.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موارد.

: (١) في الحكم التكليفي: (٢) في الحكم الوضعي: (٣) في الآثار الاخر المترتبة على الملك.

و ليعلم ان الكلام في المقام يقع في تصرف الأصيل، و أما تصرف المالك الذي وقع العقد على ماله فضولا فسيأتى الكلام فيه ان شاء الله تعالى.

اما المورد الأول: فعلى القول بالكشف الحقيقي باحتمالاته- من شرطية التعقب،

أو شرطية اللحاظ، أو شرطية الإجازة نفسها بنحو الشرط المتأخر، أو الكشف المحض- يجوز التصرف ان اجاز المالك لفرض وقوعه في ملكه.

(١) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٥

اما الثمرة على الكشف الحقيقي. بين كون نفس الاجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولي إذا علم اجازة المالك فيما بعد. (١)

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي مع كون نفس الاجازة شرطا يظهر في مثل ما إذا وطى المشتري الجارية قبل اجازة مالكة فأجاز، فإن الوطى على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه،

(٢) و لو

(١) و ما افاده المصنف قدس سره من الفرق في جواز التصرف بين كون نفس الاجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و الحكم بجواز التصرف على الثانى دون الاول، ان اراد شرطيتها على سبيل الانقلاب فهو حق كما ستعرف، الا انه لا يلزم مع ما افاده بعد سطرين.

(٢) من جواز الوطاء واقعا على الكشف الحقيقى مطلقا كما لا يخفى.

و ان اراد شرطيتها على نحو الشرط المتأخر فهو غير صحيح، إذ جواز التصرف من آثار الملك، و المفروض حصوله من حين العقد على هذا المسلك ايضا،

و على القول بالنقل، و الكشف الانقلابى، و الكشف الذى اخترناه، و الكشف الحكمى لا- يجوز لفرض عدم حصول الملك قبل الاجازة، و تحقق الملك بعد الاجازة و لو من حين العقد بنحو الانقلاب أو النحو المعقول لا يوجب انقلاب التصرف الذى وقع غير جائز عن ما وقع عليه هذا فى الحكم الواقعى،

و أما فى الظاهر فان علم بالاجازة جاز التصرف ظاهرا- على فرض جوازه واقعا- و ان لم يعلم به لم يجز لأصالة عدم تحقق الاجازة، بناء على ما هو الحق من جريان الاستصحاب فى الامور الاستقبالية.

و أما المورد الثانى: فعلى القول بالكشف بالنحو الذى اخترناه، فبيعه يكون من قبيل من باع شيئا ثم ملك، و كذلك ما شابهه، و أما الطلاق فلا ينبغى الأشكال فى فساده لعدم علقه الزوجية حينه، و كذلك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٨٦

اولدها صارت ام ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى، لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك، و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمى لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك، و ان حكم بملكته للمشتري بعد ذلك و لو نقل المالك أم الولد

و أما على الكشف الحكمى فلا بد من البناء على نفوذ تصرفاته بعد الاجازة و ان وقعت غير نافذة حين وقوعها، و أما على سائر وجوه الكشف فلا ريب فى نفوذها، كما لا ريب فى عدم النفوذ على القول بالنقل.

و أما المورد الثالث: فلو اولد المشتري الجارية قبل اجازة مالكةا، فعلى القول بالكشف الحقيقى بنحو الكشف المحض، أو الكشف عن مقارنة الشرط، أو الكشف عن الأثر، صارت ام ولد لوقوع الوطاء فى ملكه، و على القول بالنقل لا يتحقق الاستيلاء بلا كلام.

و أما على الكشف الانقلابى، و الكشف الذى اخترناه فالأظهر عدم تحقق

الاستيلاء، إذ الاجازة على القولين توجب الملكية حقيقة فى الزمان الذى لم يكن الملك موجودا، و هذا لا يوجب انقلاب الوطاء- و عليه فلا يتحقق الاستيلاء.

و أما على الكشف الحكمى فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاء، فان الوطاء و ان وقع فى ملك الغير، الا انه حيث دل الدليل على ترتيب جميع آثار الملك و من جملتها الآثار المترتبة على وقوع الوطاء فى الملك من عدم جواز بيع الام و حرمة الولد، فيجب ترتيبها، و على هذا فلا وجه لأحتمال عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكمى كما فى المتن.

و اوضح اشكالا من ذلك البناء على تحقق الاستيلاء على الكشف الحقيقى بوجوه لما عرفت.

و أما المقام الثانى: و هو تصرف كل منهما فيما انتقل عنه،

فالكلام فيه يقع في موردين:

الاول: في تصرف المجيز.

الثاني: في تصرف الأصيل.

و محل الكلام التصرف المخرج عن الملك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٧

عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل على الكشف الحقيقي (١) لانكشاف وقوعه في ملك الغير (٢) مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد. و بقي صحيحا على الكشف الحكمي و على المجيز قيمتها لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه. و مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم و ضابط الكشف الحكمي الحكم بعد الاجازة بترتيب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل اجازته كإتلاف النماء، و نقله و لم يناف الاجازة جمع بينه و بين مقتضى الاجازة بالرجوع الى البدل و ان نافي الاجازة كإتلاف العين عقلا أو شرعا كالتعققات محلها مع احتمال الرجوع الى البدل و سيجيء،

اما المورد الاول: فمن حيث الحكم التكليفي لا- كلام في الجواز على جميع الأقوال- و ستعرف وجهه- و أما من حيث الحكم الوضعي- فالأقوال فيه اربعة:

الأول: النفوذ مطلقا، اختاره جمع منهم السيد و المحقق النائيني قدس سره.

الثاني: عدم النفوذ على الكشف مطلقا، ذهب إليه جمع منهم المحقق الايرواني الثالث: النفوذ مع بقاء قابلية عقد الفضولي لأن يجاز فيجمع بينهما بان على المجيز القيمة.

(١) الرابع: ما في المكاسب، و هو بطلان النقل على الكشف الحقيقي، و صحته على الكشف الحكمي مع البناء على عدم قابليته للإجازة إذا كان التصرف من قبيل إتلاف العين عقلا أو شرعا كالتعققات، و بقاء لقابلية و الحكم بصحة الإجازة ان كان بنحو لا ينافيها كإتلاف النماء و نقله.

و قد افاد في وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقي

(٢) انه بالاجازة ينكشف وقوع النقل في ملك الغير، و في وجه صحته على الكشف الحكمي و نفوذ الإجازة مع رجوع المشتري الى المجيز بالقيمة ان لم يكن التصرف بالإتلاف بانه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه، و صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، و في وجه عدم ماضيا من حين وقوعه، و صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، و في وجه عدم صحة الإجازة على الكشف الحكمي ان كان التصرف بالإتلاف بانه بفوت محل الاجازة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٨

...

و في كلامه قده مواقع للنظر:

اما ما افاده اولاً: فلأن العقد الصادر من الفضولي لا يكون مؤثراً وحده في لزوم التزام المالك بمفاده، فهو بعد في سعة من ذلك، فلو نقله بعقد لازم شمله ادلة ذلك العقد و يجب الوفاء به، و بعده لا يبقى مورد للإجازة لخروجه عن ملكه، و تلك الإجازة الواقعة في غير ملكه لا تصلح ان تؤثر في نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه كي يصير نقلا لمال الغير. و بالجملة: الإجازة المؤثرة هي ما تكون صادرة ممن بيده زمام المال، فإذا فرض خروجه عن ملكه بعقد لازم قبلها فلا يبقى لها محل،

و معه لما اثرت شيئا.

و أما ما افاده ثانيا: فلأنه إذا فرضنا صحة الإجازة كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك الاصيل من حين العقد و من جملتها فساد العقد الواقع عليه من المجيز قبل الإجازة، فالفرق حينئذ بين الكشف الحقيقي و الحكمي في غير محله.

و أما ما افاده ثالثا: فلأنه لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذي هو اتلاف للمال شرعا، و بين النقل و اخراجه عن ملكه، حيث حكم في الأول بفوات محل الإجازة دون الثاني.

و بالجملة: فوات محل الإجازة انما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين الموردين، و خروجه عن المايه غير دخيل في ذلك. فتحصل: ان الاظهر هو نفوذ النقل مع فوات محل الإجازة، ثم عدم النفوذ على القول بالكشف الحقيقي و الحكمي.

و لا- يخفى انه بحسب ما رتبنا المطالب و عناوينها المناسب هو البحث في المورد الثاني و لكن لما قدم المصنف المباحث المربوطة بالمقام الثالث و لذلك تسهلا للمطالب نقدم البحث فيه، و بعده نرجع الى المبحث في المورد الثاني

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٨٩

ثم انهم ذكر و الثمرة بين الكشف و النقل مواضع.

منها النماء فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه (١) و للشهيد الثاني في الروضة عبارة (٢) توجيه المراد منها، كما فعله بعض اولي من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

و أما المقام الثالث: فمحل الكلام امران:

الأول: النماء.

الثاني: فسخ الأصيل

(١) اما الاول: ففي المكاسب: فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقلت إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه.

و لكن: ما افاده يتم على النقل، لأن النماء تجدد في ملك من انتقلت عنه، و كذا يتم

على الكشف غير الكشف الانقلابي و الكشف الذي بنينا عليه لتجده في ملك من انتقلت إليه، و لا يتم على هذين المسلكين لأن العين باقية على ملك من انتقلت عنه الى حين الإجازة، فالنماء تجدد في ملكه، و الإجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب الملكية أو اعتبار الملكية السابقة و هذا لا يوجب انقلاب وقوع النماء، لأن اعتبار الملكية و ارد على وقوع النماء لا ان النماء و ارد عليه.

(٢) قوله و للشهيد الثاني قدس سره في الروضة عبارة هي هذه: و تظهر الفائدة في النماء، فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من البيع للمشتري و نماء الثمن المعين للبائع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز.

و قد وجه مراده بعض: بان مفروض كلامه الفضولي من الطرفين، و مراده من المالك المجيز هو الجنس.

و وجه آخر حكمه بكون النماءين للمالك المجيز: بان نماء ماله له لتجده في ملكه، و نماء المال الذي انتقل إليه انما يكون له لأن صاحبه سلطه عليه. و المصنف استحسنت توجيه الأول.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٩٠

و منها ان فسخ الاصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف (١) بمعنى انه لو جعلناها ناقلة. كان فسخ الاصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغيا لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإن العقد تام من طرف الاصيل

(٢) غاية الامر تسلط الآخر على فسحه، و هذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه،

بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة و الوقف و الصدقة، فلا- يرد ما اعترضه بعض من منع جواز الابطال على القول

بالنقل (٣) معللا بأن ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من احكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه، و فيه ان عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط

(١) و أما الفسخ: فقد يقال: ان فسخ الاصيل قبل الاجازة مبطل له على القول بالنقل دون الكشف.

(٢) و استدل له: بان الفسخ على الاول يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغيا لإنشائه، و على الثاني يكون فسخا بعد تمامية العقد من ناحيته.

و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ما نقله المصنف قدس سره عن بعض و تبعه جمع من المحشين، و هو

(٣) انه لا- دليل على جواز الرجوع عن الانشاء قبل استكمال اجزاء ما هو مؤثر في حصول النقل، و انما الدليل و هو الإجماع مختص بالرجوع المتخلل بين اجزاء العقد التي هي الايجاب و القبول.

و فيه: انه يمكن ان يستدل له بدليل السلطنة «١» بعد فرض كونه باقيا على ملكه.

و دعوى انه تصرف في العقد لا المال فلا يشمل دليل السلطنة.

مندفعة بان نتيجة عدم ثبوت هذا الحق له بما انها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه فهو ينافي السلطنة المطلقة الثابتة للمالك.

و بالجملة: مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه، كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه ما دام لم يخرج عن ملكه.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩١

فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب،

فالاولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ باطلاقات صحة العقود و لزومها، و لا يخلو عن اشكال. (١)

و منها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل (٢) و ان قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جارية من فضولي جاز له وطأها و أن استولدها صارت ام ولد لانها ملكه

و هذا البيان يجري على القول بالكشف الانقلابي و الكشف المختار كما هو واضح، و لا يجري على سائر وجوه الكشف.

ثانيهما: ان مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود «١» عدم جواز رفع اليد عنه

(١) قال المصنف قدس سره و لا يخلو عن اشكال.

و الظاهر ان منشأ اشكاله ما سيذكره بعد اسطر من عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الاجازة.

فالحق انه على القول بشمول ادلة لزوم العقد لإنشاء الأصيل ليس له فسخه، و على القول بعدم الشمول- كما اخترناه- فعلى القول بالنقل و الكشف الانقلابي و الكشف المختار يكون فسخه نافذا لعموم دليل السلطنة، و على سائر وجوه الكشف لا يكون كذلك

لعدم الموضوع لدليل السلطنة و عدم الدليل على جواز الفسخ و مقتضى الاستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.

و أما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع من جهتين:

الأولى: في ان العقد من قبله هل يكون لازما ام لا؟ الثانية: في حكم تصرفاته على كل من القولين.

اما الجهة الاولى: ففيها اقوال:

الأول: اللزوم مطلقا.

الثاني: عدمه كذلك، ذهب إليه جمع من الأساطين.

(٢) الثالث: ما في المكاسب- وهو اللزوم على القول بالكشف، و عدمه على القول

(١) المائدة، ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٢

و كذا لو زوجت نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الاجازة في المثالين لغت لعدم بقاء المحل قابلا. والحاصل أن الفسخ القولي و إن قلنا أنه غير مبطل لإنشاء الأصيل إلا- أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الاجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك و ربما احتمال عدم جواز التصرف على هذا القول أيضا. لعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الاصيل و ان لم يجب في الطرف الآخر و هو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال: لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف في العين لامكان الاجازة سيما على القول بالكشف، انتهى. وفيه ان الاجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطا أو شطرا فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد المتعاقدين لأن الأمور بالوفاء هو العقد المقيد الذي لا يوجد الا بعد القيد و هذا كله على النقل. و أما على القول بالكشف: فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة و السيد العميدى و المحقق الثاني و ظاهر غيرهم، و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدر في السلطنة الثابتة له،

بالنقل. و ليعلم ان كلامه في هذه المسألة مبني على الكشف الانقلابي.

و ملخص ما افاده في مقام الفرق بينهما: انه على القول بالنقل: الاجازة دخيلة شرطا أو شطرا في تأثير العقد، و يكون الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيد بالاجازة،

فقبل الاجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحققا لعدم تحقق شرطه و قيده.

و أما على القول بالكشف: فالاجازة و ان كانت مؤثرة في الملكية و تكون سببا لصيرورة العقد سببا تاما للملك بنفسه، الا ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضم شيء آخر إليه. و بعبارة اخرى: تكون الاجازة على هذا المسلك دخيلة في حصول الملك، الا انه حيث تكون هي بعنوان الامضاء و الإنفاذ فلا تكون دخيلة في موضوعيته لوجوب الوفاء، و على هذا بنى التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك و وجوب الوفاء بالعقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٣

و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا. نعم إذا حصل الاجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانقال المال الى المجيز، فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه، قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى. (١) اقول مقتضى عموم وجوب الوفاء و جوبه على الاصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى باجازة المالك، بل مقتضى العموم و جوبه حتى مع العلم بعدم اجازة المالك

بمعنى لزومه عليه و بهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد قده و تبعه غيره.

و لكن يرد عليه قده: ان الاجازة حتى على الانقلاب انما توجب انتساب العقد الى المالك، و قبلها لا يكون هناك التزام من المالك

بل من الفضولي، و على ذلك فيما ان حقيقة العقد ربط احد الالتزامين بالآخر، و من المعلوم ان الأصيل انما يربط التزامه بالتزام المالك لا- الفضولي، فقبل الإجازة لا- يكون هناك عقد كى يجب الوفاء به على الأصيل، و بعبارة اخرى: ان الفضولي ان اشترى للمالك، فالبايع الأصيل يربط التزامه بالتزام المالك،

فمع عدم الإجازة و عدم تحقق الالتزام منه لا يكون العقد متحققا، و ان اشترى لنفسه فالبايع و ان ربط التزامه بالتزامه الا انه يربط بما انه مالك، ففي الحقيقة يربط التزامه بالتزام المالك، فما لم يلتزم المالك لا يكون العقد متحققا، و معه لا معنى لوجوب الوفاء به. مع انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا صدق العقد على التزام كل منهما و ان لم يكن مرتببا بالآخر، الا ان التزام الأصيل يكون ماله لغيره ليس مطلقا بل يكون على تقدير خاص و هو التزام طرفه بكون ماله له، فالالتزام فعلى الا ان الملتزم به معلق، و عليه فإذا علم بعدم الإجازة أو شكك فيها و اجرى استصحاب العدم لا يجب عليه الوفاء بالتزامه.

(١) فما نقله المصنف قدس سره من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالاجازة و

غيرها هو الصحيح على هذا المسلك، و لا يرد عليه ما افاده المصنف قدس سره،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٤

و من هنا يظهر انه لا- فائدة في اصالة عدم الاجازة لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطا بتعقبه بالاجازة لعدم احراز الشرط مع الشك، فلا- يجب الوفاء به على احد من المتعاقدين و أما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الاجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما، فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد. و قد تحقق، فيجب على الاصيل الالتزام به و عدم نقضه الى ان ينقض فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الاصيل كما ان اجازته امضاء له من طرف الفضولي.

و الحاصل انه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمته شيء شرطاً أو شرطاً حرمة نقضه على الاصيل مطلقا، فكل تصرف يعد نقضا لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز

مع انه لو اغمض عن ذلك كله و سلم ما افاده لما كان وجه للفرق بين النقل و الكشف، إذ الإجازة على النقل حينئذ دخيلة في حصول الملك لا في وجوب الوفاء كما لا يخفى.

و بما ذكرناه ظهر أن ما افاده المحقق النائيني قدس سره من وجوب الوفاء مطلقا- من جهة ان وجوب الوفاء متفرع على العقد لا الملك، و المفروض في باب الفضولي ان العقد تام و لو لم يكن مؤثرا، و لا- ينافي وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر، فان التزام احدهما غير منوط بالتزام الآخر، لأن مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآية الشريفة التوزيع، فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه غير تام للإيرادين الأولين اللذين اوردناهما على الشيخ قدس سره.

فتحصل: ان الأظهر عدم لزوم العقد على الأصيل،: فله فسخ العقد قبل الإجازة.

ثم ان المنسوب الى بعض الأعلام من تلامذة الشيخ قدس سره الايراد عليه:

بان تمسكه بعموم) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

(١) المائدة آية ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٥

و من هنا تبين فساد توهم ان العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما

انتقل إليه، لان مقتضى العقد مبادلة المالكين فحرمه التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافى مقتضى العقد اعنى المبادلة توضيح الفساد ان الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه و التخطى عنه، وهذا لا يدل الا على حرمة التصرف في ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل. و أما دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه، بل مما جعله لنفسه و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه. و أما قيد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه، و إن كان داخلا في مفهوم المبادلة فعلا و تركا الى ما يقتضيه الاصل، و هى اصالة عدم الانتقال، و دعوى ان الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم بتحقيقه، فهو كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه

و يمكن توجيهه بانه لو سلم عموم العقد لالتزام الأصيل، لكن لا يجب الوفاء به لو فرضنا عدم الإجازة الى الابد اجماعا فهو خارج عن العموم فلو شك في الاجازة و عدمها يكون التمسك به تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية. فلا يرد عليه ما افاده المحقق الأصفهاني كما يظهر لمن راجعه.

و أما الجهة الثانية: فعلى القول باللزوم لا تكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة، لأنه مقتضى لزوم العقد عليه، و أما التصرفات غير المخرجة فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار. اما بناء على المختار من عدم اللزوم عليه. فعلى القول بالنقل و الكشف الانقلابي. و الكشف الذى اخترناه تكون تصرفاته باجمعها جائزة تكليفا و وضعا لكونها واقعة في ملكه، و المفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد، و الاجازة المتأخرة حتى على الكشف الصحيح لا توجب وقوعها في غير ملكه لورود الاعتبار عليها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٦

فكما أن التصرف حينئذ لا يعد حثا، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الاجازة لا يعد نقضا، لما التزمه إذ لم يلتزمه في الحقيقة الا معلقا مدفوعا بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالاشكال أن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، و إنما التزم بالمبادلة متوقعا للاجازة فيجب عليه الوفاء به و يحرم عليه نقضه الى ان يحصل ما يتوقعه من الاجازة أو ينقض التزامه برد المالك، و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقص بما يعد من التصرفات منافيا لما التزمه الأصيل على نفسه دون غيرها، قال في القواعد في باب النكاح، و لو تولى الفضولى احد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجا حرمت عليه الخامسة و الاخت و الام و البنت الا إذا فسخت على اشكال في الأم. و في الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة و إن كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ و الطلاق هنا معتبر، انتهى. و عن كشف اللثام نفى الاشكال.

و قد صرح ايضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الاصيل، و فرعوا عليه تحريم المصاهرة. و أما مثل النظر الى المزوجة فضولا و إلى امها مثلا- و غيره مما لا يعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الاصول، لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفية بالاصل فحرمه نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد. اعنى علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقص من الطرفين.

و هذا لا إشكال فيه، فلا يبقى محل للإجازة في التصرفات المخرجة عن الملك.

و أما على سائر وجوه الكشف، فجواز التصرف واقعا و عدمه يدوران مدار الإجازة و عدمها، إذ على فرض الإجازة يكشف ذلك عن وقوعها في ملك الغير فلا يكون جائزا تكليفا و وضعا، و على فرض عدمها يجوز هذا في الحكم الواقعي،

و أما الظاهري فالجواز و عدمه يدوران مدار العلم بالإجازة- و عدمه إذ على الأول لا يجوز، و على الثاني يجوز لأصالة عدمها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٧

ثم ان بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات اخر لا بأس بذكرها للتنبه بها،

و بما يمكن ان يقال عليها، منها: (١) ما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين بموته قبل اجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطرى أو غيره، مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا فيصح حينئذ على الكشف دون النقل،

ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين

و قد ذكر بعض متأخري المتأخرين ثمرات اخر لا بأس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن ان يقال عليها:

(١) منها ما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتعاملين بموته قبل اجازة الآخر و ما شاكل، فيصح حينئذ على الكشف دون النقل، و

كذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف مثلا، و فى مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة- شرائط المعاملة على اقسام:

الأول: شرائط معروضها المتعاملان كالحياة و الإسلام فى بعض الموارد.

الثانى: شرائط معروضها العوضان، كالملكية.

الثالث: شرائط العقد.

فالكلام يقع فى مواضع:

الاول: فيما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين أو تجددت بعد العقد قبل الإجازة.

الثانى: فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف و نحوه أو تجددت.

الثالث: فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الإجازة أو تجددت.

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين.

الأول: فى الانسلاخ، فقد يقال انه على الكشف يصح العقد لعدم المانع و العمومات تشملها، و على النقل لا يصح لامتناع ترتب الاثر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٨

...

و اعترض عليه بايرادين.

الأول: ما افاده صاحب الجواهر من انه على الكشف ايضا يمكن ان يقال بالبطلان نظرا الى اعتبار استمرار القابلية، و لم يذكر هو فى

وجه هذا الاعتبار شيئا و لذا رده الشيخ بعدم الدليل عليه.

و قد ذكر السيد فى وجهه: ان ادلة صحة عقد الفضولى قاصرة عن الشمول لهذه الصورة.

و لكن ما افاده يتم على القول بكون صحة الفضولى على خلاف القاعدة، و لا يتم على القول بكونها على القاعدة كما هو المختار، إذ

الدليل حينئذ هو العمومات.

الثانى: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه على النقل ايضا يصح، إذ المال ينتقل الى الوارث على نحو كان للمورث، فسواء

مات الاصيل أو من له الإجازة يبقى العقد على حاله.

و فيه: انه بناء على النقل يكون المال لورثة الاصيل، و انتقاله منهم الى المالك المجيز يحتاج الى الدليل، و بقاء التزام المورث الذى

هو سبب النقل مما لم يدل عليه دليل. اما على الكشف فالاجازة تكشف عن النقل فى حال حياته و لا محذور فيه.

هذا في الموت، و أما في الكفر فثبوت الثمرة اوضح، فانه إذا فرضنا المبيع مصحفاً و المشتري كان مسلماً فكفر على النقل، بما انه يلزم انتقال المصحف الى الكافر لا يصح، و على الكشف يصير مالكا له حين ما كان مسلماً و لا محذور فيه.

المورد الثاني: في تجدد القابلية بعد العقد، و هذا ينحصر مورده بالكفر كما لو كان المشتري للمصحف حين العقد كافراً فاسلم و اجاز مالك المصحف بيعه، فعلى الكشف لا يصح لعدم قابليته للملكية له في ذلك الزمان، و على النقل من جهة الاثر- اى الملكية- لا مانع من صحة العقد، و سيأتى تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف قدس سره للمسألة بنحو الكلية و هى انه هل يعتبر واجدياً العقد لجميع شروط الصحة ام لا؟.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٩

و كذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه الى غير ذلك (١) و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدا صلاحها بعد العقد قبل الاجازة، و فيما قارن العقد فقد الشروط، ثم حصلت و بالعكس، و ربما يعترض على الأول بامكان دعوى ظهور الادلة في اعتبار استمرار القابلية الى حين الاجازة على الكشف، فيكشف الاجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الاجازة.

و فيه انه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية (٢) و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها، كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فإنهم صرحوا بأن اجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء ملكية الأول مستمرا، و كما يشعر بعض اخبار المسألة المتقدمة حيث ان ظاهر بعضها و صريح الاخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة

(١) الموضوع الثاني: في ما لو انسلخت قابلية المنقول أو تجددت فالكلام فيه ايضا يقع في موردين:

الأول: في الانسلاخ، فقد يقال: انه على الكشف يصح، و على النقل لا يصح، إذ على الكشف يكون الانتقال في زمان قابل له، و على النقل في زمان لا يكون قابلاً لذلك.

و اورد عليه صاحب الجواهر قدس سره: بانه على الكشف ايضا يعتبر رضا المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها. و اجاب عنه لمصنف قدس سره باجوبة:

(٢) الاول انه لا- وجه لاستمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فانهم صرحوا بان اجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء ملكية الأول مستمرا.

و فيه: ان صاحب الجواهر يمكن له ان يدعى بالفرق بين المقام و المثال، إذ في المثال عدم لبقاء التملك للبدل انما يكون للتصرف، و هو يؤكد القابلية، و هذا بخلاف المقام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٠

مضافا الى فحوى خبر (١) تزويج الصغيرين الذى يصلح ردا لما ذكر في الثمرة الثانية اعنى خروج المنقول عن قابلية تعلق انشاء عقد أو اجازة به، لتلف و شبهه،

فإن موت احد الزوجين كتلف احد العوضين في فوات احد ركنى العقد، مضافا الى اطلاق رواية عروة (٢) حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه و آله عن موت الشاة أو ذبحه و اتلافه. نعم ما ذكره اخيرا من تجدد القابلية بعد العقد حال الاجازة لا يصلح ثمرة للمسألة، لبطلان العقد ظاهرا على القولين، و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط. و بالجملة فباب المناقشة و ان كان واسعا الا ان الارجح في النظر ما ذكرناه

و لا يخفى ان جواب المصنف قدس سره انما يكون بالنظر الى ايراده من حيث عدم استمرار تملكه للبدل لا بالنظر الى عدم استمرار

ملكته لماله لو لا الإجازة،

فايراد السيد قده عليه بانه فى المثال يكون المال باقيا على ملكه لو لا الإجازة فالقياس مع الفارق، غير مربوط بكلام المصنف قدس سره كما هو واضح. فتدبر فانه دقيق.

(١) الثانى: فحوى خبر تزويج الصغيرين «١»

فان موت احد الزوجين كتلف احد العوضين فى فوات احد ركنى العقد.

وفيه: أن المفروض موت الزوج، فليس هناك وطء ولا ولد، بل غاية ما هناك انتقال المال بعنوان الارث، فلا اولوية

(٢) الثالث: اطلاق رواية عروة «٢»

حيث لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها و اتلافها.

وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم تماميته سنداً.

و ثانياً: ان عدم الاستفصال يمكن ان يكون لعلمه صلى الله عليه و آله ببقاء الشاة.

بل الحق فى الجواب عن الجواهر دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات.

و عن المحقق النائنى قدس سره الايراد على هذه الثمرة: بانه على الكشف ايضاً بما انه يكون من تلف المبيع قبل القبض و هو من مال

بائعه، يكون العقد منفسخاً

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب ميراث الأزواج حديث ١.

(٢) المستدرک باب ١٨ من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٠١

و ربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات (١) و معرفة مجلس الصرف و السلم و الايمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري و تظهر الثمرة أيضاً فى العقود المترتبة على الثمن أو المثمن، و سيأتى أن شاء الله تعالى.

وفيه: اولاً: ان هذه القاعدة انما تخصيص بالبيع، و فيه ايضاً يختص بالمبيع، ففى الفضولى فى غير البيع، و فى البيع إذا كان التالف هو الثمن، لا يجرى هذا الكلام.

و ثانياً: انه يمكن فرض القبض بان يكون المشتري عالماً برضا المالك بقبض ماله فاقبضه الفضولى فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك فلا يكون التلف قبل القبض.

و أما الكلام فى تجدد القابلية كما لو صار الخمر خلا فسيأتى عند تعرض المصنف له.

الموضع الثالث: فى شرائط العقد: و حيث ان المدار على ثبوتها حال الانشاء خاصة - بل لا معنى لبقائها بعده - فلا فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

ثمرات ذكرها بعض

(١) قوله و ربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات.

و تنقيح القول بالبحث فى مواضع:

الأول: فى تعلق الخيارات، كما إذا كان المبيع صحيحاً حين العقد و صار معيباً حين الإجازة أو انعكس، و كذا إذا اختلفت القيمة بحسب الزمانين، و كذا بالنسبة الى خيار المجلس.

و مخلص القول فيه: ان الخيارات على قسمين احدهما: ما يكون ثابتا بدليل خاص.

ثانيهما: ما يكون ثابتا على القاعدة و من باب الشرط الضمنى.

اما الأول: فلا بد من ملاحظة الدليل، فان كان المأخوذ فيه تحقق النقل و الانتقال كان على الكشف ثابتا من حين العقد، و على النقل من حين الإجازة، و ان كان موضوعه

البيع و العقد فحيث انه يتم العقد بالإجازة فلا يكون ثابتا من حين العقد على القولين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٢

...

و ان كان موضوعه انشاء البيع كان ثابتا من حين العقد على المسلكين.

و أما الثانى: فالظاهر ثبوت الثمرة، و انه على الكشف يكون الميزان هو لحاظ العقد، و على النقل يكون المدار على زمان الإجازة، و ذلك كما فى خيار الغبن، إذ ثبوته انما يكون من باب الشرط الضمنى، اى التساوى بين البديلين من حيث القيمة، و لا ريب فى ان ما عليه بناء العقلاء انما هو التساوى فى زمان حصول النقل و الانتقال لا قبله و لا بعده كما لا يخفى. و تمام الكلام فى ذلك فى مبحث الخيارات.

الثانى: فى حق الشفعة، كما إذا باع الفضولى حصة احد الشريكين، ثم باع الشريك الآخر حصته بنفسه، ثم بعد ذلك اجاز الشريك بيع الفضولى.

و الحق فى المقام ثبوت الثمرة، إذ موضوع هذا الحق انما هو الشريك، فعلى القول بالكشف يكون هذا الحق ثابتا للأصيل الذى باع حصته، لانه حين البيع كان هو المالك، و على النقل يكون ثابتا للمشتري من الاصيل، لانه حين النقل مالك و شريك.

الثالث: فى احتساب مبدأ الخيار الذى يكون موضوعه النقل و الانتقال كخيار الحيوان، فانه على النقل يكون مبدأ الاحتساب من حين الإجازة، و على الكشف يكون المبدأ العقد. و لكن فيه كلاما سيأتى فى الخيارات.

الرابع: فى معرفة مجلس الصرف و السلم الذى يعتبر ان يكون القبض فيه، فقد يقال انه على الكشف يكون مجلس البيع حال صدور العقد، و على النقل يكون حال الإجازة لتمايمه البيع حالها دون الأول.

و لكن يمكن ان يقال: ان الميزان هو العقد مطلقا، إذ متعلق هذا الحكم القبض قبل التفرق- اى قبل زوال الاجتماع على المعاملة- و معلوم ان الاجتماع على المعاملة انما هو حال العقد كان العاقدان اصليين أو فضوليين، أو احدهما فضوليا و الآخر اصيلا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٣

و ينبغى التنبيه على امور:

الأول: ان الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، ليس فى مفهومها اللغوى (١)

و معنى الاجازة وضعا أو انصرافا، بل فى حكمها الشرعى بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و ادله، و جوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الامضاء من حين العقد على القول بالنقل. ففى صحتها وجهان:

و على كل حال تلك الحال هى المناط، قلنا بالنقل أو الكشف، إذ لا ربط للنقل و الانتقال فيه كى يختلف على المسلكين. و تمام الكلام فى محله.

الخامس: في اليمين و النذر، كما لو نذر التصدق بدراهم ان كان مالكا يوم الجمعة لكذا، و ثبوت الثمرة حينئذ واضح لا يحتاج الى بيان،

ثم انه تظهر الثمرة في باب الخمس و الزكاة، كما لو اشترى شيئا عن غير مالكة قبل انتهاء السنة فاجاز مالكة بعده، إذ على النقل يكون الربح من السنة الثانية، و على الكشف يكون من الاولى.

أو اشترى زرعاً قبل انعقاد الحب فاجاز مالكة بعده، إذ على النقل تجب الزكاة على مالكة المجيز، و على الكشف تجب على المشتري. التنبيه الأول من تنبيهات الإجازة و ينبغي التنبيه على امور:

(١) قوله الاول: ان الخلاف في كون الاجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي كان النزاع في مفهومها اللغوي بان ادعى جمع ان الاجازة بمعنى الإنفاذ و مقتضاه نفوذ العقد من حينه، و ادعى آخرون انها بمعنى الرضا بمضمون العقد و مقتضاه حصول النقل من حينها، كان لازم الاجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٤

...

و عدم صحته، لانه حينئذ لم يقصد معنى الاجازة و قصد شيئا آخر.

و ان كان في معنى الاجازة اطلاقاً أو انصرافاً، بان ادعى جمع ان اطلاقها أو انصرافها يقتضى احد الامرين، كان اللازم صحة العقد على نحو ما قصد، إذ اقتضاء اطلاق الاجازة أو انصرافه شيئا كإقتضاء اطلاق العقد شيئا لا ينافي تقييدها بما ينافي مقتضى ارسالها أو انصرافها.

و ان كان النزاع في حكمها الشرعي، بحسب ملاحظة الأدلة، فان قصد الالتزام بمضمون العقد من حين الاجازة على القول بالكشف، أو قصد الالتزام به من حين العقد على القول بالنقل، فهل تصح ام لا؟ لا إشكال في عدم صحتها على نحو ما قصد، إذ اقتضاها لأحد الأمرين حسب الفرض انما يكون بحسب الجعل الشرعي، و عليه فلا وجه للقول بالصحة على نحو ما قصد لأن قصد المكلف لا يغير الحكم الشرعي.

انما الكلام في صحتها و عدم افتقار العقد الى اجازة اخرى على طبق ما اعتقده المجيز من احد القولين، و ملخص القول فيها انه تارة: يجيز العقد على ما هو عليه و لكن يعتقد ان الحكم الشرعي هو الكشف، بحيث يكون الداعي و المحرك له هو هذا الاعتقاد و لولاها لما كان يجيز، و كان في الواقع هو النقل أو بالعكس، لا إشكال في الصحة في هذا الفرض لأنه من باب تخلف الداعي.

و اخرى: يجيز بهذا النحو، و هو على قسمين:

الأول: ان يجيز العقد و يشترط النقل من حين الاجازة على القول بالكشف، و من حين العقد على القول بالنقل.

الثاني: ان يجيز العقد هكذا لا انه يجيزه على ما هو عليه و يشترط ذلك.

اما في الأول: فالصحة و الفساد مبنيان على ان الشرط الفاسد هل يكون مفسدا ام لا؟ فعلى الأول تبطل، و على الثاني تصح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٥

الثاني: انه يشترط في الاجازة ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة العرفية،

كقوله امضيت و اجزت و انفذت و رضيت و شبه ذلك. و ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكنائية و ليس ببعيد، إذا اتكل عليه عرفاً. و

الظاهر ان الفعل الكاشف عرفا عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف في الثمن، و منه اجازة البيع الواقع عليه، كما سيجيء و متمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا كما صرح به العلامة رحمه الله و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ بل نسب الى صريح جماعة. و ظاهر آخرين و في النسبة نظر و استدلال عليه بعضهم من انه كالبيع في استقرار الملك و هو يشبه المصادرة و يمكن ان يوجه بان الاستقراء في النوازل الاختيارية اللازمة كالبيع و شبهه يقتضى اعتبار اللفظ.

و من المعلوم ان النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الاجازة، و فيه نظر بل لو لا شبهة الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أى طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى و النصوص. فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعم من الرضا، فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا، و حكى عن آخرين انه إذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأن الحلف يدل على كراهتها، و ذكر بعض انه يكفي في اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها.

و من المعلوم أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا و ان لم يفد القطع دفعا للحرص عليها و علينا، ثم ان الظاهر ان كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا، كأكل الثمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببية الفعل تعبدا. و قد صرح غير واحد بأنه لو رضى المكره بما فعله صح و لم يعبروا بالاجازة. و قد ورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر أنها إذا اقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضاه منها و عرفت أيضا استدلالهم على كون الاجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل، عمل السبب التام عمله. و بالجمله فدعوى الاجماع في المسألة دونها خرط الفتاد، و حينئذ فالعمومات المتمسك بها

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٦

لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها (١) عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل ماله و انتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه اقوى حجة في المقام،

و أما في الثاني: فقد يتوهم الصحة من جهة ان المجاز مضمون العقد لا حكمه،

و المفروض اجازته، و يكون قصد ترتب حكم آخر على العقد غير ما رتب عليه شرعا لغوا لا أثر له، و يكون نظير ما لو تزوج و قصد عدم الانفاق عليها، فانه تتحقق الزوجية و يترتب عليها وجوب الانفاق،

لكنه فاسد، فان حكم العقد ان كان غير ما هو مضمونه كما في المثال تم ما ذكر،

فان مضمون العقد لا يختلف من ناحية حكمه، فقصد ترتب حكم آخر يكون لغوا، و ان كان من انحاء تعين مضمون العقد كما في المقام لا- محالة يكون قصد الخلاف موجبا لعدم تحققه، فالأظهر هو البطلان، فان ما يمكن تحققه لم يقصد و لم ينشأ، و ما انشأ و قصد لا يمكن ان يتحقق.

كفاية الرضا الباطني في الإجازة

الثاني: في انه هل يكفي الرضا الباطني في الإجازة، ام يعتبر الانشاء، ام يعتبر كون الانشاء باللفظ الصريح؟ وجوه و اقوال.

و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في جهات:

الأولى: في انه هل يكفي في الإجازة مجرد الرضا الباطني ام لا.

الثانية: في انه على فرض عدم الكفاية هل يكفي الانشاء القلبي كما عن المحقق الخراساني قدس سره، ام لا؟ الثالثة: في انه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفي الفعل ام يعتبر القول.

الرابعة: في انه على فرض اعتبار القول هل يكفي الكناية ام يعتبر ان يكون على وجه الصراحة؟ اما الأولى: فقد استدلال المصنف قدس

سره لكفاية الرضا الباطني بوجوه:

(١) الاول: العمومات المتقدمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولي السالمة عن ورود

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٧

مضافا الى ما ورد في عدة اخبار، من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه له عليه، (١) و ما دل على ان قول المولى لعبده، المتزوج بغير اذنه طلق،

يدل على الرضا بالنكاح، فيصير اجازة، (٢) و على ان المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصية المولى (٣) التي يرتفع بالرضا

مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في ماله و انتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه «١»

و اورد عليه جمع من المحققين: بان العمومات انما تدل على وجوب وفاء كل مكلف بعقده، و عقد الفضولي لا يكون عقدا للمالك بمجرد رضاه، بل يحتاج الى انشاء الاجازة.

و لكن قد عرفت في اول مبحث الفضولي ان الاستناد المعتبر انما هو الاستناد بمعنى انه عقده و بيعه، و هذا المعنى كما يتحقق بالإمضاء و الإنفاذ و اظهار الرضا يتحقق بالرضا به فراجع ما ذكرناه.

(١) الثاني: ما ورد في عدة من الاخبار من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه عليه «٢»

و الجواب عن ذلك: بان السكوت في امثال المقام امضاء عرفي قد تقدم ما فيه،

نعم، الايراد عليه بان في نكاح العبد خصوصية - حيث ان العقد لنفسه و انما المفقود اذن المولى و رضاه فيكفي مجرد الرضا بخلاف سائر اقسام عقد الفضولي تام.

و بذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث

(٢) و هو ما دل على قول المولى لعبده طلق يدل على الرضا بالنكاح «٣» فيصير اجازة.

و ما دل على ان المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد «٤» التي ترتفع بالرضا.

(١) سورة النساء آية ٢٩- الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلي حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢٦- من ابواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ٢٧- من ابواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٤) الوسائل - باب ٢٤- من ابواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٨

و ما دل على ان التصرف من ذي الخيار رضا منه (١) و غير ذلك. بقي في المقام انه إذا قلنا بعدم اعتبار انشاء الاجازة باللفظ و كفاية مطلق الرضا أو الفعل الدال عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارنا للعقد أو سابقا، فإذا

فرضنا انه علم رضا المالك بقول أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم،

لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق اولي.

و الظاهر ان الاصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك ان لا يصح الاجازة الا بما لو وقع قبل العقد كان اذنا مخرجا للبيع عن بيع الفضولي، و يؤيد ذلك انه لو كان مجرد الرضا ملزما كان مجرد الكراهة فسخا، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهى المالك، لأن

الكراهة الحاصلة حينه و بعده و لو آنا ما، يكفي في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكروه أصلا، إلا- أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا، و إن كان مجرد الرضا اجازة.

(١) الرابع: ما دل على التصرف من ذى الخيار رضا منه «١».

وفيه: ان ذلك قابل للحمل على التعبد، أو على ان هذا الفعل كاشف عن الرضا و اسقاط الحق. و على كل حال يكون اجنبيا عن المقام، فالعمدة هي العمومات.

و أما الجهة الثانية: فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطنى، الأظهر ما عن المحقق الخراسانى قدس سره من كفاية الانشاء القلبي، إذ به يحصل الاستناد و الانتساب، و ما دل على ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فى باب العقود و الإيقاعات انما هو فى المؤثر و هو العقد دون الشروط، و لا ريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت.

و أما الجهة الثالثة: فالأظهر كفاية الفعل فى الانشاء، إذ لو سلم انه يتوقف الاستناد على الانشاء و ابرازه، لا دليل على اعتبار اللفظ فيه. و دعوى ان الاستقراء فى النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع يقتضى اعتبار اللفظ، و الإجازة منها،

مندفعة بانه فى تلك النواقل ايضا بنينا على كفاية الفعل راجع مبحث المعاطاة.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٠٩

الثالث: من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد (١)

إذ مع الرد، يفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الاجازة، و الدليل عليه بعد ظهور الاجماع بل (٢) التصريح به فى كلام بعض مشايخنا أن الإجازة إنما تجعل المميز أحد طرفى العقد (٣) و إلا- لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو فى حق العاقدين أو من قام مقامهما. و قد تقرر ان من شروط الصيغة ان لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذى هو فى معنى المعاهدة،

و أما الجهة الرابعة: فلوا غمضنا عن جميع ذلك، فالأظهر كفاية الكناية، و لا يعتبر ان يكون باللفظ الصريح.

و دعوى ان انشاء اللازم و ايجاده فى الانشاء القولى ليس ايجادا للملزم عرفا،

و كون الملزم مقصودا و داعيا من ايجاد اللازم لا أثر له، لأن الدواعى لا أثر لها فى باب المعاملات- التى استند إليها المحقق النائيني قدس سره فى عدم وقوع العقد بالكنايات قد عرفت ما فيها فى مبحث خصوصيات الفاظ العقد- فراجع ما ذكرناه هناك.

اعتبار عدم سبق الرد

(١) قوله الثالث: من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد.

و قد استدل لاعتبار هذا الشرط بوجوه:

(٢) الاول: الاجماع.

وفيه: ان الإجماع المنقول- سيما مع معلومية مدرك المجمعين- ليس بحجة.

و ثانيا: انه لا وجه لدعواه بعد افتاء جمع من الفقهاء بطلان عقد الفضولى رأسا.

(٣) الثانى: ان الاجازة انما تجعل المميز احد طرفى العقد، و بها يصير مكلفا بوجوب الوفاء بالعقد، فالرد المتخلل بينها و بين العقد

الصادر من الأصيل و الفضولى يكون ردا متخللا- بين اجزاء العقد، و قد تقرر فى محله انه يعتبر ان لا- يحصل بين طرفى العقد ما

يسقطهما عن صدق العقد. وفيه: اولاً: ان ما هو المسلم في تلك المسألة انما هو مضرية رد من صدر منه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٠

هذا مع ان مقتضى سلطنة الناس على اموالهم (١) تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الاجازة، فتأمل.

الالتزام و التعهد قبل تحقق الالتزام من صاحبه، كما لورد الموجب بعد الايجاب قبل قبول القابل. و أما لورد صاحبه ذلك، كما لورد القابل قبل ان يقبل ثم قبل فليس الحكم مسلماً بينهم، و المقام من قبيل الثاني لا الأول، فان المجيز انما يرد قبل ان يصدر الالتزام منه، و الملتزم انما هو غيره كما هو واضح.

و ثانياً: انه فرق بين الرد المتخلل بين الايجاب و القبول، و الرد المتخلل بين العقد و الاجازة، و بعبارة اخرى: ليست الاجازة في جميع الأحكام كالقبول أو الايجاب، و لذا ترى ان الفصل الطويل بين الايجاب و القبول يضر، و الفصل بينهما و بين الاجازة لا يضر كما هو واضح.

(١) الثالث: ان مقتضى ما دل على سلطنة الناس على اموالهم «١» تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما تلحقه الاجازة و فيه ان العلاقة المتصورة بالاضافة الى المال لا تخلو من الملكية و الحقيقة و شىء منهما لا- يكون في المقام، اما الأولى: فواضح، و أما الثانية: فلأن العقد قبل الاجازة لا يوجب كون الأصيل ذي حق، و لذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولي. و بالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولي ادنى مرتبة من الملك و الحق، و عليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة. و ما افاده المحقق النائيني قدس سره من انه و ان لم تحصل العلاقة شرعاً لكنها تحصل له عرفاً، فالرد يبطل هذه العلقه. فيه: ان العلقه التي عرفت انها اما الملكية أو الحقيقة لا تحصل و لو عرفاً.

و اجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين:

احدهما: ان قاعدة السلطنة متعارضة، لان مقتضاها جواز ان يجيز بعد الرد، لأنه مقتضى سلطنته على ماله

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١١

نعم الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الاجازة بعد الرد (١)

اللهم إلا- أن يقال: ان الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلاً غير كاف (٢) بل لا بد من انشاء الفسخ و دعوى ان الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة. و قد صرحوا بحصوله بالفعل، يدفعها ان الفعل الذي يحصل به الفسخ، هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما، لا مثل اخذ المبيع.

و بالجملة فالظاهر هنا و في جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ، فإن سلم ظهور الرواية في خلافه، فليطرح أو يأول.

و فيه: انه بعد تسليم تأثير الرد في حل العقد لا يبقى موضوع للاجازة كى تؤثر فيه.

ثانيهما: انه قد مر من المصنف قدس سره ان قاعدة السلطنة انما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع و الهبة و نحوهما لا جميع ما اراده المالك، إذ ليست مشرعة، فلا تصلح لاثبات مؤثرية الرد في حل العقد.

و فيه: انه لو سلم حصول العلقه للأصيل بالاضافة الى المال لا إشكال في صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها، فان ذلك من مصاديق تسلط الانسان على رفع مزاحمة الغير، و لا يحتاج الى دليل آخر. فتدبر- فالصحيح ما ذكرناه- فالأظهر صحة الاجازة بعد

الرد.

(١) قوله نعم الصحيحة الواردة «١» في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الاجازة وقد تقدم في اول هذا البحث عند ذكر ادلة صحة عقد الفضولي التي منها هذه الصحيحة انه لا- ظهور لها في ذلك بل هي تلائم مع عدم الرد فراجع فانه ليس فيها سوى اخذ المبيع، و هو يمكن ان يكون استحصالا للثمن لا لغرض رد البيع- و الظاهر انه الى ذلك نظر المصنف قدس سره حيث قال

(٢) اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلا غير كاف

(١) الوسائل- باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٢

الرابع: الإجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله (١)

اشارة

فموضوعها المالك،

فقولنا له ان يجيز مثل قولنا له ان يبيع، و الكل راجع الى ان له ان يتصرف، فلو مات المالك لم يورث الاجازة و انما يورث المال الذي عقد عليها الفضولي، فله الاجازة بناء على ما سيجيء من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد، فيمن باع مال ابيه فبان ميتا و الفرق بين ارث الاجازة وارث المال يظهر بالتأمل.

الإجازة لا تورث

(١) قوله الرابع الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله يقع الكلام في موردين:

(١-) في اصل المطلب.

(٢-) في الفرق بين ارث الإجازة وارث المال.

اما الأول: فما افاده الذي حاصله: ان ثبوت الإجازة للمالك و تأثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط كحق الخيار، بل هو من قبيل الحكم الشرعي تام،

لأن الإجازة من التصرفات التي ثبت جوازها للمالك، و هو من الأحكام الشرعية، و يترتب على ذلك انه لا تورث الإجازة لعدم كونها مما تركه الميت. نعم لمن انتقل إليه المال اجازة بيع الفضولي بناء على جواز المغايرة بين المالك حال العقد و المالك حال الإجازة إلا ان ما ذكره من انها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة، فانها من آثار الملك.

و أما السلطنة التي هي عبارة عن القدرة على التصرفات فهي متقومة بجواز التصرفات لا انه من آثارها.

و أما الثاني: فالفرق بين ارث الإجازة وارث المال يظهر في موارد:

منها: ما إذا كان المبيع مما يحرم منه الزوجة كالعقار على اشهر القولين، فانه على القول بارث الإجازة ترثها الزوجة، و على القول بالعدم لا ترث، و ليس لها الإجازة، و المفروض عدم كونها مالكة للمبيع، فلا حق لها فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٣

الخامس: اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لاقباض المبيع (١)

و لو اجزاهما صريحا أو فهم اجازتهما من اجازة البيع مضت الاجازة، لأن مرجع اجازة القبض

و منها: انه على القول بانها مما ترثه الورثة، يأتي فيها النزاع الموجود في حق الخيار الموروث مع تعداد الورثة من انه هل يرث كل من الورثة الاجازة في مقدار ماله من العين، أو يرث كل منهم الاجازة في تمام العين بنحو العام الاستغراقى - بمعنى نفوذ اجازة كل واحد منهم - أو يرث المجموع الاجازة - بمعنى انها شىء واحد يرثه الجميع - فلا بد في الصحة من امضاء الجميع.

و منها: ما لو أوصى بمال معين للفقراء مثلا بنحو يكون ملكا لهم بالموت، ثم وقع عقد الفضولى على هذا المال و مات المالك قبل الاجازة، فعلى القول بارث الاجازة ينتقل هذا الحق، فلهم الاجازة بخلافه على القول بالعدم. فتأمل.

اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن

(١) قوله الخامس: اجازة البيع ليست اجازة القبض الثمن و لا لإقباض المبيع.

الكلام في هذا التنبيه يقع في جهات:

الاولى: في قابلية القبض و الإقباض للإجازة و عدمها.

و فيها وجوه و اقوال.

ثالثها: ما في المكاسب، و هو جريان الفضولية في قبض الثمن المعين دون الكلى.

رابعها: عكس ذلك، اختاره السيد قدس سره.

و قد استدلل لعدم الجريان مطلقا بوجهين.

الأول: ان حقيقة الاجازة انفاذ الشىء و لا مورد للنفوذ الا التصرفات المعاملية،

فالأفعال و الأقوال الاخر لا تكون موردا لها و منها القبض و الإقباض.

و فيها: ان حقيقة الاجازة اظهار الرضا بما وقع، و هى توجب انتسابه الى المجيز، و هذا لا فرق فيه بين المعاملات و غيرها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٤

الى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري، و مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع فى يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع، لكن ما ذكرنا انما يصح فى قبض الثمن المعين. و أما قبض الكلى و تشخصه به فوقعه من الفضولى على وجه تصححه الاجازة يحتاج الى دليل معمم لحكم عقد الفضولى لمثل القبض و الاقباض، و اتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة (١).

الثانى: ما نسب الى المحقق الخراسانى، و اوضحه المحقق الأصفهاني قدس سره، و هو: ان الاجازة لا بد و ان تتعلق بما له بقاء و استمرار كالأموال الاعتبارية الانتزاعية من اسباب خاصة، و أما الأفعال الخارجية فليس لها بقاء كى تنسب بالاجازة الى المالك، و هى لا- تصلح لأن توجب انتسابها فى زمانها الى المجيز لعدم معقولية الانتساب مع عدم ما به الانتساب، و صيرورتها منتسبة من حين الاجازة بعد ما لم تكن كذلك يستلزم انقلاب الشىء عما وقع عليه.

و فيه: ان الاجازة كما عرفت عبارة عن اظهار الرضا بما صدر، و الرضا كما يتعلق بالأمر الاعتبارى، كذلك يتعلق بالفعل الخارجى. و كما يتعلق بالأمر المقارن و المتأخر كذلك يتعلق بالأمر المتقدم، و هى توجب صيرورة الفعل المتقدم مرضيا به من حين الاجازة، و هذا غير انقلاب الشىء عما وقع عليه، مع ان المراد بالقبض ليس هو الا كون الشىء تحت الاستيلاء و السلطنة و هذا امر له بقاء و استمرار.

فظهر بما ذكرناه مدرك القول الثانى.

(١) و استدل المصنف لما اختاره و اوضحه: بان قبض الثمن الشخصي قابل للإجازة من جهة ان مرجع اجازته الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، ففي الحقيقة لا- يكون القبض عنده قابلا- للإجازة، و انما تكون الإجازة و الرضا به رضا باثره، و هو اسقاط الضمان. و كذلك الاقباض، فان مرجع اجازته الى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، و أما قبض الثمن الكلي و تشخصه به فهو لا يكون قابلا للإجازة،

فانه حيث لم يتعين الكلي في المقبوض بيد الفضولي فليس هناك ضمان المعاوضة على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٥

...

المشتري، بل الثمن باق على كليته، و المفروض ان القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الإجازة به، فلا- وجه لجريان الفضولية فيه و تصحيحه بالإجازة.

وفيه: - مضافا الى ما عرفت من ضعف المبنى- يرد على ما افاد في قبض الثمن الشخصي: ان ضمان المشتري للثمن قبل القبض انما يكون حكما شرعيا ثابتا على خلاف القاعدة، و هو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف لاحقا ماليا كي يكون قابلا للإسقاط.

و ما افاده المحقق النائيني قدس سره من ان ذلك انما يكون من جهة الشرط الضمني إذ كل من البائع و المشتري يشترط على صاحبه بالارتكاز قبض الثمن أو المثلن و ليس مقصودهم مجرد التبديل، لو تم و ان لزم منه كون ذلك من الحقوق، الا انه لا يتم، فان لازم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر «١»

و استدل السيد لما ذهب إليه: بان الفضولية انما تجرى في التصرفات المعاملية لا في الأفعال الخارجية، و القبض في المعين من الأفعال الخارجية و في الكلي من التصرفات المعاملية، فان ذلك يكون من باب الوفاء، و هو في اللب مبادلة بين الكلي و الفرد المتشخص- و قد عرفت ما فيه- فالأظهر قابليتهما للإجازة.

الجهة الثانية: انه هل يأتي في القبض نزاع الكشف و النقل ام لا؟ وجهان: اظهرهما الثاني، لأن ذلك النزاع في العقد انما يكون من جهة ان وراء العقد شيء و هو الملكية، و يمكن البناء على تحققها من الأول، و هذا بخلاف القبض، إذ ليس وراءه شيء، فالقبض كالعقد نفسه فكما انه يصير عقد المالك من حين الإجازة على المسلكين كذلك القبض، فآثار قبض المالك تترتب عليه من حين الإجازة،

(١) الوسائل- باب ١٠- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٦

و عن المختلف انه حكى عن الشيخ: انه لو اجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن. ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض، و على أي حال فلو كان اجازة العقد دون القبض لغوا، كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرق، كان اجازة العقد اجازة للقبض صوتا للإجازة عن اللغوية (١).

فلو تلف بعدها لا- يكون من تلف المبيع قبل القبض، فلا- يكون البائع ضامنا بخلاف ما لو كان تالفا قبلها، فانه حينئذ لا موضوع للإجازة، إذ بالتلف ينفسخ العقد فلا يكون شيء باقيا كي تلحقه الإجازة الجهة الثالثة: لو كانت اجازة العقد دون القبض لغوا كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرق، ففي المكاسب.

(١) كانت اجازت العقد اجازة للقبض صوتا للإجازة عن اللغوية.

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ما عن جمع من المحشين منهم السيد قدس سره، و هو: ان ذلك- اى الذى ذكره- راجع الى مقام الأثبات، و ثبوت الدلالة على اجازة القبض، و هذا انما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت، و قابلية القبض للفضولية و ان يصح بالإجازة، و المصنف قدس سره يرى عدم قابليته لها فى الكلى.

وفيه: اولاً: ان المصنف يلتزم بعدم قابليته لها، و انما لم يقيم عنده دليل على صحة القبض بنفسه بالإجازة، و عليه فالدليل الدال على صحة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض يكفى فى صحة مثل هذا القبض بالإجازة، بخلاف القبض الذى لا تكون صحة العقد منوطاً به.

و ثانياً: ان عدم قابلية القبض للإجازة اما ان يكون من جهة انه لا يكون من التصرفات المعاملية كما افاده السيد قدس سره، أو يكون من جهة عدم قابلية للانتساب الى المجيز كما عن المحقق الخراسانى قدس سره، و شىء منهما لا مورد له فى هذا القبض، اما الأول: فلأنه دخيل فى صحة العقد و فى ترتب الآثار الوضعية و الأمر الاعتبارى، فهو من التصرفات المعاملية.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٧

و لو قال اجزت العقد دون القبض، ففى بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان (١)

و أما الثانى: فلعدم اعتبار الانتساب فيه، إذ الشرط انما هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة، فإذا صحت المعاملة بالإجازة كفى قبض الفضولى فى الصحة، و لا يخفى ان مرجع هذا الى عدم الاحتياج الى اجازة القبض، و ان الإجازة محققة لموضوع القبض لا موجبة لصحته و نفوذه.

الايراد الثانى: ان اجازة القبض انما توجب انتساب القبض الى المجيز من حين الإجازة بعد التفرق، و هو لا يكفى فى صحة المعاملة، فان الشرط هو القبض قبل التفرق،

و الجواب عنه هو الجواب الثانى عن الايراد الأول.

الايراد الثالث: ما افاده جمع منهم السيد و المحقق النائنى قدس سره، و هو: انه انما يتم إذا كان المجيز عالماً بان البيع بدون القبض باطل، و الا فلا يحمل على كونه اجازة للقبض.

وفيه: انه إذا كان بصدد اجازة العقد بجميع ما تتوقف صحة العقد عليه كفى فى كونه اجازة له، مضافاً الى ما عرفت من كفاية اجازة العقد فى صحة القبض فراجع.

فتحصل: ان الأظهر الاكتفاء باجازة العقد فى مثل هذه العقود المتوقفة صحتها على القبض.

الجهة الرابعة: لو قال: اجزت العقد دون القبض، ففى المكاسب

(١) ففى بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان:

الحق ان يقال: بناء على ان العبرة بقبض المتبايعين، و انه لا يلزم انتسابه الى المالكين، يتعين البناء على الصحة لفرض اجازة العقد و عدم كون قبضه موضوع الاثر كى يلزم اجازته و يضر رده،

و أما بناء على لزوم اجازة القبض فالظاهر ان اجازة العقد اجازة للقبض للغوية اجازته دونه، ورد القبض رد للعقد، إذ لا ينفك الشرط عن المشروط

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٨

السادس: الاجازة ليست على الفور

للعومات، و لصحيحة محمد بن قيس (١) و أكثر المؤيدات المذكورة بعدها و لو لم يجز المالك، و لم يرد حتى لزم تضرر الأصل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف، فالاقوى (٢) تداركه بالخيار أو اجبار المالك على احد الآخرين

و عليه فإذا تقدمت الاجازة لغى الرد لكونه ردا بعد الاجازة، و إذا تقدم الرد لم يفد الاجازة بناء على اعتبار ان لا تكون مسبوقه بالرد، و الا صحت.

الاجازة ليست على الفور

(١) السادس: هل الاجازة على الفور فمع التأخير تسقط ام لا؟ فيه وجهان اقواهما الثانى: لإطلاق الأدلة، و صحيح محمد بن قيس المتقدم «١».

و عليه، فلو لم يجز المالك و لا رد،

فهل يتعين اجبار المالك باحد الأمرين - كما اختاره السيد قده- ام يتعين ثبوت الخيار - كما ذهب إليه جمع -

(٢) ام يثبت الامران بنحو التخيير - كما اختاره المصنف قدس سره- وجوه؟ و ليعلم ان محل الكلام انما هو فيما إذا لم يجز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه و فيما انتقل إليه، و أما إذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه اما لعدم لزوم العقد عليه أو لجوازه، حتى بناء على لزوم العقد، لا مورد لشيء من هذه الوجوه، إذ لا يلزم ضرر عليه من عدم الاجازة و الرد.

و ايضا الظاهر أن محل الكلام ما لو لم يكن الأصل عالما بكون طرفه فضوليا،

أو كان مطمئنا بانه يجيز المالك أو يرد، و أما إذا كان عالما به و لم يكن مطمئنا بشيء منهما،

فمن حيث انه مقدم على الضرر لا يجرى شيء من الوجوه.

و كيف كان: فالأظهر من تلك الوجوه هو الثانى، إذا الإجبار انما يكون لأحد امرين: اما الامتناع عن الحق من جهة ان السلطان ولى الممتنع، أو للامتناع عن امتثال

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٩

السابع: هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا ام لا وجهان:

(١) الاقوى التفصيل، فلو اوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالاقوى الجواز، كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز احدهما و ضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار

التكليف للزومى من جهة لزوم الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر «١»

و لا دليل عليه فى غير الموردين.

و من الواضح ان عقد الفضولى لا يوجب حدوث حق للأصيل على المالك - كما تقدم - و لا وجوب الاجازة أو الرد عليه، فالاجبار لا مورد له، و قاعدة «٢» نفى الضرر لا- تصلح لإثبات جوازه لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهي توجب نفى لزوم العقد على الأصل. فالمتعين هو ثبوت الخيار للأصيل.

اعتبار مطابقة الاجازة للعقد

(١) السابع: هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً ام لا، ام بفصل بين المطابقة من حيث الجزء، و المطابقة من حيث الشرط؟ اقوال.
و تنقيح القول بالبحث في مقامين:
الأول: في عدم المطابقة من حيث الجزء، بان يكون الشيء المحذوف أو المضاف جزء.
الثاني: في عدم المطابقة من حيث الشرط، و أما في صورة الاختلاف من حيث المباينة كما لو وقع العقد على فرس فاجاز في الحمار فلا اشكال في عدم الصحة.
اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:
الأول: فيما إذا كان محذوفاً،

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الأمر و النهى و ما يناسبهما و غيره من الأبواب.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار - حديث ٤ - ٥ - ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٠

...

و ملخص القول فيه: ان المعقود عليه ان كان مركباً من اجزاء يكون كل جزء منه موضوعاً مستقلاً بنظر اهل العرف في البيع و الشراء - بنحو لا يرون المعاملة على المجموع الا معاملة على كل واحد مستقلاً، كما لو عقد على عشرة جينه فاجاز بيع بعضها - لا ينبغي التأمل في الصحة، لأن المجاز مما عقد عليه، و لا - سبيل الى اجراء خيار تبعض الصفقة هنا، لأن مورده ما إذا كان بيع كل جزء مشروطاً بانضمام الجزء الآخر ضمناً و ارتكازاً كي يوجب التبعض تخلف الشرط، فيثبت خياره لعدم الدليل عليه بالخصوص.

و ان لم يكن كل جزء موضوعاً مستقلاً، كما إذا وقع العقد على حيوان خاص فاجاز نصفه،

فعن المحقق النائيني: صحة المجاز، مستدلاً بان حكم الاجازة حكم البيع ابتداءً،

فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداءً، فكذلك يجوز له اجازة بعضه.

و فيه: ان الفرق بين الاجازة و البيع واضح، فان الاجازة انما تحتاج الى عقد واقع و التزام معاملي قبلها بخلاف البيع، و عليه فان كان الالتزام العقدي منحللاً الى التزامات عديدة حسب تعدد اجزاء المبيع صح البيع فيما اجيز لكون المجاز معقوداً عليه، و الا فلا.

فالميزان هو ذلك.

و به يظهر ان قياس المقام بمسألة التبعض في باب الخيارات كما عن السيد في غير محله، و لكن الظاهر هو الانحلال في جميع الموارد، غاية الأمر الى التزامات ضمنية لا استقلالية، و عليه فيصح البيع فيما اجيز. نعم يثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة.

المورد الثاني: ما إذا كان الجزء مضافاً و الضابطة فيه انه ان انحلت الاجازة الى اجازات متعددة و التزامات عديدة فيكون احد الالتزامين متعلقاً بالعقد و الآخر بالزائد،

صح العقد المجاز لكونه عقداً اجيزاً، و الا فلا، فان المجاز حينئذ غير معقود عليه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢١

و لو وقع العقد على شرط فأجاز المالك مجرداً عن الشرط فالاقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط (١) و ان كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء. (٢) و لذا لا - يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط، و لو انعكس الامر بأن عقد

الفضولي مجرداً عن الشرط و اجاز المالك مشروطاً

و ما عقد عليه لم تتعلق به الإجازة، و الظاهر هو الانحلال فى جميع الموارد الا إذا كانت من قبيل اجازة الحصه الخاصه، كأن يجيز العقد الواقع على المجموع خاصه بهذا القيد، فانه حينئذ ما تعلق الإجازة به لا يكون معقودا عليه كما لا يخفى.

و أما المقام الثانى: فالكلام فيه تارة: فى الشرط المحذوف، و اخرى: فى المضاف.

اما الجهه الأولى: فلا ينبغى الأشكال فى الصحة بناء على ما هو الثابت فى محله من ان الشرط انما هو التزام فى التزام، لا ان الالتزام العقدى معلق عليه بحيث لا التزام بدونه، فان الإجازة حينئذ تكون متعلقه بالالتزام العقدى،

فما افاده المصنف قدس سره فى وجه عدم الصحة

(١) من عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط.

ضعيف لما عرفت من ان الشرط التزام مستقل فى ضمن الالتزام العقدى.

(٢) و اضعف منه تفصيله قدس سره بين الشرط و الجزء بالالتزام بالتبعض من حيث الجزء دون الشرط، لما عرفت من ان قبول العقد

للتبعض من حيث الشرط اولى من قبوله التبعض من حيث الجزء، مضافا الى ان كل جزء شرط لاعتبار وصف الاجتماع فيه.

و هل يثبت الخيار للأصيل ام لا؟ وجهان، و الحق ان يقال: ان الشرط ان كان للمالك على الأصيل - كما لو وقع الفضولى العقد مع

اشترط ان يخطط الأصيل ثوب المالك فاجاز المالك العقد بدون الشرط - فلا خيار له، لأن مرجع ذلك الى اسقاط المالك حقه، و لا

إشكال فى ذلك، و كذلك ان كان للأصيل على المالك مع رضا الأصيل بذلك بعد الإجازة، و أما ان كان للأصيل على المالك و

لم يرض الأصيل بذلك، فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له، و هو واضح.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٢٢

ففى صحة الاجازة مع الشرط إذا رضى به الاصيل فيكون نظير الشرط الواقع فى ضمن القبول (١) إذا رضى به الموجب أو بدون

الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا- إذا وقع فى حيز العقد فلا- يجدى وقوعه فى حيز القبول إلا- إذا تقدم على الايجاب «ليرد

الايجاب» عليه أيضا أو بطلانها لأنه إذا لغى الشرط لغى المشروط لكون المجموع التزاما واحدا وجوه أقواها الأخير. (٢)

و أما القول فى المجيز

إشارة

فاستقصاؤه يتم ببيان امور. (٣)

الأول: يشترط فى المجيز ان يكون حين الاجازة جائز التصرف (٤) بالبلوغ و العقل

(١) و أما الجهه الثانية: فالشرط المضاف لا يجب الوفاء به لكونه من قبيل الشرط الابتدائى، و كون الإجازة بمنزلة الايجاب أو القبول

لا يوجب اسراء احكامهما إليها،

مضافا الى ان الشرط المذكور فى ضمن احدهما وحده لا يفيد، و أما المشروط فان كانت الإجازة مع الشرط التزاما بالعقد منضمنا الى

الالتزام الشرطى صح، لكون العقد مجازا و ضم اللغو إليها لا- يمنع عن تأثيرها فى صحة العقد، و ان كانت التزاما واحدا متعلقا

بالمشروط لم يصح،

و الظاهر هو الأول، لأن الواقع انما هو العقد المجرد، و المجيز يريد ضم الشرط إليه،

فلا محالة يجيز المالك ذلك الواقع بضم الشرط إليه، فالتقييد انما يكون للإجازة بالشرط،

و حيث ان الشرط - كما تقدم - انما يكون هو الالتزام فى ضمن الالتزام، و فى المقام يكون هو الالتزام المقرون بالإجازة، فلغويته لا تلازم لغوية الإجازة. فما فى المكاسب.

(٢) من تقوية البطلان فى غير محله.

اعتبار كون المجيز جائر التصرف حال الإجازة

(٣) و أما القول فى المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان امور:

(٤) الاول: يشترط فى المجيز ان يكون حين الاجازة جائر التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد بلا اشكال، فان الإجازة تصرف معاملى فى

المال، فإذا كان المجيز غير جائر التصرف لم يجز له ذلك، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، إذ على الكشف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٢٣

و الرشد، و لو اجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض (١) و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل

الثانى: هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز، حين (٢) العقد

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة

انما يكون الأثر من قبل، و الا فالاجازة هى التى تؤثر فى ذلك.

و دعوى انه على القول بان المؤثر فى النقل ليس هو وجود الإجازة، بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد كعنوان التعقيب،

يشكل اعتبار ما عدا ما يوجب سلب العبارة فيها لعدم كونها تصرفا ماليا حينئذ،

مندفعة بانه على هذا المسلك ايضا لا يكون التعقيب بمطلق الإجازة شرطا، بل الشرط هو التعقيب بالإجازة المستجمعة لسائر شرائط

تأثير العقد، لأنه المتيقن من نفوذ عقد الفضولى الملحق بالإجازة

(١) قوله: و لو اجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض..

و ربما يورد عليه: بان منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط تأثيرها، فلو كان عقد الصرف فى حال الصحة، و

كان القبض فى حال المرض، لا تكون هذه المعاملة من المنجزات، و الإجازة شرط لتأثير عقد الفضولى، فلا يضر وقوعها فى حال

المرض و لا يوجب دخولها فى المنجزات.

و لكن يدفعه ان للإجازة حيثيتين: احدهما: حيثية الرضا. الثانية: حيثية الانتساب الى المالك. و هى من حيثية الثانية بنفسها تصرف

معاملى و موجبة لصيرورة التصرف تصرف المالك، فالحق ان الإجازة فى حال المرض من المنجزات لا من قبيل شرائط تأثير العقد.

عدم اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال

(٢) الثانى: اختلفوا فى انه هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين

العقد ام لا؟ و ما يحتمل ان يكون محل الكلام بين الأعلام فى بادئ النظر امور:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٢٤

و لا ينفعه اجازته إذا بلغ أو اجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع ام لا يشترط قولان: اولهما للعلامة فى ظاهر القواعد. و استدل له

بأن العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع فى زمان امتنع دائما (١)

احدها: انه هل يعتبر وجود ذات المجيز حين العقد ام لا يعتبر ذلك و إلى هذا نظر البيضاوى فى ايراده على العلامة قدس سره: بانه لا

يتم على مذهب الخاصة من وجود الامام عليه السلام فى و لكن يمكن دفع ايراده: اولاً: بالنقض بانه لا يتم على مذهبهم ايضا من

وجود خليفته المسلمين في كل عصر.

و ثانيا: انه في نكاح الصغار يكون الولي منحصرًا بالأب و الجد و الوصي على خلاف فيه. هكذا قيل.

ثانيها: انه هل يعتبر ان يكون مجيز فعلى حين العقد بان يكون متمكنا من الإجازة ام لا يعتبر؟ ثالثها: انه هل يعتبر ان يكون المجيز جائر التصرف حين العقد شرعا ام لا يعتبر ذلك؟ فلو فرضنا ان بيع مال الصغير لم تكن فيه مصلحة حين البيع ثم حدثت المصلحة فيه بعد هل للولي ان يجيزه من جهته انه و ان لم يكن التصرف جائزا له حين البيع لعدم المصلحة الا انه يجوز له حين الإجازة، ام لا؟ و الظاهر ان محل النزاع هو الأخير دون الأولين،

اما الثانى منهما فلوضوح عدم اعتبار مجيز فعلى، و لذا لو كان المالك نائما أو غائبا لم يتوهم احد من القائلين بصحة الفضولى فساده و عدم جواز الإجازة بعد الحضور و اليقظة.

و أما الأول: فلعدم ملائمته مع ما متلوا له ببيع مال اليتيم، فمورد النزاع هو الثالث.

و كيف كان: فقد استدلل لاعتباره بوجهين:

(١) الاول: ان صحة العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنعت في زمان امتنعت دائما،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٥

...

و قد ذكروا في توضيح هذا الوجه امرين:

احدهما ما افاده المحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان بناء هذا على امرين: احدهما:

القول بالكشف في الإجازة، الثانى: ان العام إذا خصص بخروج فرد منه في زمان لم يرجع إليه في ذلك الفرد فيما عدا ذلك الزمان، فيقال حينئذ ان العقد إذا لم يكن له من يصح باجازه حال العقد امتنع دخوله تحت خطاب) اوفوا (فإذا امتنع شمول) اوفوا (له في هذه الحال لم يؤثر من مبدأ وقوعه، فإذا لم يؤثر من مبدأ وقوعه لم يؤثر أبدا، لأن الفرد إذا خرج عن العام في زمان خرج عنه رأسا، و لم يرجع إليه ثانيا بعد خروجه عنه اولا.

و فيه: ان الكبرى الكلية المشار إليها انما هو فيما إذا خرج فرد عن تحت العام في الأثناء لا فيما إذا خرج عنه من الأول كما في المقام. و تمام الكلام في محله.

الثانى: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، و حاصله: ان عقد الفضولى انما يفترق عن العقود الفاسدة بكونه قابلا للتأثير بالإجازة، فلا بد و ان يكون جامعا لجميع مراتب الإمكان الاستعدادى، بحيث لا يستند عدم فعلية التأثير الا الى عدم الإجازة، فإذا لم يمكن الإجازة حال العقد يكون العقد غير واجد لجميع مراتب الإمكان الاستعدادى، لان منها الإمكان من ناحية إمكان الإجازة، فإذا امتنعت الإجازة فعلا امتنعت الصحة التأهيلية فعلا، و إذا امتنعت الصحة التأهيلية في زمان امتنعت دائما، لأن ما به يتفاوت حاله بتفاوت الزمان هي الصحة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية لا الصحة التأهيلية.

و فيه: ان المراد من الامتناع ان كان هو الامتناع الذاتى فالصغرى ممنوعة، و ان كان المراد الامتناع العرضى أى الامتناع لعدم وجود اجزاء المؤثر فالكبرى ممنوعة فان الامتناع حينئذ يدور مدار فقد بعض ما يعتبر فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٦

و بلزوم الضرر على المشتري (١) لامتناع تصرفه في العين لامكان عدم الاجازة،

و لعدم تحقق المقتضى و لا في الثمن لامكان تحقق الاجازة، فيكون قد خرج عن ملكه و يضعف الأول مضافا الى ما قيل من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيدا امتنع الوصول إليه عادة منع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضى امتناعه دائما سواء قلنا بالنقل

ام بالكشف.

و أما الضرر، فيتدارك بما يتدارك به صورة النقص المذكورة، هذا كله مضافا الى الاخبار الواردة في تزويج الصغار فضولا، الشاملة لصورة وجود ولي النكاح و اهماله الاجازة الى بلوغهم و صورة عدم وجود الولي بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح و انحصار الولي في الأب و الجد و الوصي على خلاف فيه، و كيف كان فالاقوى عدم الاشتراط وفاقا للمحكي عن ابن المتوج البحراني و الشهيد و المحقق الثاني و غيرهم، بل لم يرجحه غير العلامة رحمهم الله

و ان شئت قلت: ان عقد الفضولي الذي تمتنع اجازته حين العقد و يمكن تلك فيما بعد، يكون صحيحا بالصحة التأهيلية، لأنه يمكن تأثيره فيما بعد بلحوق الاجازة، و ليس معنى الصحة التأهيلية الا ذلك.

(١) الوجه الثاني: لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في العين لإمكان عدم الاجازة،

هذا على الكشف و لعدم تحقق المقتضى هذا على النقل، و لا في الثمن لإمكان تحقق الاجازة فيكون قد خرج عن ملكه.

و فيه: - مضافا الى النقص بجميع موارد عقد الفضولي كما تقدم- تقريبه في التنبيه السادس من تنبيهات الاجازة.

و الجواب عنه هو ما ذكرناه في ذلك التنبيه، و هو: تدارك الضرر بعدم لزوم الوفاء على الأصيل.

فالحق عدم اعتبار هذا الشرط.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٧

ثم اعلم ان العلامة في القواعد مثل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم.

و حكى عن بعض العامة و هو البيضاوي على ما قيل الايراد عليه بانه لا يتم على مذهب الامامية من وجود الامامية من وجود الامام ع (في كل عصر و عن المصنف قدس سره انه اجاب بأن الامام غير متمكن من الوصول إليه و انتصر للمورد بأن نائب الامام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود بل للفاسق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول لكن الانتصار في غير محله إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الامام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول ايضا، فان اريد وجود ذات المجيز فالاولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكّن من الامام عليه السلام و ان اريد وجوده مع تمكنه من الاجازة فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول اذا لم يطلعوا على العقد.

فالاولى ما فعله فخر الدين و المحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام ايضا الى اشتراط امكان فعلية الاجازة من المجيز لا وجود ذات من شأنه الاجازة فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد (١)

اشارة

سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد. و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما و المانع كما لو باع الراهن بدن اذن المرتهن، ثم فكك الرهن

فالكلام يقع في مسائل:

اشارة

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد

(١) الثالث: هل يشترط في المجيز كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حين العقد،

ام لا يعتبر ذلك، ام هناك تفصيل؟ وجوه:

وقبل الشروع في المطلب ينبغي تقديم امور:

الأول: انه بناء على كون البحث في الأمر السابق في اعتبار وجود المجيز، الفرق بينه وبين هذا واضح، و أما بناء على كون البحث فيه في انه هل يعتبر وجود مجيز جائز

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٨

...

جائز التصرف شرعا حين العقد أم لا، فالفرق بين الأمرين ان البحث هناك كان في اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حين العقد و عدمه، و في المقام في انه هل يعتبر كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حال العقد ام لا.

وبعبارة اخرى: انه لو فرضنا اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حال العقد، و كان موجودا حينه و لم يجز و كان المجيز الفعلي غيره، كما لو بيع مال الصغير مع وجود المصلحة و اهمل الولي و لم يجز حتى بلغ فاجاز نفسه، فان المجيز الفعلي لا يكون نافذ التصرف حين العقد و ان كان مجيز نافذ التصرف موجودا حينه، هل يكفي ذلك ام لا؟ الثاني: انه ربما يورد على المصنف قدس سره حيث جعل الصغر و السفه و الجنون من باب عدم المقتضى، مع انها اما موانع، أو أن البلوغ و الرشده و العقل شرائط التأثير، فان المقتضى للسلطنة على التصرف في المال اضافته الى المتصرف، أو اذن من له الاضافة فهذه الأمور اجنبية عن المقتضى.

و لكن يمكن دفعه: بان نظره الشريف الى ان عدم نفوذ التصرف تارة: يكون لقصور من ناحية المتصرف، و اخرى: يكون من جهة سلطنة الغير ايضا على المال، و عبر عن الأول بعدم المقتضى، و عن الثاني بوجود المانع، و عليه فيصح ان يقال: ان عدم المقتضى اما لعدم الملك أو لجنون المالك أو سفاهته أو صغره، و به يظهر الفرق بين هذه الأمور و بين حق الرهن المتعلق بالمال.

الثالث: ان السيد قدس سره و غيره اوردوا على المصنف قدس سره في جعله المسألة الثالثة و هي ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه كذلك من مسائل هذا العنوان، مع انها اجنبية عنه.

و يمكن دفعه: بان المراد من عدم الجواز في العنوان عدم الجواز الفعلي لا عدم الجواز الواقعي، فالمجيز ربما لا يكون جائز التصرف واقعا كما في الأولى و الثانية،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٩

الأولى: ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر (١) و الاقوى صحة الاجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن فإنه لا حاجة الى الاجازة كما صرح به في التذكرة.

و اخرى لا يكون جائز التصرف فعلا كما في الثالثة.

الرابع: ان المصنف قدس سره جعل المسألة الأولى اعم مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن،

أو لعدم المقتضى بالتفسير الثاني من جهة وحدة ملاك البحث، كما انه جعل المسألة الثانية- و هي عدم الملك حال العقد- مسألتين لتعدد الجهة من حيث الاجازة و عدمها.

إذا عرفت هذه الأمور تعرف ان ما سلكه المصنف قدس سره في عنوان هذا البحث و تشقيقه الشقوق هو الصحيح.

و كيف كان: فالكلام يقع فى مسائل:

لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف

(١) المسألة الأولى: ان يكون المالك حال العقد، هو المالك حال الاجازة، لكن

المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر، فهل يصح بالاجازة ام لا؟ و الكلام فى هذا المسألة يقع فى جهات:

الأولى: فى صحة بيع ما هو متعلق حق الغير.

الثانية: فى عتقه.

الثالثة: فى احتياج صحة البيع الى الاجازة بعد ارتفاع الحجر و عدمه.

الرابعة: فى جريان نزاع الكشف و النقل فى رافع الحجر و عدمه.

الخامسة: فى بيع الصبى و المجنون و السفية.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٠

...

اما الجهة الأولى: فقد استدل على فساد البيع: بان البيع تصرف فى ما هو متعلق حق الغير فلا يجوز، و النهى عن المعاملة يدل على الفساد.

وفيه: ان البيع ليس تصرفا فى العين، مع انه لو كان حراما لم يكن وجه لفساده، إذ النهى عن المعاملة لا يدل على الفساد، و قد تقدم تقريب كلا الجوابين.

و أما الجهة الثانية: فقد ذهب المحقق النائنى قدس سره الى انه ملزم على العتق، فلا بد اما من لزوم اداء الدين و فك الرهانة على الراهن، و أما من استسعاء العبد فى فكاك رقبته بفك الرهانة.

و استدل له: بان الاجازة انما تؤثر فيما يؤثر الرد فيه، و رد الحر الى الرق غير ممكن،

و بان تأثير العتق من الراهن - حيث انه مالك للعين - لا اشكال فيه، خصوصا مع كون العتق مبنيا على التغليب.

و يرد على الأول: ان الرد المقابل للاجازة رد العقد لارد نتيجته، فعدم امكان رد الحر الى الرق غير عدم امكان رد العتق نفسه.

و بعبارة اخرى: إذا كان العتق مراعى بالاجازة، فلو اجازته يتحقق و تترتب عليه الحرية، و لو رده لا يصير حرا كى يلزم منه رجوعه الى الرق.

و يرد على الوجه الثانى: ان كون العتق مبنيا على التغليب معناه انه لو انعتق مقدار من العبد يتعين عتق الباقي، لا- انه لو تعلق العتق المراعى به يكون ملزما عليه. فتدبر.

فالأظهر عدم الفرق بين العتق و البيع فى ذلك.

اما الجهة الثالثة: فالأظهر عدم الاحتياج الى الاجازة، إذ الاحتياج إليها انما هو لتحقيق الاستناد المتحقق فى المقام بدونها.

و أما الجهة الرابعة: فقد يقال: انه لا يجرى نزاع الكشف و النقل فى مثل فك

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣١

...

الرهانة و اسقاط المرتهن و نحوهما من جهة ان حق المرتهن إذا كان مانعا عن تأثير العقد فحكم الفك و الاسقاط حكم القبض فى باب الصرف و السلم، لأن عدم المانع من اجزاء العلة، فملكية المشتري كما تتوقف على القبض فى البابين، كذلك تتوقف ملكية

مشتري العين المرهونة على خروج العين عن كونها مخرجا للدين، فلا تتحقق الملكية قبل ذلك. وفيه: ان الكشف بالمعنى الذى ذكرنا فى الإجازة انه غير معقول لا يكون فى الفك و الاسقاط لما ذكرناه، مضافا الى ان لازمه خروج العين عن كونها وثيقة، و أما بالمعنى المعقول فى الإجازة، فيمكن البناء عليه فى المقام ايضا، و الدليل عليه حينئذ هو العمومات بال تقريب المتقدم هناك.

و يؤيد ذلك بل يدل عليه، انه لو باع العين المرهونة غير المالك ثم بعد فك الرهن اجاز المالك ذلك العقد، لا شبهة فى انه يلتزم بالكشف فيها من يلتزم بالكشف فى الإجازة مطلقا. و أما الجهة الخامسة: فلو باع المالك فاجزه الولي لا كلام، و لو صار بنفسه جائز التصرف فاجاز يكون من صغريات ما تقدم فى الأمر الأول.

و الكلام فى المقام انما هو فيما لو باع بنفسه، فان بنينا على انه مسلوب العبارة لا كلام فى البطلان و الا فلو صار كذلك فاجاز صح البيع لكونه عقدا اجازه المالك،

و لا يتوهم فى المقام عدم الاحتياج الى الإجازة- كما ذكرناه فى بيع المرهون فانه يدفعه ان العقد فى حال الانشاء و ان كان مستندا الى المالك تكويننا الا ان الشارع الأقدس الغى هذا الاستناد، فيحتاج الى الإجازة تحقيقا للاستناد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٢

الثانية: ان يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره (١)

إشارة

لكن عنوان المسألة فى كلمات القوم هو الأول، و هو: ما لو باع شيئا، ثم ملكه، و هذه تتصور على صور، لأن غير المالك اما ان يبيع لنفسه أو للمالك، و الملك اما ان ينتقل إليه باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالارث ثم البائع الذى يشتري الملك، اما ان يجيز العقد الأول و أما ان لا يجيزه، فيقع الكلام فى وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له، و المهم هنا التعرض، لبيان ما لو باع لنفسه،

ثم اشتراه من المالك و اجاز و ما لو باع و اشترى و لم يجز و يعلم حكم غير هما منهما.

اما المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها (٢) فظاهر المحقق فى باب الزكاة من المعتبر: فيما إذا باع المالك النصاب قبل اخراج الزكاة أو رهنه، انه صح البيع و الرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم حصه الفقراء، قال الشيخ صح البيع و الرهن. و فيه اشكال لأن العين مملوكة و إذا ادى العوض ملكها ملكا مستأنفا فافتقر بيعها الى اجازة مستأنفة، كما لو باع مال غيره، ثم اشتراه انتهى.

بل يظهر مما حكاه عن الشيخ عدم الحاجة الى الاجازة الا ان يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق الدين بالرهن، فإن الراهن إذا باع فك الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم، و لم يحتج الى اجازة مستأنفة. و بهذا القول صرح الشهيد رحمه الله فى تعليق الارشاد، و هو البطلان

من باع شيئا ثم ملك

(١) قوله الثانية: يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.

لكن المعنون فى كلمات الأصحاب المسألة الاولى و هى ما لو باع شيئا ثم ملكه،

و هذه تتصور على صور الا ان المهم منها اثنتان.

(٢) احدهما: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه و اجاز، و الاقوال فيها ثلاثة:

الأول: البطلان اختاره صاحب المقاييس قدس سره.

الثاني: الصحة مع الإجازة، اختاره المحقق و الشيخ قدس سره و جمع آخرون.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٣

و مال إليه بعض المعاصرين تبعا لبعض معاصريه، و الاقوى هو الاول للأصل (١)

و العمومات السليمة عما يرد عليه ما عدا امور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الايضاح و جامع المقاصد.

الأول: انه قد باع مال الغير لنفسه و قد مر الاشكال فيه، (٢) و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك.

و فيه انه قد سبق ان الاقوى صحته (٣) و ربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان (٤).

الثالث: الصحة بدون التوقف على الإجازة، نسب ذلك الى المصنف قدس سره، و في النسبة ما لا يخفى، فان منشأها افتاؤه بصحة بيع النصاب في الزكاة ايضا ان اغترم حصه الفقراء، مع انه يمكن ان يكون ذلك من جهة ذهابه قده الى ان تعلق الزكاة بالعين من قبيل حق الرهانة أو الجنائية، و يمكن ان يكون للنص الخاص «١».

(١) و كيف كان: فقد استدل المصنف للصحة - مضافا الى العمومات - بالأصل:

و فيه انه ان اراد بالأصل هو اصالة البراءة، فيرد عليه: ان الأصل في المعاملات هو الفساد.

و ان اراد به اصالة البراءة، فيرد عليه: انه قدس سره بنى على عدم الرجوع إليها عند الشك في جزئية شيء أو شرطية للأسباب في باب المعاملات - كما تقدم منه في مقدمة الكتاب - فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات، و لكن على المختار لا بأس بالاستدلال به ايضا فمقتضى العمومات و الأصل هي الصحة.

و قد استدل للبطلان بامور:

(٢) الاولى: انه قد باع مال الغير لنفسه، و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك من الأجوبة عن ذلك الاشكال.

(٣) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بان الاقوى صحته

(٤) قال و ربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك

(١) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب ما تحب فيه الزكاة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٤

...

مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاوضان.

توضيح المقام: ان عمدة الأشكال في تلك المسألة انما هي امران.

احدهما: انه بناء على اعتبار دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض، و بالعكس الفضولى البائع مال الغير لنفسه غير قاصد لحقيقته المعاوضة و البيع.

الثاني: مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

أما الأشكال الأول: فلو تم ما ذكره جوابا عنه في تلك المسألة من أن الفضولي إنما يبيع للمالك و يبنى على أنه هو المالك، جرى ذلك في المقام.

و ما افاده المحقق النائيني قدس سره في المقام من أن مبنى هذا الجواب على أن الغاصب سارق الاضافة و يرى نفسه المالك و هذا لا يجرى في المقام لأنه لم يسرق الاضافة و لم يغصب المال، و عليه فليس له قصد المعاوضة، ثم قال الا ان يقال ان قصد البيع لنفسه حيث يقع ممن يطمئن بتملك المبيع، فكأنه يرى نفسه صاحب المال بالمشاركة فيبيع ما يملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد. يرد عليه: اولاً: ان الجواب المذكور لا يختص ببيع الغاصب، بل هو جار في كل من يبيع مال الغير لنفسه، و لا فرق عليه بين ان يملكه فيما بعد و عدمه.

و ثانياً: انه لو لم يكن قاصداً لذلك لم يفد ما افاده اخيراً، فان من يطمئن بانه سيملك لا يرى نفسه مالكا بالفعل، فلا يقدر على قصد المعاوضة الا بالبناء على المالكية فيرجع الى ما تقدم.

و أما الأشكال الثاني: فأجابوا عنه هناك: بانه بعد فرض كون البائع قاصداً للبيع للمالك، و بانياً على أنه هو المالك، الإجازة من المالك تتعلق بالأول دون الثاني، فلا يلزم مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، و هذا الجواب لا يجرى في المقام، فان البائع إنما يبيعه للمالك و حين الإجازة يجيز وقوع العقد لنفسه غير المالك حين العقد، فمن وقع له العقد غير من يجيز المجيز وقوع العقد له.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٥

الثاني: أنا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضی المالك و القدرة على التسليم، اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز (١) لأنه البائع حقيقته و الفرض هنا عدم اجازته و عدم وقوع البيع عنه، و فيه ان الثابت هو اعتبار رضاء من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد ام لا لأن الداعي على اعتبار الرضا سلطنة الناس على اموالهم و عدم حلها لغير ملاكها بغير طيب انفسهم، و قبح التصرف فيها بغير رضاهم. و هذا المعنى لا يقتضى ازيد مما ذكرنا. و أما القدرة على التسليم فلا نضايق من اعتبارها في المالك حين العقد، و لا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الاجازة، و هذا كلام آخر لا يقدح التزامه في صحة البيع المذكور لأن الكلام بعد اجتماعه للشروط المفروغ عنها

فتحصل: ان ما افاده المحقق صاحب المقاييس هو الصحيح على هذا المسلك،

و لكن ما ذكرناه هناك في وجه التصحيح و دفع هذا الاشكال- من انه لو باع لنفسه مع عدم البناء على المالكية فاجازه المالك صح و وقع للغاصب، و لو باع لنفسه مع البناء عليها،

فحيث ان انشاءه بالمطابقة يدل على تملك المعوض، و بالالتزام يدل على المبادلة المذكورة، فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامي فيقع له، كماله اجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب- يجرى في المقام كما لا يخفى. فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

(١) الثاني: ان بيع الفضولي لا بد و ان يكون واجد الجميع ما يعتبر في صحة البيع سوى الإجازة، بحيث لو لحقته الإجازة صح فعلاً، و حيث ان من جملة شرائط صحة البيع التي باجتماعها يصير البيع صحيحاً بالصحة التأهلية- و لا ينتظر في ترتب الأثر عليه سوى الإجازة- كون من يراد وقوع البيع له قادراً على التسليم و امكان الرضا منه- كما في عقد الفضولي في سائر المقامات و المقام ليس كذلك- فان من يراد وقوع البيع له هو الفضولي، و هو حين العقد غير واجد للقدرة المؤثرة في النقل- اي قدرة من بيده امر المال و كذلك رضاه- فهذا البيع الفضولي غير صحيح بالصحة التأهلية، فلا يمكن تصحيحه بالإجازة. هذا غاية ما يمكن ان يقال في توجيهه. هذا الأمر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٦

الثالث: ان الاجازة حيث صحت كاشفة (١) على الاصح مطلقاً لعموم الدليل الدال عليه، و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل

دخوله فيه، وفيه منع كون الاجازة كاشفة مطلقا عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد، (٢) حتى فيما لو كان المجيز غير المالك حين العقد، فإن مقدار كشف الاجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات ان العقد الذى اوقعه البائع لنفسه عقد صدر من اهل العقد فى المحل القابل للعقد عليه، ولا مانع من وقوعه الا عدم رضاه مالكة، فكما ان مالكة الأول إذا رضى يقع البيع له، فكذلك مالكة الثانى

و الجواب عنه: ان المراد من اعتبار الرضا فى المالك ان كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة و يصير مخاطبا بخطاب) أو فؤوا (ففى المقام موجود، فان حال الإجازة هو حال انفاذ المعاملة.

و ان كان المراد منه اعتبار رضا المالك فى حال العقد، فيرد عليه: انه غير معتبر قطعاً لأنه فى اغلب موارد بيع الفضولى لا يكون ذلك موجوداً اما للكرهه أو للغفلة أو لغيرهما، و لم يتوهم احد فساد المعاملة من هذه الناحية. و على اى تقدير لا دليل عليه.

و ان كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالك حال العقد، فهو اول الدعوى، و لا دليل عليه.

و أما القدرة على التسليم فظاهر كلام المصنف قدس سره تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد، و هو ايضا لا دليل عليه، بل الدليل من القاعدة و غيرها انما يقتضى اعتبار قدرة من هو ملتزم بالمعاملة، و تنتسب هى إليه. و حيث ان حال الإجازة حال الالتزام بها و انفاذها، و المفروض وجودها حينها، فلا حالة منتظرة لصحة البيع، و لو سلم اعتبار قدرة المالك حال العقد، فيرده ما افاده الشيخ قدس سره من: ان الكلام بعد فرض استجماع العقد لجميع الشرائط.

(١) الثالث: ان الاجازة كاشفة فى موارد صحتها، و الالتزام به فى المقام مستلزم لخروج المال عن ملك بائعه قبل الدخول فى ملكه.

(٢) و اجاب عنه المصنف قدس سره بما حاصله: انا نلتزم فى المقام بخروج المال عن

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٧

إذا رضى يقع البيع له و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد، و حينئذ فإذا ثبت بالدليل فلا محيص عن القول بأن الاجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز فى اول ازمته قابليته، إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر، فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلى و لا شرعى حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة. فإن كان لا بد من الكلام فينبغى فى المقتضى للصحة أو فى القول بأن الواجب فى الكشف عقلاً أو شرعاً ان يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد. و قد عرفت ان لا كلام فى مقتضى الصحة، و لذا لم يصدر من المستدل على البطلان، و انه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها، و لا يتوهم ان هذا نظير ما لو خصص المالك الاجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ

ملك المجيز من اول ازمته قابليته، لأنه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها، و عليه فإذا صدر العقد و رضى المالك الفعلى به و اجازة يقع البيع له، و لازمه خروج المال عن ملكه من اول ازمته قابليته للتأثير.

الذى يلوح من صدر كلامه و يصرح به فى آخره: انه قدس سره ظن ان صاحب المقاييس لا كلام له فى وجود المقتضى للصحة، و انما كلامه فى وجود المانع، فأجاب عنه: بان المانع انما يمنع عن التأثير فى الملكية من حين العقد، و لا يمنع عن التأثير فى لملكية من بعد حصول الملك للبائع.

و لكن الظاهر من كلامه قدس سره انه لا مقتضى للصحة، و حاصل ما افاده: ان دليل صحة بيع الفضولى و القول بالكشف دليل واحد، و هو ان العقد انما هو نقل من حينه، و الإجازة تتعلق بهذا، و الإمضاء الشرعى متعلق بذلك ايضا، و حينئذ ففى المقام لا يمكن شمول العمومات و ادلة الامضاء للعقد، فلا مقتضى للصحة، و ذلك لأنه ان التزمنا بشمولها له و صيرورته ملكاً للمشتري من حين العقد لزم خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه، و ان التزمنا بشمولها له و الانتقال إليه من بعد صيرورته مالكا لزم الالتزام بالتبعيض فى

مضمون العقد، مع انه امر واحد و التزام فارد متعلق بنقل المال من حينه الى الابد و لا يتعدد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٨

التخصيص انما يقدر مع القابلية، كما ان تعميم الاجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق في دليل الكشف من ان معنى الاجازة امضاء العقد من حين الوقوع،

أو امضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها، الا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الرابع: ان العقد الأول، انما صحح و ترتب عليه اثره باجازة الفضولي، و هي متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء ملك مالكة الاصلية، فيكون صحة الأول مستلزما لكون المال المعين ملكا للمالك و المشتري معا في زمان واحد، و هو محال لتضادهما (١) فوجود الثاني يقتضى عدم الاول و هو موجب

بتعدد الزمان كى يقال بتعلق الامضاء ببعضه دون بعض، بل هو امر واحد اما يمضيه الشارع من الأول أو لا يمضيه، فلا يقع الى الأبد. و فى باب الصرف و السلم دل الدليل الخاص على حصول النقل و الانتقال من بعد القبض، و هو فى المقام مفقود فعلى هذا المسلك فى الكشف لا مناص عن البناء على البطلان فى المقام.

نعم بناء على ما سلكه المصنف قدس سره من ان العقد لا يكون مفاده سوى التمليك، و الاجازة متعلقة بذلك، و الإمضاء متعلق به ايضا، و لم يؤخذ الزمان فيه ابدا و انما يبنى على الكشف للنصوص الخاصة، صح البناء على الصحة فى المقام للعمومات كما انه بناء على ما اخترناه فى الكشف من الالتزام بالكشف الانقلابى بالنحو المعقول كما تقدم لا يلزم ذلك، إذ المال من حين العقد الى شراء البائع و انتقاله إليه ملك لمالكه الأول، و من ذاك الوقت الى زمان الاجازة ملك للمجيز، و بعد الاجازة يصير ملكية المشتري الاول من حين العقد فالخروج انما يكون من حين الاجازة فلا يلزم الخروج قبل الدخول، و أما الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول، لأنه مقتضى شمول العمومات و خطاب) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

(١) الرابع ان صحة العقد الأول تتوقف على صحة الثاني كى يصير المال ملكا للمجيز فيجيز،

و صحة الثاني تستلزم ملكية المالك الاصلية الى حين العقد الثاني، فعلى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٩

لعدم الثاني أيضا فيلزم وجوده و عدمه فى آن واحد و هو محال، فإن قلت:

مثل هذا لا يزم فى كل عقد فضولى لأن صحته موقوفه على الاجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك و المستلزمة لملك المشتري كذلك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معا فى آن واحد، فيلزم اما بطلان عقد الفضولى مطلقا، أو بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا الايراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنها فى الحقيقة رفع اليد و اسقاط للحق، و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثاني.

اقول: قد عرفت ان القائل بالصحة ملتزم بكون الاثر المترتب على العقد الأول بعد اجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد لا من حين العقد. و حينئذ فتوقف اجازة العقد الأول على صحة العقد الثاني مسلم، و توقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الاصلية الى زمان العقد مسلم ايضا.

فقوله صحة الأول يستلزم كون المال ملكا للمالك و المشتري فى زمان ممنوع بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الاصلية، نعم انما يلزم ما ذكره من المحال، إذا ادعى وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك حين العقد،

و لكن هذا امر تقدم دعواه فى الوجه الثالث. و قد تقدم منعه، فلا- وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى، نعم يبقى فى المقام (١)

الاشكال الوارد في مطلق الفضولى

الكشف يلزم اجتماع المالكين - اى المشتري الأول و المالك الأصلي - قبل العقد الثانى و بعد الأول على مال واحد فى زمان واحد، و هو من اجتماع الضدين، و يلزمه اجتماع النقيضين، إذ لازم وجود احد الضدين عدم الآخر. و الجواب عن ذلك بعد الالتزام بالكشف من حين العقد الثانى واضح.

(١) انما الكلام فى المقام فى الإشكال العام الذى اورده على القول بالكشف) و يذكر ذلك فى المقام لمناسبة غير خفيه (و هو: ان صحة الإجازة تتوقف على كون المجيز،

مالكا، لأن اجازة غير المالك كالعدم، و المفروض انها توجب ملكية المشتري قبلها، فيلزم بعد العقد و قبل الإجازة اجتماع مالكين على مال واحد، و المصنف قدس سره يسلم الأشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٤٠

على القول بالكشف و هو كون الملك حال الاجازة للمجيز و المشتري معا،

و هذا اشكال آخر تعرض لاندفاعه اخيرا، غير الاشكال الذى استنتجه من المقدمات المذكورة، و هو لزوم كون الملك للمالك الاصلى و للمشتري. نعم يلزم من ضم هذا الاشكال العام الى ما يلزم فى المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثانى. لوجوب التزام ملكية المالك الاصلى حتى يصح العقد الثانى، و ملكية المشتري له، لأن الاجازة تكشف عن ذلك و ملكية العاقد له لأن ملك المشتري لا بد ان يكون عن ملكه، و الا لم ينفع اجازته فى ملكه من حين العقد لأن اجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير الى غيره. ثم ان ما اجاب به عن الاشكال الوارد فى مطلق الفضولى لا يسمن و لا يغنى، لان الاجازة إذا وقعت فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها، لأن الاجازة لا تكون الا من المالك الواقعى و المالك الظاهرى انما يجدى اجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الاجازة (١) و لذا لو تبين فى مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع اجازته، لأن المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

الحق ان يقال فى الجواب عن ذلك: انه لم يدل دليل على لزوم اتصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هى اجازة، بما هى اجازة، بل اللزوم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمام ذلك بيد المجيز كى يكون النقل عن ملكه باجازته و امضائه، و عليه ففى المقام بما ان زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف، فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان و هو متحقق على الفرض. هذا على الكشف بالمعنى المشهور.

و أما على الكشف المختار فالأشكال غير وارد اصلا لفرض اتصال ملكيته بالإجازة كما لا يخفى، مع انه يمكن ان يقال بكفاية كونه ملكا له ان لم يجز، و ان لزم من الإجازة كونه ملكا لغيره، و نظيرها فى ذلك الإقرار على ما فى اليد بانه للغير، فانه لو لا الإقرار على ان ما فى يده للغير يكون له و ان كان بالإقرار يكون لغيره، فايراد المصنف على صاحب المقاييس بقوله.

(١) لملك الظاهرى انما يجدى اجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٤١

ثم ان ما ذكره فى الفرق بين الاجازة و العقد الثانى من كفاية الملك الظاهرى فى الأول دون الثانى تحكم صرف، خصوصا مع تعليقه بأن الاجازة رفع لليد و اسقاط للحق، فليت شعرى ان اسقاط الحق كيف يجدى و ينفع مع عدم الحق واقعا، مع ان الاجازة رفع لليد من الملك ايضا بالبدية، و التحقيق ان الاشكال انما نشأ من الاشكال الذى ذكرناه سابقا فى كاشفية الإجازة على الوجه المشهور، من كونها شرطا متأخرا يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

الخامس: ان الاجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول (١) و عن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بد من اجازته،

كما لو بيع المبيع من شخص آخر فاجاز المالك البيع الأول، فلا بد من اجازة المشتري البيع الثاني، حتى يصح و يلزم، فعلى هذا يلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر و توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري الغير الفضولي، و هو من الاعاجيب، بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثل و تملك

غير وارد إذ الظاهر ان ما ذكرناه مراد صاحب المقاييس من قوله يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا فلا يرد عليه ما افاده المصنف قدس سره:

(١) الخامس: ان الإجازة لما كشفت عن صحة العقد الأول لزم منه كون المال حين العقد الثاني ملكا للمشتري الأول، فصحة الثاني، تتوقف على اجازته، و هي تتوقف على صحة الأول المتوقفة على اجازة المشتري الأول فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر، و ايضا يلزم توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري غير الفضولي، و هو محال، فان لازمه عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثل، و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض، اما عدم تملكه المثل فللغرض انتقاله عنه بالبيع، و أما عدم تملكه الثمن فلأن العقد الأول ينتقل ثمنه الى المالك الثاني و الثمن في العقد الثاني ينتقل الى المشتري الاول لوقوعه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٢

المشتري الأول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمان و دون تمامه ان زاد الأول و مع زيادة ان نقص لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، و قد كان المبيع له ايضا بما بذله من الثمن و هو ظاهر.

و الجواب عن ذلك ما تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك من حين العقد و هو ممنوع. (١) و الحاصل ان منشأ الوجوه الاخيرة شىء واحد و المحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة، قد نبه عليه في الايضاح و جامع المقاصد.

في ملكه، فيلزم انتقال المثل و الثمن في العقد الثاني الى المشتري الأول.

اما كون اللزام الأول محالا فلأن حقيقة البيع هي المعاوضة، و مقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع، و تملك المثل على تقدير عدم البيع، فعدم تملك شىء منهما مستلزم لارتفاع النقيضين.

و أما كون الثاني محالا فلأن مقتضى المعاوضة ان يملك المشتري بعوض بعينه،

ولا يعقل تحققها و تخلف مقتضاها عنها.

(١) و اجاب المصنف قدس سره عن هذا الإيراد: بانه يرد على القول بالكشف من حين العقد

و لو التزمنا بالكشف من حين العقد الثاني فلا يلزم محذور اصلا.

و اجاب السيد المحشى قدس سره عن لزوم توقف كل من الاجازتين على الأخرى و صحة العقد الثاني على اجازة المشتري الأول: بان بيع مال الغير انما يكون موقوفا على اجازته إذا كان ذلك المال ماله، مع قطع النظر عن هذا البيع، و في المقام انما تحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع و الإجازة، و مثل هذا لا يعقل ان يكون موقوفا على الإجازة فصحة العقد الثاني، و اجازة المشتري الثاني لا تتوقفان على اجازة المشتري الأول.

و فيه: ان جميع ما ذكر دليلا على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على اجازته يدل على توقفها عليها في المقام.

فالحق ان يقال: ان هذا المحذور انما يلزم على القول بالكشف المشهور، و أما على الكشف المختار فان بنينا على الكشف من حين

العقد الثاني كما مر فالامر واضح

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٣

السادس: ان من المعلوم انه يكفي في اجازة المالك و فسخه فعل ما هو من لوازمها، و لو باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني، فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن و هو لا يجامع صحة العقد الاول (١) فإنها تقتضى تملك المالك للثمن الأول و حيث وقع الثاني يكون فسخا له و ان لم يعلم بوقوعه، فلا يجدى الاجازة المتأخرة.

و بالجملة حكم عقد الفضولي قبل الاجازة، كسائر العقود الجائزة بل اولى منها فكما أن التصرف المنافي مبطل لها كذلك عقد الفضولي.

و الجواب ان فسخ عقد الفضولي هو انشاء رده.

و أما الفعل المنافي لمضيه كتزويج المعقودة (٢) فضولا- نفسها من آخر، و بيع المالك ماله المبيع فضولا من آخر، فليس فسخا له خصوصا مع عدم التفاته الى وقوع عقد الفضولي

و أما ان قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأول، فحيث ان العقد الثاني واقع في ملك المالك الأصلي فيصح بلا توقف على شيء و ينتقل ثمنه إليه، فإذا اجاز المشتري العقد الأول الذي اوقعه فضولا لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الأول بنحو النقل في الملكية و الكشف في المملوك، و هذا لا يلزم الكشف عن وقوع العقد الثاني في ملك المالك بالفعل، فان هذا الاعتبار وارد على العقد. فتدبر فانه دقيق.

(١) السادس: ان العقد الأول انما يصح بالإجازة، و من شرائطها عدم مسبقيتها بالرد،

و العقد الثاني يستلزم الرد، فانه لا يجامع العقد الثاني صحة الأول المقتضية لملك المالك للثمن الأول، فلا محالة يكون الثاني فسخا للأول و ان لم يعلم بوقوعه، فلا تجدى الإجازة المتأخرة.

(٢) و اجاب عنه المصنف قدس سره بان الرد و الفسخ تارة: يكون بانشاءه قولاً لو فعلاً،

و اخرى: يكون بفعل ما يفوت محل الإجازة.

و الثاني على قسمين: احدهما: ما يفوت محلها فيترتب عليه انحلال العقد رأساً.

ثانيهما: ما يفوت محلها بالنسبة الى الفاعل فلا مانع من بقاء العقد بالإضافة الى غيره.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٤

غاية ما في الباب ان الفعل المنافي لمضى العقد مفوت لمحل الاجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فمحل الاجازة، و يخرج العقد عن قابلية الاجازة، اما مطلقاً،

كما في مثال التزويج أو بالنسبة الى من فات محل الاجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإن محل الاجازة انما فات بالنسبة الى الأول، فللمالك الثاني ان يجيز، نعم لو فسخ المالك الأول نفس العقد بانشاء الفسخ بطل العقد من حينه اجماعاً، و لعموم تسلط الناس على اموالهم بقطع علاقة الغير عنها.

فالحاصل انه ان اريد من كون البيع الثاني فسخا انه ابطال لأثر العقد في الجملة فهو مسلم، و لا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة الى المالك الثاني فيكون له الاجازة، و ان اريد انه ابطال العقد رأساً فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك، و تسمية مثل ذلك الفعل رداً في بعض الأحيان من حيث أنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة الى فاعله بحيث يكون الاجازة منه بعده لغوا، نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخاً فعلياً، لم يبعد كونه

كالانشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدر في المطلب

و في المقام بما انه لم ينشأ الرد كما هو المفروض، و البيع ليس كالعقود موجبا لعدم بقاء المحل رأسا كي ينحل العقد رأسا، بل هو موجب لفوت محلها بالإضافة الى المالك لخروج المال عن ملكه و أما الفضولي الذي اشتراه فمحل الاجازة بالإضافة إليه باق فلا مانع من شمول ادلة النفوذ له، و لا يقاس ذلك بتصرف ذي الخيار من جهة انه ينحل هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه، فانه هناك لو لم ينحل لم يجز التصرف لعدم كونه ملكه، و هذا بخلاف المقام كما هو واضح.

و ما افاده المحقق النائيني قدس سره من: انه إذا كان فعل مفوتا لمحل الاجازة، بالإضافة الى المتصرف كان مفوتا لمحلها بالإضافة الى غيره ايضا، إذ البيع عبارة عن تبديل طرفي الاضافة مع اعتبار تعلق الاضافة بشخص خاص، فمن كان مالكا حين العقد من جهة فوت محل الاجازة بالإضافة إليه ليس له الاجازة و الفضولي الذي اشترى المال لم يكن احد طرفي الاجازة فليس له ذلك ايضا كما ليس له الرد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٥

إذ المقصود ان مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد، و لذا لو فرضنا انكشف فساد هذا البيع بقي العقد على حاله من قابلية لحوق الاجازة.

و أما الالتزام في مثل الهبة و البيع في زمان الخيار بانفساخ العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي فلأن صحة التصرف المنافي تتوقف على فسخ العقد،

و إلا- وقع في ملك الغير (١) بخلاف ما نحن فيه، فإن تصرف المالك في ماله المبيع فضولا صحيح في نفسه، لوقوعه في ملكه، فلا يتوقف على فسخه، غاية الامر انه إذا تصرف فات محل الاجازة.

و من ذلك يظهر ما في قوله رحمه الله اخيرا.

و بالجملة حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل اولى فإن قياس العقد المترزل من حيث الحدوث على المترزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الاولوية و سيجيء مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقق به الرد

يرد عليه: ان مال هذا الى انه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد و ما تعلق به الاجازة، و هذا هو الأشكال الثاني، و الجواب عنه قد تقدم، و الكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو.

و ما اورده المحقق الايرواني قدس سره عليه بان: البيع لشيء انشاء لرد كل عقد وقع عليه على سبيل الإجمال و ان لم يلتفت الى العقد و لم يعلم به، فكل فعل للمنافي فهو انشاء للرد فلا وجه للتفصيل بين انشاء الرد و فعل ما ينافيه.

يمكن دفعه: بان انشاء الرد انما هو كسائر الأنشاءات متقوم بالقصد و بدونه لا يتحقق، فما افاده الشيخ قدس سره متين.

(١) نعم ما ذكره اخيرا في وجه كون الفعل المنافي موجبا لانفساخ العقد في البيع الخيارى

يمكن ان يورد عليه: بانه إذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزما لإنشاء الرد لم يرد إلا- بذلك، لأنه، لا محذور في الالتزام بوقوعه في ملك الغير، و اصالة الصحة في الفعل لا تصلح لاثبات تحقق قصد الرد. فتدبر،

مضافا الى انه قد تقدم عدم قبح الرد في تأثير الاجازة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٦

(السابع:) الاخبار المستفيضة الحاكية لنهاي النبي صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك (١) فإن النهي فيها اما لفساد البيع مطلقا بالنسبة الى المخاطب و إلى المالك فيكون دليلا على

فساد العقد الفضولي، و أما لبيان فساده بالنسبة الى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقا فيكون دالا على عدم وقوع بيع مال الغير

لبائعه مطلقا و لو ملكه فأجاز، بل الظاهر ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، و الا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج الى البيان

السابع: النصوص الخاصة، و هي طائفتان:

(١) الأولى: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك، و قد تقدم «١» في اوائل بيع الفضولى انها بحسب السند لا كلام فيها.

و تقريب دلالتها: انها تدل على فساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة الى المالك و المخاطب، أو بالنسبة الى خصوص المخاطب. و باطلاقها تدل على عدم وقوع البيع للبائع و لو صار مالكا و اجاز.

بل الظاهر منها ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع و الا فعدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج الى البيان.

و اجاب عنها المصنف قدس سره: بعد نقل الروايات الخاصة بانها تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع على هذا البيع، و هذا لا ينافي ترتب الأثر عليه إذا لحقه الإجازة.

و فيه: ان مقتضى اطلاقها عدم ترتب الأثر عليه و ان اجاز و اجابوا عنها باجوبه اخر احسنها جوابان- و قد تقدما- احدهما: ان الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء كان مملوكا له ام لا، قدر على تسليمه ام لا، كليا ام شخصا و حيث انه لا يمكن الالتزام به تعين حمله اما على النهى عن بيع ما ليس مملوكا له. أو على النهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، و ان لم يكن الثانى اقرب لا كلام فى عدم اقربيه الأول.

(١) راجع ص ٣٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٤٧

الى البيان، و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لى: اشتر لى هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها اربحك كذا و كذا، قال: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه قبل ان تستوجبها أو تشتريها.

و رواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يجيئنى و يقول:

اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا قال: أ ليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك؟ قلت:

بلى، قال: لا- بأس به، انما يحلل الكلام و يحرم، الكلام بناء على ان المراد بالكلام عقد البيع فيحلل نفيا و يحرم اثباتا، كما فهمه فى الوافى، أو يحلل إذا وقع بعد الاثراء و يحرم إذا وقع قبله أو ان الكلام الواقع قبل الاثراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم. و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة.

و صحيحة ابن مسلم قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لى متاعا لعلى اشتره منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس انما يشتره منه بعد ما يملكه.

و صحيحة منصور بن حازم عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل امر رجلا ليشتري له متاعا فيشتره منه، قال لا بأس بذلك، انما البيع بعد ما يشتره.

و صحيحة معاوية بن عمار قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام يجيئونى الرجل فيطلب منى بيع الحرير و ليس عندى شىء، فيقولنى و أقوله فى الربح و الاجل،

حتى يجتمع على شىء، ثم اذهب لا اشترى الحرير فادعوه إليه، فقال: أ رأيت ان وجد مبيعا هو أحب إليه مما عندك أ تستطيع أن تصرف إليه عنه و تدعه، قلت نعم قال: لا بأس و غيرها من الروايات

الطائفة الثانية النصوص الخاصة، كصحيح يحيى بن الحجاج «١» خبر خالد بن الحجاج «٢» صحيح محمد بن مسلم «٣» و صحيح منصور «٤» و صحيح معاوية «٥» المذكورة جميعا في الكتاب

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب العقود حديث ٨.

(٢) نفس المصدر ح ٦.

(٣) المصدر ح ٧.

(٤) نفس المصدر حديث ١٣.

(٥) نفس المصدر حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٨

و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد في بعضها و من حيث التعليل في بعضها الآخر، في عدم صحة البيع قبل الاشتراء، و انه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له و استقلاله، فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشتري الزام و التزام سابق لذلك المال و الجواب عن العمومات انها انما تدل على عدم ترتب الاثر المقصود من البيع و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع لا من طرف البائع بأن يتصرف في الثمن و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع، و منه يظهر الجواب عن الاخبار (١) فإنها لا تدل خصوصا بملاحظة قوله عليه السلام و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها الا على ان الممنوع منه هو الالتزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة الى اجازة و هي المسألة الآتية اعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة الى الاجازة و سيأتى ان الاقوى فيها البطلان، و ما قيل من ان تسليم البائع للمبيع، بعد اشترائه من المشتري الأول مفروض في مورد الروايات و هي اجازة فعلية مدفوع بأن التسليم إذا وقع باعتقاد البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و انه مما لا اختيار للبائع فيه، بل يجبر عليه إذا امتنع فهذا لا يعد اجازة و لا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأن المعتمد في الإجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنة و استقلال، لأن ما يدل على اعتبار طيب النفس في صيرورة

(١) و المصنف قدس سره اجاب عنها اولاً بما حاصله: انها تدل على المنع عن الإلزام

و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة الى الإجازة،

و هذا لا ينافي الصحة مع الإجازة. ثم رجع عن ذلك و التزم بدلالاتها على الفساد من جهة ان عدم ترتب الأثر المقصود على عقد الا مع انضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض و الإجازة لا يقتضى النهى عنه بقول مطلق، بل لا بد من النهى عنه مقيداً بتجرده عن ذلك القيد. فاطلاق النهى يقتضى الفساد حتى مع الإجازة.

و الحق في المقام ان يقال: ان الصحاح الثلاثة الأخيرة ظاهرة في ارادة بيع الكلي،

و تدل على انه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٩

مال الغير حالاً- لغيره يدل على عدم كفاية ذلك، نعم يمكن ان يقال: ان مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد المتقدمة، بأن المشتري إن شاء أخذ و ان شاء ترك ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الاصيل. و هذا محقق فيما نحن فيه بناء على ما تقدم، من انه ليس للأصيل في عقد الفضولي المعاملة قبل اجازة المالك اورده لكن الطاهر بقريئة النهى عن مواجهة البيع في الخبر

المتقدم إرادة اللزوم من الطرفين.

والحاصل ان دلالة الروايات عموما و خصوصا على النهى عن البيع قبل الملك مما لا مساغ لإنكاره، و دلالة النهى على الفساد أيضا مما لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة، إلا أنا نقول أن المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه عرفا من الآثار في مقابل الصحة التي هي امضاء الشارع، لما يقصد عرفا من انشاء البيع مثلا لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه، على الوجه الذى يقصده اهل المعاملة، كأن يترتب عليه بعد البيع النقل و الانتقال، و جواز تصرف البائع فى الثمن و جواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة و تسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله على تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه و هو لا ينافى قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد

المشتري الأول، و قد اتفق النص و الفتوى خلافا للعامه على جواز ذلك، فيتعين حملها على التقيء- كما يظهر من بعض النصوص المجوزة- أو الكراهة.

و ما ذكره بعض الاساطين و امضاه المصنف فى آخر هذا الفرع من الحكم فى موردها و ان كان يحمل على التقيء الا ان ذلك لا ينافى الأخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل و هو يقتضى البطلان فى بيع الشخصى.

يرد عليه: ان عموم التعليل لا يقبل التبعيض بان يحمل على التقيء أو الكراهة فى بعض موارد و هو الكلى، و الأخذ بظاهرة فى مورده الآخر، لا سيما و ان مورد ورود الكلى، إذ بقاءه فى غير مورد الأخبار و القائه فى موردها بعيد جدا. فهذه النصوص ساقطة. و أما خبر خالد بن الحجاج: فقد مر الكلام فيه فى مبحث المعاطاء و عرفت انه قاصر سندا و دلالة.

اما الأول: فلدوران الراوى بين ابن بختج و ابن الحجاج و الأول مجهول

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٥٠

أو ممن يملكه بعد العقد و لا يجب على القول بدلالة النهى على الفساد،

وقوع المنهى عنه لغوا غير مؤثر اصلا، كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد فإن حاصله دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان ان مقصوده من الفعل. المنهى عنه و هو الملك و السلطنة من الطرفين لا- يترتب عليه، فهو غير مؤثر فى مقصود المتبايعين لا أنه لغو من جميع الجهات، فافهم.

اللهم الا- أن يقال: أن ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد فى نظر الشارع، مقيدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة، كالتبعض فى الهبة و نحوها، و الاجازة فى الفضولى لا يقتضى النهى عنها بقول مطلق، إذ معنى صحة المعاملة شرعا ان يترتب عليها المدلول المقصود من انشائه و لو مع شرط لاحق، و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط،

لا يوجب النهى عنه الا مقيد بتجرده عن لحوق ذلك الشرط فقصدهم ترتب

الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد. فالانصاف ان ظاهر النهى فى تلك

و أما الثانى: فلأن الظاهر منه ثبوت البأس فى صورة الزام المواعيد بقبول السلعة، و وجهه عدم تحقق البيع فى مفروض السؤال و يكون قوله عليه السلام انما يحلل الكلام و يحرم الكلام بياننا لذلك، لأن المراد بالكلام بالالتزام البيعى، و المراد بالمحلية و المحرمية المنسوبة إليه محلياً الايجاب للمبيع على المشتري و الثمن على البائع، و محرمية المبيع على البائع و الثمن على المشتري. و تمام الكلام فى محله.

و أما صحيح يحيى: فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الاشتراء. توضيح ذلك ان ايجاب البيع عبارة عن اقرار و اثباته على الوجه الذى لا

يبقى مجال لحله و فسخه من الطرفين بنحو يكون الا-شراء مقدمة للوفاء لا- لتتميم المعاملة- قبل استيجابها اى جعل البيع لازما على نفسه- أو الا-شراء- اى التملك المجامع مع الخيار- و النهى عنه ارشاد الى عدم تحققه، فيدل على عدم لزوم البيع قبل ان يملك. و هذا مما لا كلام فيه.

فتحصل: ان شيئاً مما استدل به على الفساد لا يدل عليه.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ١٥١

الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع، و عدم ترتب اثر الانشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الاجازة. و أما صحته بالنسبة الى المالك إذا اجاز، فلأن النهى راجع الى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا اجاز، فيرجع فيه الى مسألة الفضولي. نعم قد (١) يخدش فيها ان ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلى، و انه لا يجوز بيع الكلى في الذمة، ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى المشتري الأول، و المذهب جواز ذلك و ان نسب الخلاف فيه الى بعض العبائر، فيقوى في النفس انها و ما ورد في سياقها في بيع الشخصى أيضاً كروايتى يحيى و خالد المتقدمتين أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقيّة، لأن المنع عن بيع الكلى حالاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة، كما صرح به في بعض الاخبار مستنديين في ذلك الى النهى عن بيع ما ليس عندك. لكن الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصى و عموم مفهوم التعليل في الاخبار الواردة في بيع الكلى خلاف الانصاف إذ غاية الامر حمل الحكم في مورد تلك الاخبار و هو بيع الكلى قبل التملك على التقيّة، و هو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً فتدبر.

(١) قوله نعم قد يخدش فيها ان ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلى هذا استدراك عما ذكره بقوله فالانصاف ان ظاهر النهى في تلك الروايات.

و الفرض انه ربما يخدش في تلك الروايات و حاصلها ان دلالتها على المنع متوقف على امور- شمولها لبيع الشخصى و دلالتها على التحريم و الارشاد الى الفساد و ظهورها في كونها في مقام بيان الحكم الواقعى.

و حيث ان اكثر الروايات واردة في بيع الكلى و انه لا يجوز بيع الكلى في ذمته ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى المشتري فهى لا تشمل ما هو موضوع البحث.

و خبرا يحيى و خالد و ان كانا في بيع الشخصى لما فيهما من اشتر لى هذا الثوب،

من جهة وحدة سياقهما مع الروايات الخاصة الآخر يحملان على التقيّة أو الكراهة،

و تقدم ما هو الحق عندنا فلا نعيد.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٢

فلاقوى العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور، و مما يؤيد المنع مضافاً الى ما سيأتى عن التذكرة و المختلف من دعوى

الاتفاق رواية الحسن بن زياد (١) الطائى الواردة في نكاح العبد بغير اذن مولاه، قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

انى كنت رجلاً- مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولائى، ثم اعتقنى بعد فأجدد النكاح؟ فقال: علموا انك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئاً، قال:

ذلك اقرار منهم انت على نكاحك، الخبر.

فإنها ظاهرة بل صريحة في أن علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير اذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حراً

مالكا لنفسه مسوغاً للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج الى الاستفصال عن ان المولى سكت ام لا،

للزوم العقد على كل تقدير.

(١) قوله و مما يؤيد المنع مضافا الى ... رواية الحسن «١» بن زياد الطائي الوارد في نكاح العبد هذا الخبر من حيث السند لا كلام لنا فيه فانه و ان كان الحسن مجهول الحال،

الا ان الراوى عنه ابان الذى هو من اصحاب الاجماع و أما من حيث الدلالة فقد افيد في وجهها انها صريحة في ان علة البقاء هو اقرار المولى المستفاد من سكوته فلو كان الانعتاق وحده أو مع الاجازة بعده مسوغا للبقاء لم يكن هناك حاجة الى الاستفصال المذكور للزوم العقد على كل تقدير و فيه اولا ان في اعمال العبد خصوصية ليست في غيره، و هى عدم استقلاله في التصرف و اندكاك سلطانه في سلطان مولاه- و لذا لو باع مال غيره توقف صحته على اجازة مولاه أو اذنه، فعدم الصحة في المقام بمجرد الانعتاق أو مع الاجازة لا يلازم عدم الصحة في البيع و ثانيا انه يمكن ان يكون نظره عليه السلام و غرضه تصحيح الزواج من الاول لأعمية نفعه و اتمية فائدته- أو يقال ان المعلول يستند الى اسبق العلل فاستفصل عن وجود علة سابقة.

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٣

ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، (١) و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك و لا لإجازة البائع إذا صار مالكا، و هذا هو الذى ذكره العلامة رحمهم الله في التذكرة، نافيا للخلاف في فساده، قال: لا يجوز ان يبيع عينا لا يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها. و به قال الشافعي و أحمد، و لا نعلم فيه خلافا لقول النبي عليه السلام لا تبع ما ليس عندك و لا شتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها و هو غير مالك لها، و لا قادر على تسليمها، اما لو اشترى موصوفا في الذمة سواء كان حالا أو مؤجلا فإنه جائز اجماعا، انتهى.

و حكى عن المختلف ايضا الاجماع على المنع ايضا، و استدلاله بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه، فحينئذ لو تبايعا على ان يكون العقد موقوفا على الاجازة، فاتفقت الاجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يدخل في مورد الاخبار و لا في معقد الاتفاق و لو تبايعا على ان يكون الزوم موقوفا على تملك البائع دون اجازته، فظاهر عبارة الدروس انه من البيع المنهى عنه في الاخبار المذكورة حيث قال: و كذا لو باع ملك غيره، ثم انتقل إليه فاجاز و لو اراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، و قد نهى عنه، انتهى.

لكن الانصاف ظهورها في الصورة الاولى و هى ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل

صور بيع من باع شيئا ثم ملكه

(١) قال المصنف ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات

و تنقيح القول في المقام: ان البائع ربما يبيع لنفسه، و ربما لمالكة، و ثالثه يبيع للاجنبي.

اما الصورة الأولى: فتارة: يبيع منجزا بحيث يرى نفسه ملزما في ذلك فيشتري المبيع من مالكة مقدمة للوفاء بعقده. و اخرى: يبيع على ان يكون العقد موقوفا على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٤

و الانتقال و عدم الوقوف على شيء (١) و ما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك حيث علل المنع بالغرر و عدم القدرة على التسليم، و اصرح منه كلامه المحكى عن المختلف في فصل النقد و النسيئة و لو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فاجازه. فالظاهر ايضا

الصحة لخروجه عن مورد الاخبار.

نعم قد يشكل فيه من حيث أن الإجازة لا متعلق لها، لأن العقد السابق كان إنشاء للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه، ويمكن دفعه بما اندفع به سابقا الاشكال في عكس المسألة، وهي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازته المالك لنفسه فتأمل

الإجازة، و ثالثه يبيع على ان يكون اللزوم موقوفا على التملك.

(١) و المصنف ادعى: ان المتيقن من النصوص هو الفرض الأول، و ان الأخيرين باقيا تحت العمومات المقتضية للصحة. و استظهر من تعليل العلامة قدس سره للفساد بالغرر و عدم القدرة على التسليم: ان ما هو مفتى به عند الأصحاب هو هذا الفرض. و اورد عليه المحقق النائيني قدس سره، بما حاصله يرجع الى امرين احدهما: ان الأخبار مطلقة، و المراد من التعليق ان كان هو التعليق البنائي فقد تقدم ان البناء القلبي لا- يؤثر في الصحة و الفساد في باب المعاملات، و ان كان هو التعليق في المنشأ فقد اجمعوا على بطلانه.

ثانيهما: انه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل في المقام، لأنه عبارة عن جعل الخيار، و هو انما يكون مقابلا- للالتزام العقدي من المالك، و ليس العقد منسوبا الى البائع في المقام. و الاسم المصدرى غير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه. و لكن ظاهر المصنف قدس سره اختيار الشق الأول و ادعائه ان مقتضى العمومات هي الصحة مع الإجازة في جميع الفروض، غاية الأمر في الفرض الأول، و هو البيع المنجز، و الملمزم عرفا ورد النهي عنه بالخصوص، و حيث انه ارشاد الى الفساد فيدل على فساده. و وجه استظهاره: ان متعلق النهي في بعضها مواجهة البيع و اقراره المساوق لكونه منجزا، و قوله عليه السلام: انما البيع بعد ما يملكه في بعضها الآخر، ظاهر في ذلك فان البيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٥

...

ظاهر في التمليك بالحمل الشائع المساوق للمنجز، إذ مع الملكية لا- تمليك بالفعل لاتحاد الوجود و الإيجاد و بهذا يندفع كلا الايرادين: اما الأول: فواضح، و أما الثاني: فلأن المراد باللزوم المعلق على التمليك ليس هو لزوم العقد شرعا، بل لزومه عرفا. و له قده اختيار الشق الثاني. و دعوى الإجماع على مبطلية التعليق، مندفعه بانها تم في غير القيود التي تكون صحة العقد متوقفة عليها. فراجع ما ذكرناه.

و اورد المحقق الايرواني قدس سره على ما استظهره من تعليل العلامة قدس سره: بان الشراء مترقبا أو غير مترقب لا أثر له في رفع الغرر و حصوله و لا- في القدرة و عدمها، فان توطين النفس على رفع اليد عن البيع عند عدم الاجازة كتوطين النفس على الالتزام بالمبيع المجهول على أي وجه كان في عدم رفعه للغرر.

و فيه: ان البيع مترقبا للاجازة لوجب القطع بعدم الانتقال عن ملكه ما لم يدخل بدله في ملكه، بخلاف ما إذا كان البيع منجزا فلا غرر في الأول، كما ان البائع بعد تملكه يكون شرعا قادرا على تسليمه.

فتحصل: ان ما ذكره المصنف قدس سره تام، و ان كان ما افاده من الفساد في الفرض الأول حتى مع الإجازة بعد التملك غير تام كما تقدم.

و أما الصورة الثانية: قد ذهب المصنف قدس سره الى انها غير مشمولة لنصوص المنع، و هو كذلك ثم اورد على الحكم بالصحة فيها من جهة ان الإجازة لا متعلق لها لأن العقد كان انشاء للبيع عن المالك الأصلي، و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه.

فأجاب عنه: بانه يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الأشكال في عكس المسألة: بان يكون البيع للمالك بما انه مالك بنحو تكون الحيثية تقيدية لا تعليلية.

و لكنه يمكن ان يورد عليه: بانه في عكس المسألة على مبنى المصنف قدس سره- من

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٦

و لو باع لثالث معتقدا لتملكه أو بانيا عليه عدوانا، فإن اجاز المالك فلا كلام في الصحة بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، و ان ملكه الثالث و اجازه أو ملكه البائع فأجازه فالظاهر انه داخل في المسألة السابقة.

ان حقيقة البيع هي المعاوضة- لا- يتصور بيع الغاصب لنفسه الا- بايقاع البيع للمالك بما انه مالك و ادعاء انه المالك فلذا التزموا بذلك و أما في المسألة فيمكن قصد كل من شخص المالك و ذاته و عنوان المالك و كل منهما يجتمع مع قصد المبادلة فوقوع البيع للمالك بعد الشراء و اجازته يتوقف على اثبات كون البيع لعنوان المالك، و حيث لا سبيل إليه فلا وجه للحكم بالصحة.

و أما بناء على ما ذكرناه من ان البيع ليس معاوضة بل حقيقته الاعطاء لا مجانا،

فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الأول باجازه المالك الثاني، و تصحيحها للثاني بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها. فراجع.

(١) و أما الصورة الثالثة: ففيها فرضان الاول: ان يكون ذلك الغير موكلا اياه في هذا البيع أو تحت ولايته.

الثاني: ان يكون اجنيا عنه.

اما الفرض الأول: فالظاهر اتحاده مع الصورة الأولى من حيث الحكم و المدرك، إذ البيع للنفس ثم الاشتراء اعم من البيع بالمباشرة أو التسبب- هكذا قيل و لكن الانصاف ان دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى و عدم شمولها لهذا المورد قريباً جداً، فحكم الفرضين واحد و هو انه لو باع بانيا على ملكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة أو بدونه- على تقدير عدمه- فان اجاز المالك صح للمالك على الأول، و لذلك الغير على الثاني.

و ان ملكه الثالث فجاز صح له، و ان ملكه البائع فجاز صح له على التقدير الأول، و للبائع على الثاني.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٧

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الاخرى و هي ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، فإن الظاهر بطلان البيع الأول (١) لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقينا، (٢) مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم، و عدم صيرورتها حلالا من دون طيب النفس (٣) فإن المفروض ان البائع بعد ما صار مالكا لم يطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول، و التزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاما الا بكون مال غيره له.

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه

الثانية: ما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه قال المصنف

(١) الظاهر بطلان البيع الاول.

(٢) و قد استدل له: بالأخبار المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقينا «١»

(٣) إذ المفروض ان المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشتري الاول،

و التزامه القبلي لم يكن الا التزاما بكون مال غيره له.

و لكن يرد عليه: ان ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقينا، من غير ان يفصل بين كون البيع منجزا ام معلقا على تملك البائع أو

اجازته، ينافى ما ذكره قبل اسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأول، اللهم الا ان يقال: ان مفروض كلامه في المقام هو البيع منجزا. الصحيح ان يستدل له: بانه مع عدم الإجازة لا دليل على صحته، لأن العمومات مختصة بالبيع المستند الى المالك، و في المقام لا يكون مستندا إليه، إذ المراد من الاستناد الى المالك ليس قيام الانشاء به، بل المراد اضافة البيع الى المالك بما هو مالك، و هذا العقد قبل التملك لم يكن مضافا إليه لعدم التملك، و بعده لا يستند إليه لعدم الإجازة.

(١) النساء آية ٣٠- الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ٣- ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٨

اللهم الا أن يقال ان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كل عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال إليه (١) و ان كان قبل ذلك اجنبيا لا حكم لوفائه و نقضه، و لعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين في الايضاح: بناء على صحة الفضولي صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الاجازة قيل: و يلوح هذا من الشهيد الثاني في هبة المسالك. و قد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكي في المعبر، لكن يضعفه ان البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك، فيستصحب (٢) و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل. مضافا إلى معارضة العموم المذكور.

و بعبارة اخرى: الاضافة الى المالك امر قصدى لا قهري، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

(١) و قد استدلل لعدم الحاجة الى الاجازة: بما دل على وجوب الوفاء بالعقود «١».

بتقريب: ان العقد صادر من هذا الشخص، و المانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، إذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، و بعد زوال المانع و صيرورته ملكا له لا مانع من توجه الأمر بالوفاء إليه. و اجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

(٢) احدهما: ان دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملا له، فيستصحب بعده، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام.

و فيه: ان عدم شمول العام له بالتقريب الذي ذكرناه لم يكن من جهة خروج بعض الأفراد في بعض الأزمان، بل كان من جهة عدم تامة موضوع العام في نفسه، إذ لا وفاء للالتزام بمال الغير.

فالبائع قبل التملك غير داخل في موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشمولاً لدليل وجوب اكرام العالم لعدم كونه عالما، ثم صار كذلك،

(١) المائدة آية ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٩

بعموم سلطنة الناس على اموالهم و عدم حلها لغيرهم إلا عن طيب النفس (١) و فحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في نكاح العبد بدون اذن مولاه، و ان عتقه لا يجدى في لزوم النكاح لو لا سكوت المولى الذي هو بمنزلة الاجازة، ثم لو سلم عدم التوقف على الاجازة، فانما هو فيما إذ باع الفضولي لنفسه. اما لو باع فضولا للمالك أو لثالث ثم ملك هو

فهل يتوهم فيه كونه موردا لاستصحاب عدم وجوب الاكرام،

مع انه لو سلم كونه مشمولاً للدليل العام في نفسه و خروجه بدليل مخصص بما انه يكون خارجاً عنه من الأول لا من الوسط لا يكون مورداً الاستصحاب حكم الخاص،
مضافاً الى ذلك كله ما حققناه في محله من كون المرجع عموم العام في جميع الموارد لا استصحاب حكم الخاص. و تمام الكلام في محله.

(١) الثاني: معارضة العموم المذكور بعموم ما دل على «١» سلطنة الناس على اموالهم،
و «٢» عدم حلها لغيرهم الا عن طيب النفس.

و قد يورد عليه: بان هذا يتم لو قلنا بدخوله في ملكه و خروجه عن ملكه من دون رضاه،
و أما إذا قلنا بدخوله في ملك المشتري الأول بمجرد اشتراء البائع - من جهة ان البيع الأول مقتضى لدخول المال في ملك المشتري و كونه ملكاً للغير مانعاً، فإذا زال المانع اثر المقتضى اثره - فلا يدخل في ملكه بخروجه عن ملك مالك الاصلى.
فالصحيح ان يجب عنه: بان العقد قبل التملك غير مستند الى المالك الفعلى، و بعده لا إجازة منه كي يستند إليه، و مع عدم الاستناد لا يكون مشمولاً للعمومات.
فالأظهر عدم الصحة ما لم يجز.

(١) البحار ج ١- ص ١٥٤ الطبع القديم- و ج ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل- باب ٣- من باب ابواب مكان المصلى حديث ٣- ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٠

فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة الى البائع اشكال، (١) و لو باع وكالة عن المالك، فبان انعزاله بموت الموكل فلا اشكال في عدم وقوع البيع له بدون الاجازة و لا معها، نعم يقع للوارث مع اجازته.

المسألة الثالثة ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف، فبان كونه جائز التصرف،

إشارة

و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه اما عدم الولاية، فانكشف كونه ولياً. و أما ان يبيع لنفسه فالصور أربع:

الأولى: ان يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع، فلا ينبغي الاشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي، (٢)

(١) قوله فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشرط بالنسبة الى البائع اشكال.

وجه الاشكالية عدم الاضافة إليه من جهة عدم قصد البيع لنفسه.

و فيه انه لا- يتم مسلكه قده من كون البائع لغير المالك انما يبيع لعنوان المالك فانه إذا باع لهذا العنوان ثم انطبق عليه ذلك العنوان كان بعينه من باع لنفسه ثم ملك.

لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف

المسألة الثالثة: ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف، و عدم

جواز التصرف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية أو لعدم الملك، و على كل منهما اما ان يبيع عن المالك أو عن نفسه، فالصور اربع:
الأولى:

ان يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا،

(٢) واختار المصنف قدس سره في هذه الصورة صحة البيع وعدم توقفها على الاجازة و تبعه غيره.

و الوجه في ذلك ان المفروض كونه وليا فلا يكون فضوليا، و سائر الشرائط من قبيل المصلحة موجودة، فالعقد صادر من اهله واقع في محله فتشمله ادلة النفوذ و ان لم يكن البائع عالما به.

و دعوى ان العلم بالولاية جزء الموضوع،

مندفعة بكون ذلك خلاف ظاهر الادلة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦١

لكن الظاهر من المحكى عن القاضى: انه إذا اذن السيد لعبده (١) فى التجارة، فباع و اشترى و هو لا يعلم باذن سيده، و لا علم به احد لم يكن مأذونا فى التجارة و لا- يجوز شىء مما فعله، فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جازما فعله بعد الاذن و لم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوما ان يبيعوا العبد و العبد لا يعلم باذنه له كان يبيعه و شراؤه منهم جائزا، و جرى ذلك مجرى الاذن. الظاهر فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز، انتهى.

و عن المختلف الايراد عليه بانه لو اذن المولى و لا يعلم العبد، ثم باع العبد،

صح لأنه صادف الاذن و لا يؤثر فيه اعلام المولى بعض المعاملين، انتهى و هو حسن.

من جهة ان الأحكام تدور مدار موضوعتها واقعا، و اناطتها بالعلم تحتاج الى دليل مفقود.

(١) قوله لكن الظاهر من المحكى عن القاضى انه إذا اذن السيد العبد يحتمل ان يكون، نظر القاضى قدس سره الى ان حقيقة الاذن الذى هو الاعلام و اظهار الرضا و الرخصة انما تكون إذا كان بحضرتة من يظهر له، و الا فلا يعقل الاظهار و الراءه فمع عدم اطلاع الغير لا- يكون اذن، و عليه فما ذكر من خصوص المعاملين فى كلامه من باب المثال و يشهد له قوله فى ذيل كلامه فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز و على هذا فلا- مورد لإيراد المختلف عليه كما لا- يخفى نعم يرد عليه ما ذكرناه فى اوائل عقد الفضولى من كفاية الرضا و طيب النفس الواقعى فى الخروج عن الفضولية.

و اورد السيد قدس سره على ما اختاره المصنف: بان العقد و ان صدر عن من كان نافذ التصرف الا ان المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالما بانه ولي ما كان راضيا بهذا البيع الخاص، و مجرد موافقته للمصلحة لا يوجب لزومه على الولي، إذ يمكن ان يكون هناك فرد آخر من البيع مثله فى الصلاح، فيكون الاختيار فى التعيين إليه، فلا فرق بين هذه الصورة و بين ما لو بان كونه مالكا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٢

الثانية: ان يبيع لنفسه و انكشف كونه وليا. (١)

فالظاهر ايضا صحة العقد لما عرفت من ان قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع و لا يقدر. و فى توقفه على اجازته للمولى عليه وجه، لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون (٢) فتأمل.

و بالجملة يعتبر القصد الى النقل و الرضا بعنوان انه مال المولى عليه، و المفروض عدمه فى الفرض.

و فيه: ان الدليل «١» انما دل على نفوذ تصرفات الولي فى مال المولى عليه بما فيه صلاحه، و لم يدل دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان، و القطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت الى الولاية لا يضر إذا كان راضيا بالفعل - فضلا عن احتمال - فإنه من قبيل تخلف الداعى.

فالأظهر هي الصحة و عدم التوقف على الإجازة.

لو باع لنفسه و انكشف كونه وليا

(١) الصورة الثانية: ان يبيع لنفسه و ينكشف كونه وليا و ملخص القول فيها: انه بناء على ما افاده المصنف قدس سره في بيع الغاصب لنفسه من انه انما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقا للمعاوضة لا بد من البناء على الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، اما الصحة فلأن البيع واقع للمالك، و أما عدم الوقوف على الإجازة فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع فلا حاجة الى الإجازة.

(٢) و ما ذكره قدس سره في وجه الاحتجاج إليها من عدم الوقوع على الوجه المأذون فيه،

يرد عليه: ان غرضه ان كان عدم كونه مأذونا فيه تكليفا فيرده: ما تقدم من عدم كون بيع الفضولي لنفسه أو لغيره حراما. و ان كان غرضه عدم كونه مأذونا فيه وصفا،

فيرده: ان المفروض كونه وليا، و لعله الى هذا اشار بقوله فتأمل و أما بناء على ما ذكرناه من الالتزام بها في الموضوعات الشخصية

(١) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب عقد البيع و شروطه - و باب ٨٨ - من ابواب احكام الوصايا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٣

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا (١) و قد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته، فبان ميتا. و المشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد و الإرشاد في باب الهبة الاجماع، و لم نعثر على مخالف صريح الا ان الشهيد رحمهم الله ذكر في قواعده انه لو قيل بالطلاق أمكن و قد سبقه في احتمال ذلك العلامة و ولده في النهاية و الايضاح، لأنه انما قصد نقل المال عن الاب لا عنه (٢) و لانه و ان كان منجزا في الصورة الا أنه معلق و التقدير ان مات مورثي فقد بعتهك فلانه كالعابث عند مباشرة العقد لا اعتقاد ان المبيع لغيره، انتهى.

لأن الفرد الخارجى غير قابل للتعدد، فتقيده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذى يبيع عنه فهو ملحوظ بخصوصته، و توصيفه بانه المالك حيثية تعليلية، و حيثية لا أثر لها لاتحاد المنشأ و المجاز.

لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا

(١) الصورة الثالثة: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.

و الكلام فيها يقع فى جهتين:

الأولى: فى انه هل يصح ام لا؟ الثانية: فى انه على فرض الصحة هل يتوقف على الإجازة ام لا؟ اما الجهة الأولى: فعن العلامة و ولده و الشهيد و غيرهم: القول بالطلاق فيما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا و استدل له بامرین:

(٢) الاول: ما توضيحه: ان البيع للاب بظن حياته بحسب الطبع انما يكون يباع للأب، و حيثية الملكية تكون تعليلية لا تقييدية، فمن

قصد البيع له لم يكن مالكا ليقع له و لو باجازه. و بهذا البيان يظهر ان ما اورده المصنف قدس سره عليه: بقوله

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٤

اقول: أما قصد نقل الملك عن الاب فلا- يقدح فى وقوعه لأنه، انما قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنه مالك باعتقاده ففى

الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك (١)

لكن أخطأ فى اعتقاده ان المالك ابوه

(١) ففي الحقيقة انما قصد النقل عن المالك.

و بعبارة اخرى ان بيعه عن الاب انما يكون عنه من حيث انه مالك باعتقاده،

ففي الحقيقة انما قصد البيع عن المالك كما ذكره فيما لو باع ملك غيره باعتقاد انه ملكه،
غير وارد.

ثم ان المحقق النائيني قدس سره اورد على المصنف قدس سره: بان الحيثية لا يمكن الالتزام بها في الموضوعات الشخصية، لأن الفرد الخارجي غير قابل للتعدد، فتقييده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذي يبيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته، و توصيفه بانه المالك حيثية تعليلية،

و الحيثية التعليلية لا أثر لها لاتحاد المنشأ و المجاز.

و فيه: ان الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الشخصية على قسمين:

الأول: الأفعال الحقيقية غير المتقومة بالقصد كالأكل.

الثاني: الأفعال الاعتبارية المتقومة به كالباع و الائتمام.

و القسم الأول يتم فيه ما ذكره من جهة ان تلك الأفعال لا تتعلق بالعناوين، مثلا الضرب لا يتعلق بالعنوان فهو اما ان يقع و أما لا، و لا يعقل وقوعه على تقدير دون تقدير و لا يتم في القسم الثاني لأن الأفعال التي تكون من هذا القبيل تتعلق بالعناوين الكلية.

ففي المقام يتصور وقوع البيع عن الأب على وجهين.

الأول: وقوعه عن المالك، بحيث تكون الحيثية تقييدية.

الثاني: وقوعه عنه بنحو تكون الحيثية تعليلية.

فما افاده المصنف قدس سره لا يرد عليه ذلك، فالصحيح ان يورد عليه بما ذكرناه.

نعم هذا الايراد وارد عليه على مسلكه قدس سره، حيث انه في كتاب الصلاة في مبحث الجماعة في

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٥

و قد تقدم توضيح ذلك في عكس المسألة اي ما لو باع ملك غيره باعتقاد انه ملكه، نعم من ابطال عقد الفضولي لأجل اعتبار مقارنته طيب نفس المالك للعقد قوى البطالان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، و لذا نقول نحن كما سيجيء باشتراط الاجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد، و أما ما ذكر من انه في معنى التعليق فيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول كما لا يخفى (١) منع كونه في معنى التعليق، لأنه إذا فرض انه يبيع مال ابيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو انما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة و الاستقلال على المال، لا على تعليق للنقل بكونه منتقلا إليه بالارث عن مورثه، لأن ذلك لا يجامع مع ظن الحياة اللهم الا ان يراد ان القصد الحقيقي الى النقل معلق على تملك الناقل و بدونه، فالقصد صوري على ما تقدم من المسالك من ان الفضولي و المكره قاصدان الى اللفظ دون مدلوله، لكن فيه حينئذ أن هذا القصد الصوري كاف، و لذا قلنا بصحة عقد الفضولي و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره اخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللا بعلمه بكون المبيع لغيره.

مسألة من اقتدى بشخص فبان غيره ذهب الى هذا المبنى، و نحن اوردنا عليه بعين هذا الايراد- راجع الجزء السادس من فقه الصادق الثاني: انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا ان البيع يكون عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه، فحيث انه يعتقد انطباقه على ابيه فقصد الاطلاق في حكم التعليق، اي عن والدي أو عنى ان مات هو، و حيث انه يعتقد كونه حيا فقصد الاطلاق في عقده يعد عبثا و

منافيا للقصد الجدى فى المعاملة.

(١) و بهذا البيان ظهر اندفاع ما ذكره المصنف قدس سره و تبعه المحقق النائى قدس سره و غيره، من: ان هذا الدليل لا يجتمع مع الدليل الأول من جهة ان اساس الأول وقوع البيع عن الأب، و اساس هذا وقوعه عن نفسه.

و الحق فى الجواب عن هذا الوجه: ان هذا النحو من التعليق - اى المعنوى منه - لا يضر بصحة العقد، كما ان عدم القصد الجدى بهذه الكيفية غير مضر - كما تقدم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦٦

و كيف كان فلا ينبغى الاشكال فى صحة العقد الا أن ظاهر المحكى من غير واحد لزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لأن المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، و لأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد الى نقل المال المعين الذى هو فى الواقع ملك نفسه و ان لم يشعر به فهو اولى من الاذن فى ذلك فضلا عن اجازته، و الا توجه عدم وقوع العقد له، لكن الاقوى وفاقا للمحقق و الشهيد الثانى و قوفه على الإجازة، لا - لما ذكره فى جامع المقاصد: من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك (١) الآن بل مع اجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله الا ان يقال: ان قصده الى اصل البيع كاف

فى اول مسألة بيع الفضولى - فالصحيح هو الوجه الأول.

فالمتحصل: انه ان كان البيع عن المالك - اى عن الأب بما انه مالك بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعم نفسه - صح البيع، و ان كان عن الأب كما هو كذلك بحسب الطبع، فالبيع باطل لا يمكن تصحيحه.

و أما الجهة الثانية: فالمحكى عن غير واحد: لزوم العقد و عدم الحاجة الى اجازة مستأنفة و عن المحقق و الشهيد الثانى و قوفه على الإجازة.

و قد استدلل للتوقف على الإجازة بوجهين:

(١) الاول ما عن جامع المقاصد من: انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الآن بل مع اجازة المالك.

و توضيحه: ان العاقل الملتفت الى كون المال للغير و انه لا ينتقل عن ملكه قهرا لا محالة يكون قصده للنقل مقيدا بالإجازة، و حيث ان العقود تابعة للقصد فلا بد و ان تقع الإجازة حتى يقع النقل على الوجه المقصود.

و فيه: اولاً: ان محل الكلام هو قصد البيع عن المالك لا عن شخص الغير و الا بطل البيع كما تقدم، و عليه، و ان سلم كون النقل موقوفا على الإجازة، الا انه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعا يقع النقل عنه بقصده فلا حاجة الى اجازته.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦٧

و توضيحه ان انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد، حتى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه، و انما هو من الاحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها فى التوقف على الامور المتأخرة و عدمه، مع ان عدم القصد

المذكور لا يقدر بناء على الكشف (١) بل قصد النقل بعد الاجازة ربما يحتمل قدحه،

فالدليل على اشتراط تعقب الاجازة فى اللزوم و هو عموم تسلط الناس على اموالهم و عدم حلها لغيرهم الا بطيب انفسهم،

و حرمة اكل المال الا بالتجارة عن تراض.

و بعبارة اخرى: بما انه يبيع عن المالك عن قصد إليه، و المفروض انه هو المالك،

فلا حاجة الى الإجازة.

و لعله إليه يرجع ما ذكره المحقق الثانى بقوله: الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف.

و ثانيا: ان حقيقة البيع و هى النقل فى نظر الناقل لا النقل فى نظر الشارع،

فالالتفات الى انه لا ينتقل عن ملك الغير ماله قهرا غير مناف لقصد النقل الذى به قوام البيع.

و بالجملة: الانتقال شرعا من آثار البيع، و لا يلزم قصده حتى يقال انه يكون موقوفا على الاجازة.

و إلى هذا نظر الشيخ قدس سره فيما ذكره فى مقام الجواب.

و أما ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

(١) مع ان عدم القصد المذكور لا يقدح بناء على الكشف،

الذى حاصله: ان عدم امكان قصد النقل فعلا يناسب القول بالنقل، فان الانتقال انما يكون من حين الاجازة، بخلاف القول بالكشف

فان الانتقال فعلى، فيمكن قصده حال النقل،

فيرد عليه: ان المدعى هو وقوف النقل على الاجازة لا- تأخره عنها، وهذا لا فرق فيه بين القول بالنقل و الكشف، فانه على الكشف

ايضا يكون النقل موقوفا على الاجازة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦٨

و بالجملة فاكتر أدلة اشتراط الاجازة فى الفضولى جارية هنا. (١) و أما ما ذكرناه من ان قصد نقل ملك نفسه ان حصل اغنى عن

الاجازة و الا فسد العقد،

ففيه انه يكفى فى تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد الى نقل المال المعين و قصد كونه ماله «مال نفسه» أو مال غيره مع

خطئه فى قصده أو صوابه فى الواقع لا يقدح و لا ينفذ. و لذا بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه، مع كونه مالا لغيره.

و أما أدلة اعتبار التراضى و طيب النفس، فهى دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان انه ماله (٢) لا بنقل مال معين

يتفق كونه ملكا له فى الواقع، فإن حكم طيب النفس و الرضا لا- يترتب على ذلك، فلو اذن فى التصرف فى مال معتقد انه لغيره و

المأذون يعلم انه له لم يجز له التصرف بذلك الاذن و لو فرضنا انه اعتق عبدا عن غيره فبان انه له لم يعتق. و كذا لو طلق امرأة وكالة

عن غيره، فبان زوجته، لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته و عتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الاجازة و لو غره الغاصب. فقال:

هذا عبدى اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه فبان كونه له، فالأقوى أيضا عدم النفوذ وفاقا للمحكى عن التحرير و حواشى الشهيد و جامع

المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا، و وقوفه على الاجازة،

لأن العتق لا يقبل الوقوف فإذا لم يحصل القصد الى فك ماله مقارنا للصيغ و وقعت باطله بخلاف البيع. فلا تناقض بين حكمه ببطلان

العتق و صحة البيع مع الاجازة كما يتوهم.

(١) الوجه الثانى: ما افاده المصنف قدس سره و هو: ان اكثر ادلة اشتراط الاجازة فى بيع الفضولى جارية هنا، و مراده بها ادلة اعتبار

التراضى و طيب النفس «١» كما يصرح به بعد ذلك بقوله.

(٢) و أما ادلة اعتبار التراضى و طيب النفس فهى دالة على اعتبار رضا المالك و تقريب ما افاده: انها تدل على اعتبار رضا المالك فى

التصرف فى ماله بما هو ماله

لا- ذات ما هو ماله، و لذا لو قدم الى غيره طعاما بتخيل انه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو علم بانه له، و فى المقام بما ان البائع انما

رضى بنقل مال معين اتفق كونه ملكا له فى الواقع، و لم يرض بنقله بما هو ماله، فيحتاج الى الاجازة لذلك

(١) النساء آية ٣٠- الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ٣- ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦٩

نعم ينبغي ايراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ و حكم فى البيع باللزوم و عدم الحاجة الى الاجازة، فإن القصد الى انشاء يتعلق بمعين، هو مال المنشئ فى الواقع، من غير علمه به ان كان يكفى فى طيب النفس و الرضا المعتبر فى جميع إنشاءات الناس المتعلق بأموالهم و جب الحكم بوقوع العتق و ان اعتبر فى طيب النفس المتعلق باخراج الاموال عن الملك العلم بكونه مالا- له، و لم يكف مجرد مصادفة الواقع و جب الحكم بعدم لزوم البيع، فالحق ان القصد الى الانشاء المتعلق بمال معين مصحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير، و لا يحتاج الى العلم بكونه مالا له لكن لا يكفى ذلك فى تحقق الخروج عن ماله بمجرد الانشاء، ثم ان كان ذلك الانشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الاجازة، كما فى العقود و الا وقع الانشاء باطلا كما فى الايقاعات.

و فيه: انه ان كان البيع عن شخص من يتخيل كونه مالكا لزم بطلان البيع و عدم امكان تصحيحه و لو بالاجازة، و ان كان عن المالك بنحو يعم نفسه فالرضا بنقل ماله بعنوان انه ماله موجود، فاما يكون باطلا- أو يكون لازما غير متوقف على الاجازة و بعبارة اخرى: انه لا ريب فى كونه راضيا ببيع مال نفسه، فان كان البيع يباع عن الأب بشخصه بطل البيع لعدم المورد للإجازة و ان كان يباع عن المالك الواقعى و ان كان منطبقا على نفسه، و معه لا حاجة الى الاجازة لصدور العقد عنه مباشرة و عن الرضا، و هو اولى من اذنه و اجازته. و لعله الى هذا يرجع ما استدل به لعدم الاحتياج الى الاجازة بما نقله المصنف فى ما قبل اسطر بقوله: و لأن قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا بمجرد القصد... فلا يرد عليه ما ذكره المصنف.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٧٠

ثم انه ظهر مما ذكرنا فى وجه الوقوف على الاجازة ان هذا الحق للمالك من باب الاجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث الحدوث لا البقاء كما قواه بعض من قارب عصرنا و تبعه بعض من عاصرنا: معللا بقاعدة نفى الضرر (١) إذ فيه أن الخيار فرع الانتقال. و قد تقدم توقفه على طيب النفس، و ما ذكره من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمر راجع الى العوض و المعوض،

و انما هو لانتقال الملك عن مالكة من دون علمه و رضاه، (٢) إذ لا فرق فى الجهل بانتقال ماله بين ان يجهل اصل الانتقال، كما يتفق فى الفضولى أو يعلمه و يجهل تعلقه بماله.

و من المعلوم ان هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولى على الاجازة،

إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر (٣)

(١) و قد يقال: ان هذا الحق للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث البقاء لا من باب الاجازة، فيكون متزلزلا من حيث الحدوث معللا بقاعدة نفى الضرر (١).

و اجاب عن ذلك المصنف قدس سره بما حاصله يرجع الى امرين.

(٢) احدهما: انه لا يصح الرجوع الى قاعدة نفى الضرر التى هى من الأدلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا و طيب النفس مما تقتضيه الأدلة الأولية.

و بعبارة اخرى: ان مقتضى الأدلة الأولية توقف الانتقال على الرضا، فمع فقدة لا يتحقق الانتقال، و مع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذى هو فرع الانتقال.

(٣) الثاني: ان الضرر المترتب على المعاملة تارة يكون ضررا ماليا كما في موارد خيارى العيب و الغبن، و اخرى يكون ضررا سلطانيا، اى يكون موجبا للنقص فى سلطانه على ماله، و فى الأول يتدارك الضرر بالخيار، و أما فى الثانى فالتحفظ عليه انما يكون بالتحفظ على سلطانه، فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لا اللزوم.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٧١

ثم ان الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولى (١) بل يجىء على القول بالبطالان، الا ان يستند فى بطلانه بما تقدم من قبح التصرف فى مال الغير، فيتجه عنده حينئذ البطلان.

و بهذا البيان يظهر ان ما اورده المحقق النائينى قدس سره على المصنف بان الصحة ليست امرا مجعولا حتى ترتفع بها بل هى منتزعة من تحقق الشرائط، فلو دل دليل على اعتبار قيد فى ناحية الأسباب أو المسببات فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد، و الا فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر و نحوها لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة، و لا يمكن اثبات حكم بها لو لا جعله لزم منه الضرر، فى غير محله، فان دليل نفى الضرر يرفع امضاء الشارع للعقد الذى يلزم منه هذا الضرر و لا محذور فى ذلك.

(١) قوله ثم ان الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة الفضولى.

محصل ما ذكره: ان الأدلة الأربعة التى اقاموها على بطلان بيع الفضولى من الكتاب «١» و السنة و الإجماع و العقل، غير الأخير منها لا تشمل هذا العقد لأنه صدر ممن بيده امر المال. نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولى من باب حكم العقل بقبح التصرف فى مال الغير، يتجه البطلان فى المقام.

و اورد عليه المحقق النائينى: بان حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعا بمناط واقعى، و حكمه بقبح التصرف فيما علم انه مال الغير طريقي، فالحكم الشرعى المستكشف من الأول من باب الملازمة حكم واقعى، و الحكم الشرعى المستفاد من الثانى طريقي فإذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا يكون الا تجريا.

وفيه: ان مورد استثناء المصنف قدس سره هو حكم العقل بقبح التصرف، و قال: انه لو- كان المدرك هو هذا الحكم من العقل اتجه الحكم بالفساد هنا فان موضوع حكم العقل بالقبح ليس هو الواقع، بل ما اعتقد انه مال الغير، و كون الحكم المستفاد من هذا الحكم فى بعض الموارد واقعيًا و فى آخر طريقيًا اجنبى عن ما هو محل استثنائه

(١) النساء: ٢٩- الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٧٢

الرابعة: ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له (١) و الاقوى هنا ايضا الصحة و لو على القول ببطلان الفضولى و الوقوف على الاجازة بمثل ما مر فى الثالثة و فى عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى فى الثالثة (٢) و لذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار فى الثالثة.

لو باع لنفسه فانكشف انه له

(١) الصورة الرابعة: ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له فتارة:

يبني على انه ماله كان في اعتبار العقلاء ايضا كذلك كما في ثمن الخمر، ام لم يكن كما في المال المكسوب من القمار، واخرى: لا يبني على ذلك بل يبيع بان يخرج المثلث عن ملكك ذلك الغير و يدخل ثمنه في ملكه. اما في الصورة الأولى:

فالأظهر الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، فانه باعه عن الرضا بعنوان انه ماله، فالعقد تام من حيث الأركان حتى الرضا بالانتقال بعنوان انه ماله. فما افاده المصنف قدس سره بقوله.

(٢) و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى في الثالثه متين بل هو وجه وجيه. و أما في الصورة الثانية:

فدعوى اعتبار الاجازة بناء على اعتبار رضا البائع بانتقال ماله بعنوان انه ماله في البيع، في محلها، لأنه انما رضى بانتقال ما يعتقد انه مال الغير و لم يرض بانتقال ماله بهذا العنوان. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٣

و أما القول في المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان امور:

الأول: يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك، (١)

فلا يكفي اتصاف المتعاقدين بصحة الانشاء و لا احراز سائر الشروط بالنسبة

القول في المجاز

و أما القول في المجاز: فتمام الكلام فيه بيان امور:

(١) قوله الاول: يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك.

الشروط المعتبرة في انشاء العقد لا كلام فيها و أما غيرها من الشروط من شرائط المتعاقدين و العوضين، فهي على اقسام: الأول: ما يعتبر حال العقد، ككون العاقد ممن يصح منه المعاهدة و المعاهدة، اما عقلا ككونه حيا، أو شرعا ككونه عاقلا.

الثاني: ما يعتبر فيمن زمام امر العقد بيده كان هو المالك أو ولي التصرف كالقدرة على التسليم، فان دليل اعتبارها انما يدل على ذلك، و لذا لو كان مجرى الصيغة غير قادر على التسليم و كان البيع للصبى غير القادر و لكن كان وليه قادرا صح البيع.

الثالث: ما يعتبر في المالك، ككون المالك للمصحف مسلما.

اما القسم الأول: فهو يعتبر وجوده حين الإجازة و لا يخفى وجهه و أما القسم الثاني ملا يعتبر بل يعتبر وجوده حين الاجازة حتى على الكشف، فانه انما يكون في الملكية لا في انتساب العقد الى المجيز- و هو يعتبر وجوده حين يعتبر صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد و هو انما يكون من حين الاجازة و أما القسم الثالث فعلى القول بالكشف وجوده حين من العقد لانه اول زمان حصول الملكية و على القول بالنقل لا يعتبر ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٤

الى الاصيل فقط على الكشف للزومه عليه (١) بل مطلقا لتوقف تأثيره الثابت (٢)

و لو على القول بالنقل عليها، و ذلك لأن العقد اما تمام السبب أو جزئه (٣) و على أى حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده، و لهذا لا يجوز الايجاب في حال جهل القابل بالعوضين بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لأن الاجازة على القول بالنقل اشبه بالشرط، و لو سلم كونها جزءا فهو جزء للمؤثر لا للعقد، فيكون جميع ما دل من النص و الاجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرة

فى اعتبارها فى انشاء النقل و الانتقال بالعقد،

(١) قوله للزومه عليه: علة للمنفى

(٢) قوله لتوقف تأثيره: كذلك

(٣) و استدل المصنف قده لاعتبار الشروط فيه بما محصله: ان العقد الانشائى اما تمام السبب أو جزءه، و على كل تقدير ما ثبت اعتباره فى العقد يعتبر فيه لنفس دليل الاعتبار بل ما دل عليه على اعتباره فى العقد التام دون جزئه يعتبر فيه ايضا، لأن الإجازة ليست جزء العقد بل هى شرط تأثيره، و تمام العقد انما هو ما وقع بين الفضولى و الأصيل، و لو سلم كونها جزء فانما هى جزء السبب المملك لا جزء البيع الانشائى، و ظاهر الأدلة اعتبار ذلك فى البيع الانشائى لا السبب المملك.

و لكن يرد عليه- مضافا الى ما تقدم عند بيان ما هو الحق عندنا-: ان غايه ما يثبت بذلك، اعتبار العلم بالعوضين حين العقد، اما انه هل يعتبر كون المجرى للصيغه كذلك ام يعتبر كون المجيز كذلك فلا يثبت بذلك، فلا بد من الرجوع فى ذلك الى وجه آخر،

و الظاهر هو الأول، فان المجيز انما ينفذ العقد الواقع الصحيح و ينسبه الى نفسه،

فلا بد و ان يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحا، و من جمله ما يعتبر فى الصحة العلم بالعوضين.

و بهذا يظهر الفرق بين الأذن و الإجازة، فان العقد فى الأول من حين تحققه يستند

الى الأذن، فيكفى كونه عالما بالعوضين، بخلاف صورة الإجازة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٧٥

نعم لو دل دليل على اعتبار شرط فى ترتب الاثر الشرعى على العقد من غير ظهور فى اعتباره فى اصل الانشاء (١) امكن القول بكفاية وجوده حين الاجازة.

و لعل من هذا القليل القدرة على التسليم، و اسلام مشتري المصحف و العبد المسلم،

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعبرة حين العقد الى زمان الاجازة ام لا؟ (٢) لا ينبغى الاشكال فى عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطها حتى على القول بالنقل، نعم على القول بكونها بيعا مستأنفا يقوى الاشتراط. و أما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناء على النقل، و أما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناء على النقل، و أما بناء الكشف فوجهان و اعتبارها عليه ايضا غير بعيد.

(١) قوله نعم لو دل دليل على اعتبار شرط فى ترتب الاثر الشرعى مراده بذلك ما دل اعتبار شرط فى المالك- و عليه- فيرد عليه ما تقدم من انه لا بد من التفصيل بين القول بالنقل أو الكشف فراجع.

(٢) قوله هل يشترط بقاء الشرائط المعبرة حين العقد الى زمان الاجازة ام لا يقع الكلام فى موردين:

الأول: فى انه هل يعتبر وجود الشرائط حين الإجازة ام لا؟ و الحق ان شروط العقد لا معنى لاعتبارها حين الإجازة الا على القول بانها بيع مستأنف- اى ايجاب متأخر- أو قبول و أما غيرها من الشروط فما كان منها معتبرا فيمن بيده زمان العقد يعتبر وجوده حينها، لأنه حين الإجازة يستند العقد الى المجيز و يصير العقد عقده،

و ما كان منها معتبرا فى حال العقد لا يعتبر وجوده حين الإجازة.

و ما كان منها معتبرا فى المالك يفصل بين القول بالكشف و النقل. و على الأول لا يعتبر و على الثانى يعتبر كما تقدم.

المورد الثانى فى انه هل يعتبر استمرار وجود الشرائط من حين العقد الى حين الإجازة، ام لا؟ الأظهر عدم الاعتبار، و يظهر وجهه مما

قدمناه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٦

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل (١)

من تعيين العوضين و تعيين نوع العقد من كونه يباع أو صلحا فضلا عن جنسه من كونه نكاحا لجاريته أو يباع لها أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة كالأذن السابق، فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدا لا يجوز معه التوكيل و من أن الاجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل من المالكين بعد الإجازة، فيشبه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند القابل (٢).

يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا

(١) قوله الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الاول: في انه هل يعتبر العلم التفصيلي بالمجاز من حيث العوضين و نوع العقد من البيع و الهبة و غيرهما ام لا يعتبر ذلك؟ الثاني: في انه هل يعتبر العلم بوقوع العقد ام يكفي احتمال وقوعه؟ اما المقام الأول: فقد استدلت لاعتبار العلم بوجوده:
(٢) الاول ما في المتن، و هو: ان الاجازة احد ركني العقد، إذ المعاهدة الحقيقية انما تحصل من المالكين بعد الإجازة، فتشبه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند القابل.

و فيه: ان دليل اعتبار العلم بالعوضين و نوع العقد لو دل على اعتباره في البيع و العقد و قلنا ان ظاهره اعتبار ذلك في البيع و العقد الانشائي - الذي هو السبب للمعاهدة الحقيقية - فلا وجه لاعتباره في الإجازة، لأن مجرد الشباهة بالقبول لا يوجب اللاحق في الحكم، و الا فالإذن السابق ايضا كذلك، مع انه لا يعتبر فيه ذلك.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان الاجازة لا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق لوقوع عقد الفضولي على شيء خاص، و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشملها الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة. بالامر المبهم منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٧

...

التي لا اعتبار بها عند العقلاء.

و فيه: اولاً: انه يمكن الاطلاق في الإجازة، بمعنى تعلقها بما وقع اياها كان، و ليس ذلك من قبيل الأمر المبهم الذي لا واقع له. و ثانياً: انه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الاطلاق غاية الأمر كونها من قبيل اجازة المجهول، و هي كالأذن في المجهول لا إشكال فيها.

و بالجملة: ان الأذن في المبهم لعدم كون المبهم مما له واقع لا يصح، و كذلك اجازته، و أما الاذن في المجهول فالأظهر عدم المحذور فيه، و كذلك الإجازة المتعلقة به.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني قدس سره ايضا، و هو: ان الاجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج في عموم نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر.

و فيه: اولاً: ان الغرر المنفي مختص بالبيع «١».

و ثانياً: انه على فرض العموم لا- إشكال في عدم كون التوكيل و الاذن مشمولين للمنفي، إذ لا- ريب في عدم وجوب ذكر جميع

الخصوصيات و التعيين من جميع الجهات فيهما، و كذلك الاجازة.
 الرابع: ان البيع انما ينتسب الى المجيز من حين الاجازة، ففي الحقيقة هي تكون معاملة و بيعا، فيعتبر ان لا تكون غررية.
 وفيه: ان المنفى هو البيع الغررى، و هو ظاهر فى الانشائي منه كما تقدم،
 فالأظهر انه لا يعتبر العلم بالمجاز.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب آداب التجارة حديث ٣- و المستدرک باب ٣١ من ابواب آداب التجارة حديث- ١ و سنن بيهقى ج ٥ ص ٣٣٨- و سنن الترمذى ج ٣- ص ٥٣٢- و اخرجه مسلم- و ابو داود- فى كتاب البيوع.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٨

و من هنا يظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد و لا يكفى مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لأن الاجازة و ان لم تكن من العقود حتى يشملها معاهد اجماعهم على عدم جواز التعليق فيها الا انها فى معناها (١) و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق لا يكون الا فى حق العاقد فتأمل.

الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير و أما العقد الواقع على عوضه، (٢)

إشارة

و على كل منهما اما ان يكون المجاز اول عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده أو بدله، أو بالاختلاف

و أما المقام الثانى: فقد استدل لاعتبار العلم بوجهين:

(١) الاول: ما فى المكاسب و هو: ان الاجازة، و ان لم تكن من العقود واحد ركنى العقد،
 الا انها فى معناها فالتعليق مبطل لها.

وفيه: ان مدرک مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقن منه التعليق فى البيع الانشائي، و لا يشمل البيع الحقيقى و ما فى معنى البيع:
 الثانى: ما افاده المحقق النائنى قدس سره، و هو: ان بها يتحقق الاستناد، و هى من الايقاعات، و الإيقاع لا يقبل التعليق.
 وفيه: ان الايقاع كالعقد قابل للتعليق بان يكون المعلق هو المنشأ لا الإنشاء، و لا دليل على بطلانه به، مع انه لو سلم ذلك فانما هو فى التعليق على غير القيود التى يتوقف عليها، و الا- فلا- دليل على البطلان، و المقام من هذا القبيل لتوقف الاجازة على صدور العقد.
 فالأظهر عدم اعتبار العلم به، فيكفى مجرد احتمال، فيجيزه على تقدير وقوعه.
 حكم العقود المترتبة

(٢) قوله الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير، و أما العقد الواقع على عوضه الأصحاب حكموا بان اجازة العقد الواقع على مال الغير توجب صحته و صحة ما بعده من العقود، و اجازة العقد الواقع على بدله توجب صحته و صحته ما قبله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٩

و يجمع الكل فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجارية، و باع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثم بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف بعسل

و محل كلامهم انما هو العقود الطولية من حيث الترتب الانتقالى لا الزمانى، فلو باع العين شخص واحد من متعدد فضولا كانت العقود

عرضية من حيث الصحة لا طولية و خارجة عما هو محل الكلام، و تعاقبها اما ان يكون بوقوعها من اشخاص متعددة و أما بتعاقبها على اثمان عديدة.

و المراد من العوض في كلماتهم- على ما صرح به المصنف قدس سره- هو الثمن الكلي. و بعبارة اخرى: ان محل البحث هي صورة ترامى الأثمان لا ورود العقود على العوض الشخصي.

و العقود المتعددة اما واقعة على مال الغير أو على عوضه، بان يكون العوض في كل عقد معوضا في الآخر، و على كل تقدير ربما يكون العاقد هو المشتري في كل طبقة أو غيره، و لا كلام في ان للمالك اجازة اى منها شاء، انما الكلام في انه إذا اجاز عقدا هل يوجب ذلك صحة غيره ام لا.؟ و تنقيح القول فيه: ان المجاز اما اول عقد واقع على مال المالك، أو آخر عقد واقع عليه،

أو وسط واقع بين سابق و لاحق واقعين على مورد عقد الوسط و المراد من المورد اعم من الثمن و المثل في العقد الوسط، و ايضا المراد من الوقوع على المورد اعم من كون المورد في ذلك العقد ثمنا أو مثمنا أو واردين على بدل مورده، أو كون السابق واردا على مورده و اللاحق واردا على بدل مورده، أو بالعكس. فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوض و أما الواقعة على العوض فهي ايضا كذلك، لأن المجاز اما ان يكون اول عقد واقع عليه، أو آخر عقد، أو وسط بين سابق و لاحق واردين على مورده، أو بدل مورده، أو يكون السابق على المورد و اللاحق على بدله، أو بالعكس فمجموع الصور اثنا عشرة، ست للفرض الأول، و ست للفرض الثاني.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٠

و قد جميع المصنف الجميع في المثال. و جامعياً هذا المثال لجميع الصور تظهر من التصوير التالي، تأمل تعرف.

(صور العقود الواقعة على المعوض (١) صور العقود الواقعة على العوض (بيع العبد بفرس ببيع الفرس بدرهم ببيع الفرس ببيع العبد بفرس ببيع العبد بكتاب ببيع الدرهم برغيف ببيع الدرهم بحمار ببيع العبد بدينار ببيع الدينار بجارية ببيع الرغيف بعسل ١- اول عقد واقع على المعوض: ببيع ١- اول عقد واقع على العبد بفرس ببيع الفرس بدرهم.

٢- آخر عقد واقع عليه: ببيع العبد بدينار ٢- آخر عقد واقع عليه: ببيع الرغيف بعسل.

٣- الوسط الواقع عليه- الواقع بين ٣- الوسط الواقع بين واقعين على الواقعين على مورده-: ببيع العبد بكتاب مورده ببيع الدرهم برغيف الواقع بين ببيع الواقع بين بيعه بفرس و بيعه بدينار. الفرس بدرهم، و ببيع الدرهم بحمار.

٤- الوسط الواقع بين واقعين على ٤- الوسط الواقع بين سابق واقع بدل مورده، ببيع العبد بكتاب، الواقع بين على بدل مورده، و لاحق واقع على ببيع الفرس الذى هو بدل للعبد فى العقد مورده ببيع الدرهم برغيف الواقع بين ببيع الأول بدرهم، و بين ببيع الدينار الذى هو العبد بفرس، و ببيع الدرهم بحمار.

البدل للعبد فى العقد الآخر بجارية.

٥- ٥- و بذلك ظهر الواقع بين ٥- الوسط الواقع بين واقعين على المختلفين. بدل مورده، ببيع الدرهم بحمار الواقع بين ببيع العبد بفرس، و ببيع الرغيف بعسل.

٦- الوسط الواقع بين سابق واقع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨١

...

على مورده و هو ببيع الدرهم برغيف،

و لا حق واقع على بدل مورده و هو بيع الرغيف بعسل، و هو ايضا بيع الدرهم بحمار.

هذا كله فى تطبيق المثال الذى ذكره المصنف على جميع الصور.

ثم يقع الكلام فى بيان حكم العقود المترتبة، فالضابط: ان الإجازة كما توجب صحة المجاز، توجب صحة ما قبله مما يتوقف عليه و ما بعده مما يكون من احكامه. و عبارة اخرى: توجب صحة ما يكون فى سلسله علله و معلوله.

توضيح ذلك بنحو يظهر حكم جميع الصور، يقتضى البحث فى مواضع:

الأول: فى العقود الواقعة على شخص مال المالك و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على العوض، و بيان انه لو اجاز المالك العقد الواقع على ماله اى عقد يصح بهذه الإجازة، و مثال الجامع لذلك: بيع العبد بفرس، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع العبد بكتاب، ثم بيع الكتاب بالحنطة، ثم بيع العبد بدينار، ثم بيع الدينار بجارية.

الثانى: فى العقود الواقعة على الثمن الشخصى، و هو الثمن الواقع عوضا فى البيع الأول، و هو الفرس و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على عوضه، و مثال ذلك: بيع الفرس بدرهم، ثم بيع الدرهم بعسل، ثم بيع الفرس بحمار، ثم بيع الحمار بجاريه، ثم بيع الفرس بالدار، ثم بيع الدار بالكتاب.

الثالث: فى العقود الواقعة على الثمن الكلى و ما سبقه و لحقه من العقود، و مثال ذلك: بيع العبد بفرس، ثم بيع صاحب الفرس العبد بكتاب، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع صاحب الدرهم الفرس بدينار، ثم بيع الدرهم برغيف، ثم بيع صاحب الرغيف الدرهم منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٨٢

اما اجازة العقد الواقع على مال المالك اعنى العبد بالكتاب فهى ملزمة له و لما بعده مما وقع على مورده (١) اعنى العبد بالدينار بناء على الكشف. و أما بناء على النقل فيبنى على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه و هى فسخ بالنسبة الى ما قبله مما ورد على مورده أعنى بيع العبد بالفرس بالنسبة الى المجيز.

اما بالنسبة الى من ملك بالاجازة و هو المشتري بالكتاب، فقابله للاجازة مبنية على مسأله اشتراط ملك المجيز حين العقد، هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده أعنى مال المجيز

بحمار، ثم بيع الرغيف بعسل.

و فى هذه المواضع تارة: يجيز المالك اول العقود، و اخرى: آخرها، و ثالثه: الوسط منها. فإذا بينا حكم اجازة الوسط و تبين حكمه و ما سبقه و لحقه يظهر حكم اجازة العقد الأول و الآخر.

فاقول مستعينا بالله تعالى: انه فى الموضع الأول قال المصنف

(١) فهى ملزمة له و لما بعده مما وقع على مورده توضيحه انه لو اجاز العقد الوسط منها و هو بيع العبد بكتاب، يكون ذلك فسحا بالنسبة الى ما قبله سواء أ كان واقعا على نفس مال المالك و هو بيع العبد بفرس، أو واقعا على عوضه فى ذلك العقد و هو بيع الفرس بدرهم، بمعنى انه يفوت بذلك محل الإجازة بالنسبة الى المالك للخروج عن تحت سلطنته و عدم توقف صحة المجاز عليهما.

نعم لمن انتقل إليه العبد اجازة بيع العبد بفرس، بناء عدم اعتبار كون المجيز حال العقد مالكا على القول بالنقل، و مطلقا بناء على القول بالكشف، و له اجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لانتقال الفرس إليه، و لو اجاز أو لا يبيع الفرس يلزم بيع العبد بلزومه لتوقفه عليه، و لو لم يجز من انتقل إليه المال يبيعه و لا يبيع عوضه، فلمالك الفرس حينئذ اجازة يبيعه بدرهم.

و أما بالقياس الى ما بعده من العقود سواء كان واقعا على نفس هذا المال- و هو بيع العبد بدينار- أو عوضه فى العقد اللاحق- و هو بيع الدينار بجارية- فعلى القول

بالكشف تلزم تلك العقود بهذه الإجازة لوقوعها فى ملك مالكها، و أما بناء على القول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٣

و أما العقود الواقعة على عوض مال المجيز (١) فالسابقة على هذا العقد و هو بيع الفرس بالدرهم، يتوقف لزومها على اجازة المالك الاصلى للعوض و هو الفرس و اللاحقة له أعنى بيع الدينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد. و أما اجازة العقد الواقع على العوض أعنى بيع الدرهم برغيف، فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك اعنى بيع العبد بالفرس، أو على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم، و للعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض و هو بيع الدرهم بالحمار. اما الواقعة على هذا البديل المجاز اعنى بيع الرغيف بالعسل، فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء.

بالنقل فينتى على المسألة المتقدمة- و هى عدم اشتراط الملكية حين العقد- و أما الواقع على عوض هذا المجاز- و هو بيع الكتاب بحنطة- فلا يلزم بلزوم هذا العقد، لأن لزوم هذا يصير سببا لدخول الكتاب فى ملكه، فله اجازة العقد الواقع على كتابه. فالقول بان العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد باطلاقه غير تام.

(١) و أما الموضوع الثانى: فالحكم فيه هو الحكم فى الموضوع الاول، الا فى مورد واحد.

توضيح ذلك: انه إذا تعلق الإجازة بالعقد الوسط- و هو بيع الفرس بحمار- فبالنسبة الى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن- و هو بيع الفرس بدرهم- و على بدله- و هو بيع الدرهم بالعسل- يكون فسخا بالتقريب المتقدم. و أما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن- و هو بيع الفرس بالدار- و على عوضه فى العقد اللاحق- و هو بيع الدار بكتاب- فتصح بصحة هذا العقد على القول بالكشف، أو على القول بعدم اشتراط الملكية بناء على النقل. و أما ما وقع على عوضه فى المجاز- و هو بيع الحمار بجارية- فلا يصح باجازة ذلك لما تقدم. هذا فيما يشترك فيه الموضوعان،

و أما ما يختص به هذا الموضوع، و هو ان الإجازة فى هذا توجب صحة ما تقدمه الواقع على نفس مال المالك اولا و هو بيع العبد بفرس، و الا لم يصح الفرس ملكا له حتى يجيز العقد الواقع عليه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٤

و ملخص ما ذكرناه انه لو ترتبت عقود متعددة على مال المجيز، فإن وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة وسط منها فسخا لما قبله، و اجازة لما بعده، على الكشف،

و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر، و لعل هذا هو المراد من المحكى عن الايضاح و الدروس فى حكم ترتب العقود: من انه إذا اجاز عقدا على المبيع صح و ما بعده، و فى الثمن ينعكس، فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعددة.

فظهر انه لا وجه للقول بانها توجب فسخ العقود اللاحقة.

و أما الموضوع الثالث: فلو اجاز العقد الوسط- و هو بيع الدرهم برغيف فبالنسبة الى ما بعده من العقود يفصل بين ما وقع على ما انتقل عنه، و ما وقع على ما انتقل إليه، فالبيع الواقع على ما انتقل إليه- و هو بيع الرغيف بعسل- لا يصح بهذه الإجازة، لأنها اوجبت دخول المعوض فى ملكه، فله اجازة العقد الواقع عليه ايضا، و أما الواقع على ما انتقل عنه- و هو بيع الدرهم بحمار- فيلزم بلزوم هذا العقد على القول بالكشف، أو عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد على القول بالنقل.

و أما بالنسبة الى ما قبله من العقود فهي توجب صحة جميعها، اعم من الواقع على المعوض، أو الثمن الكلى، أو الشخصى على القول بالكشف، أو عدم اشتراط الملكية على النقل.

اما الأول: فلأنه إذا صح بيع العبد بفرس فصاحب الفرس باع ماله بكتاب فيصح.

و أما الثاني: فلأن صحة العقد المجاز تتوقف على صيرورة المبيع ملكا له، إذ لو لم يصر الدرهم ملكا له كيف يجيز بيعه برغيف، و صحة بيع الفرس بدرهم ايضا تتوقف على صحة بيع العبد بفرس.

و أما الثالث: فلأنه إذا صح بيع الفرس بدرهم كما عرفت، فصاحب الدرهم صار مالكا للفرس فبيعه الفرس بدينار كان في ملكه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٥

و أما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادها أن يعقد على الثمن الشخصي مرارا، لأن حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقا من قولنا. أما الواقعة على هذا البديل المجاز الى آخره بل مرادها تراعى الاثمان في العقود المتعددة كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان.

و قد علم من ذلك ان مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشخصي الاول له، بل العوض و لو بواسطة

و من جميع ما ذكرناه ظهر حكم جميع الفروض حتى المختلفة، مثل ما لو فرض وقوع العقد على الثمن الشخصي مرات، ثم العقد على الثمن الكلي أو العكس، أو غير ذلك من الفروض.

كما انه ظهر ما في اطلاق كلام الشهيد قده من:

ان العقود الواقعة على المبيع لو اجاز المالك الوسط منها صح و ما بعده، و في الثمن ينعكس الأمر.

كما انه ظهر ما في اطلاق كلام المصنف قدس سره من:

انه لو وقعت العقود من اشخاص متعددة كانت اجازة الوسط فسخا لما قبله، و اجازة لما بعده، و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر.

إذ يرد عليه: انه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد، مع ذلك تكون اجازة الوسط فسخا لما قبله كما عرفت، و كذلك لو فرضنا ترتب العقود في الثمن الكلي من اشخاص متعددة تكون اجازة لما قبله.

فالاولى في بيان الضابط ما ذكرناه فافهم و اغتتم.

حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٦

ثم ان هنا اشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، (١) اشار إليه العلامة رحمهم الله في القواعد، و اوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه، فقال الأول: فيما حكى عنه: ان وجه الاشكال ان المشتري مع العلم يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن، و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و لو بقى، ففيه الوجهان: فلا ينفذ فيه اجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبيع اشتراه و من أن الثمن عوض عن العين المملوكة، و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك، فإذا جاز جرى مجرى الصادر عنه، انتهى.

و قال في محكي الحواشي: ان المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك رب العين، فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعا

(١) قوله ثم ان هنا اشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري.

اصل الاشكال اشار إليه العلامة في القواعد و بعده الشهيد في حواشيه، و عن الايضاح وجه آخر سقف عليه.

و حيث ان منشأ الأشكال هو فتوى الأصحاب بانه إذا تلف الثمن عند البائع الغاصب لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب الرجوع إليه و مطالبته بالمثل أو القيمة.

فينبغي البحث في مقامين:

الأول: في المنشأ.

الثاني: فيما نشأ عنه.

اما المقام الأول: ففيه مسائل:

الأولى: في ان التسليم إليه مملك له اياه أو مبيح للتصرفات، ام لا؟ فقد استدل للأول بوجهين:

الأول، ان الأصحاب حكموا بانه إذا رجع المالك الى المشتري بالمبيع ليس له الرجوع الى البائع باسترداد الثمن، و لو لا كونه ملكا له كان ذلك منافيا لتسلط الناس على أموالهم،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٧

فقد اشتراه لنفسه و اتلفه عند الدفع الى البائع فيتحقق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الاجازة هنا لصيرورته ملكا للبائع و ان امكن اجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها ايضا، لأن ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له في اتلافه، فلا يكون ثمنا، فلا يؤثر الاجازة في جعله ثمنا، فصار الاشكال في صحة البيع و في التبع، ثم قال انه يلزم من القول ببطلان التبع بطلان اجازة البيع في المبيع، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: ان الاشكال في صحة العقد كان صحيحا ايضا، انتهى.

و اقتصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد اخيرا في وجه سرايه هذا الاشكال الى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب،

و فيه: مضافا الى عدم تسالم الأصحاب على ذلك، بل هناك قولان آخر ان: احدهما:

الضمان مطلقا، ثانيها: الضمان مع بقاء العين - ان الاسباب المملكة مضبوطة و ليس التسليط بعنوان العوضيه منها، و أما اباحة التصرفات فلا بد و ان تكون اما بفعل المالك أو بحكم الشارع، و شيء منهما ليس في المقام.

الثاني: انهم حكموا بعدم الضمان في صورة الإتلاف، فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا، لأن اتلاف مال الغير موجب للضمان.

و فيه - مضافا الى ما تقدم - ان عدم الضمان لازم اعم للملك و لما اذن مالكة في الإتلاف.

الثانية: في انه هل يجوز الرجوع في ما دفع مع بقاءه ام لا؟ الأظهر هو الأول، اما بناء على ما عرفت في المسألة الأولى فواضح، و أما بناء على القول الآخر فكذلك بناء على كون التسليط مبيحا للتصرفات، و أما على القول بكونه مملكا فلأنه لو سلم ذلك كان هبة و يجوز الرجوع في الموهوب مع بقاءه.

المسألة الثالثة: في انه هل يجوز الرجوع الى البديل إذا اتلفه الغاصب، ام لا؟ قد استدل للثاني بوجوه:

الأول: الإجماع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٨

...

و فيه - مضافا الى عدم ثبوته كما تقدم - انه لم يثبت كونه اجماعا تعديدا.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان الضمان اما معاوضي أو يدي، و شيء منهما لا مورد له في المقام، اما الأول: فلعلمه بانه ليس المثلن له، و أما الثاني: فلعلم المشتري بكونه غاصبا و لازمه التسليط المجاني فيكون من صغريات قاعدة ما لا يضمن

بصحيحه لا يضمن بفاسده.

وفيه: انه انما يدفعه عوضا عن المبيع لا مجانا، فيكون من صغريات ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

الثالث: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره و هو: ان اقباضا الثمن اياه ليس اقباضا و فائيا، إذ لازم نفوذ المعاملة باجازة المالك اقباضه للمالك، فهذا الاقباض الخارجى تسليط منه للغاصب على ماله برضاه و اختياره، فوضع يده عليه باذن المالك، و كذا تصرفاته فلا يكون ضامنا باتلافه الثمن.

و فيه ان الاقباض ان كان بعنوان انه مالك أو ليوصله الى مالكة لا يكون اذنا له فى التصرف و الإتلاف مطلقا، فالأظهر جواز الرجوع إليه فى صورة الإتلاف.

و بما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ.

و أما المقام الثانى: فالكلام فيه انما هو على فرض التنزل و تسليم المنشأ، و ملخص القول فيه بعد التنبيه على امر و هو: ان مورد الأشكال انما هو الثمن الشخصى لا الكلى، إذ غاية ما يلزم على الثانى صيرورة ما يأخذه ملكا للغاصب، و لكن الثمن يكون باقيا. انه وقع الأشكال من جهات:

الأولى: من جهة البيع الأول الواقع على مال المالك.

و تقريب الأشكال من هذه الجهة و جهان:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٨٩

...

الاول ان المشتري العالم بغاصبية البائع يكون مرجع اشتراؤه منه الى هبة و تملك للمبيع مجانا، أو الى هبة و استنفاد للمبيع لعدم امكان قصد المعاوضة الحقيقية، و لازم ذلك عدم صحة البيع الأول. و الجواب عنه: ما ذكرناه مفصلا فى بيع الغاصب لنفسه.

الثانى: ان المشتري مع العلم بالغصبيه إذا قبض الثمن اياه يكون ذلك مملكا و تسليطا مجانيا، فيبقى المبيع بلا ثمن.

وفيه: - مضافا الى ما عرفت من فساد المبنى - انه لو تم فانما يتم على القول بالنقل و لا- يتم على القول بالكشف، إذ عليه يكون التسليط تسليطا على مال الغير و هو لا- يكون ممكنا، مع انه لا- يتم لأنه لو سلم كونه تسليطا مجانيا فحيث انه على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن و هو كونه مملكا فى فرض عدم الإجازة.

الثانية: من جهة تتابع العقود.

و حاصله: ان ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له فى اتلافه، فإذا اجاز ذلك فباع الثمن الغاصب أو اشترى به شيئا فقد خرج عن ملك مالكة و دخل بدله فى ملك الغاصب على ما يقضيه الأذن فى التصرفات حتى الناقلة، اما بدخوله فى ملكه قبل التصرف الناقل و خروج عن ملكه، أو بخروج الثمن عن ملك المشتري و دخول بدله فى ملك الغاصب على اختلاف المسكين فى حقيقة البيع فالبيع الثانى و كذا ما بعده. من البيوع ليس للمالك اجازته، لأنه لا معنى لإجازة العقد الوارد على ما ملكه عاقده،

و لازم ذلك عدم جواز اجازة العقد الأول فى صورة التتابع، لأنه يكون البيع بقاء بلا ثمن و بعبارة اخرى يكون من قبيل تلف الثمن قبل الاجازة و تروه الاشكالات الثلاثة التى اوردها على الأشكال من الجهة الأولى.

الثالثة: من جهة اجازة غير العقد الأول.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٠

و المحكى عن الايضاح ابتداء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الاشكال فى

الجواز و العدم:

الاشكال فى الكشف و النقل، قال فى محكى الايضاح إذا كان المشتري جاهلا فللمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته و الربح فى سلسلتى الثمن و المثمن و أما إذا كان عالما بالغصب، فعلى قول الاصحاب من ان المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا- يرجع على الغاصب، بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً، لأنه بالتسليم الى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الاصحاب و المالك قبل الاجازة لم يملك الثمن لأن الحق ان الاجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو محال.

فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له اى الاجازة،

فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك ابطاله و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن و ربحه له و ليس للمالك أخذه، لأنه ملك الغاصب، و على القول بأن اجازة المالك كاشفة، فإذا اجاز العقد كان له، و يحتمل ان يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن، فإن له اجازة البيع و اخذ الثمن و حقه مقدم على حق الغاصب،

لان الغاصب يؤخذ بأخس احواله و اشقها عليه و المالك مأخوذ باجود الاحوال.

ثم قال: و الاصح عندي مع وجود عين الثمن للمشتري العالم اخذه و مع التلف ليس له الرجوع به، انتهى كلامه رحمهم الله.

و ظاهر كلامه أنه لا وقع للأشكال على تقدير الكشف و هذا هو المتجه إذ حينئذ يندفع بما استشكله القطب و الشهيد بأن تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه و إذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له ان يسترده بناء على ما نقل من الاصحاب. نعم على القول بالنقل يقع الاشكال فى جواز اجازة العقد الواقع على الثمن، لأن اجازة مالك المبيع له موقوفه على تملكه للثمن، لأنه قبلها اجنبى عنه،

و المفروض ان تملكه الثمن موقوف على الاجازة على القول بالنقل، و كذا الاشكال فى اجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض. البائع الثمن أو بعد اتلافه اياه

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩١

على الخلاف فى اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف و عدمه، لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة، فلا يبقى مورد للاجازة، و ما ذكره فى الايضاح من احتمال تقديم حق المجيز، لأنه اسبق، و انه اولى من الغاصب المأخوذ بأشق الاحوال، فلم يعلم له وجه بناء على النقل، لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز و التسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز اسبق.

نعم، يمكن ان يقال: ان حكم الاصحاب بعدم استرداد الثمن، لعله لأجل التسليط المراعى بعدم اجازة مالك المبيع، لا- لأن نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديرى الرد و الاجازة، و حيث ان حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد،
وجب الاقتصار فيه على المتقين و هو التسليط على تقدير عدم الاجازة فافهم.

و حاصله على ما ذكره المصنف قدس سره فى ذيل شرح عبارة الايضاح: ان اجازة المالك البيع الثانى الواقع على عوض ماله و تأثيرها فى صحة ذلك العقد من الفضولى تتوقف على ان يكون المبيع ملكاً له، و الا فاجازته اياه اجازة الأجنبى، و كون ذلك المبيع ملكاً له يتوقف على اجازته المستلزمة لإجازة العقد الاول الموجبة لدخول المبيع فى ملكه و هذا دور واضح.
و فيه: اولاً: ان هذا ليس اشكالا مختصاً بصورة علم المشتري بالغصب.

و ثانيا: انه لا يختص بتتابع العقود بما إذا جاز الجميع باجازة واحدة، فله ان يجيز مترتبا.

و ثانيا: انه يختص بتتابع العقود بما إذا اجاز الجميع باجازة واحدة، فله ان يجز مترتبا.

و ثالثا: انه لو اجاز العقد الثانى تنحل اجازته الى اجازتين: احدهما: متعلقة بالعقد الثانى مطابقة، و الاخرى: متعلقة بالأول التزاما، و هما متحققتان فعلا- ومؤثرتان بالترتيب. فاجازة العقد الثانى توجب اولاً دخول الثمن فى ملك المجيز ثم خروجه عن ملكه و دخوله فى ملك المشتري فى العقد الثانى، و لا محذور فى ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٢

مسألة فى أحكام الرد: (١)

إشارة

لا يتحقق لرد قولاً إلا بقوله فسخت و رددت و شبه ذلك مما هو صريح فى الرد لأصالة بقاء اللزوم من طرف الاصيل (٢) و قابليته من طرف المجيز، و كذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما، كالعق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك و الوجه فى ذلك ان تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الاجازة لفرض خروجه عن ملكه

احكام الرد

(١) قوله مسألة: فى احكام الرد و الكلام فيها يقع فى موضعين:

الأول: فى الرد الموجب لحل العقد.

الثانى، فى تصرفات المالك قبل الإجازة.

اما الموضع الأول: فبعد ما عرفت من تأثير الإجازة بعد الرد، و ان الرد لا يوجب حل العقد و ليس مفاده الا عدم الامضاء، لا مورد للبحث عن تحققه باى شىء و أما على المسلك الآخر فلا- ينبغى التوقف فى عدم تحققه بالبناء القلبى من غير ان يظهر لكونه من الانشائيات، كما لا توقف فى تحققه بالقول فى الجملة و بالفعل الذى يكون مصداقا للرد، انما الكلام فى انه هل يتحقق باللفظ غير الصريح ام لا

(٢) و قد اختار المصنف قدس سره عدم التحقق لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز.

مدرک عدم تأثير الإجازة بعد الرد، ان كان هو الإجماع- و حيث انه دليل لى لا إطلاق له- فيتعين الاقتصار على المتيقن و هو عدم تأثير الإجازة بعد الرد بالقول الصريح،

و أما لو كان المدرک قاعدة السلطنة- فبناء على كونها ناظرة الى الأسباب- كان المتعين البناء على تحققه بكل لفظ دال عليه صريحا كان ام لم يكن كذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٣

...

و أما الموضع الثانى: فالكلام فيه يقع فى مقامين:

الأول: فى التصرفات المخرجة عن الملك.

الثانى: فى غير المخرجة.

اما الأول: فعلى النقل لا كلام فى انها توجب فوت محل الإجازة بالنسبة الى المالك، فان المال باق على ملكه، و تصرف المالك فيما

له نافذ شرعا، فيسقط العقد عن قابلية التأثير بالنسبة الى المتصرف، و كذلك على الكشف الانقلابي و الحكمي. و أما على الكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر، فقد يتوهم ان الإجازة تكشف عن ملكية الغير من حين العقد، فيكون التصرف المخرج واقعا على ملك الغير، و اوضحه المحقق الأصفهاني قدس سره: بان صحة العقدين معا مستحيلة فلا بد من رفع اليد عن احد البيعين، و حيث انه تؤثر الإجازة في الملكية من حين العقد فلا يعقل اعتبار اتصال الملكية بزمان الإجازة، فلا محالة تكون الملكية الى حال العقد كافية في تأثير الإجازة، و عليه فالإجازة في المقام سالحة للتأثير و يترتب عليه عدم نفوذ العقد الثاني لوقوعه في ملك الغير، و هذا بخلاف العقد الثاني فانه غير صالح للتأثير، فان تأثيره دورى لتوقفه على بقاء المال على ملك مالكة حال البيع و هو متوقف على عدم صحة العقد المجاز و هو متوقف على عدم كون المال ملكا له، مع انه لا مخرج له عن ملكه الا العقد الثاني فيدور. و لكن يرد عليه: انه يعتبر في تأثير الإجازة- حتى على الكشف- كون زمام امر البيع بيد المميز، و انه إذا لم يجز يكون المال ملكا له. و هذا مع وقوع العقد الثاني مفقود، فانه بعد وقوعه و خروج المال عن ملكه ليس زمام امر المال بيده حتى يجيز، فالتصرفات المخرجة عن الملك اعم من الناقلة، و المتلفة توجب تفويت محل الإجازة بالإضافة الى المتصرف مطلقا. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٩٤

و أما التصرف الغير المخرج عن الملك، كاستيلاء الجارية، و اجارة الدابة و تزويج الأمة (١) فهو و ان لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الاجازة عليه، الا انه مخرج له عن قابلية وقوع الاجازة من زمان العقد، لأن صحة الاجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله، و إذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الاجازة. و الحاصل ان وقوع هذه الامور صحيحة مناقض لوقوع الاجازة لأصل العقد، فإذا وقع احد المتنافين صحيحا، فلا بد من امتناع وقوع الآخر، أو ابطال صاحبه أو ايقاعه على غير وجهه، و حيث لا سبيل الى الأخيرين تعيين الأول. (٢) و بالجملة كلما يكون باطلا على تقدير لحوق الاجازة المؤثرة من حين العقد، فوقعه صحيحا مانع من لحوق الاجازة، لامتناع اجتماع المتنافين، نعم لو انتفع المالك بها قبل الاجازة بالسكنى و اللبس كان عليه اجره المثل إذا اجاز، فتأمل.

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في التصرف المخرج للملك عن قابلية وقوع الاجازة من زمان العقد. و بعبارة اخرى: التصرف المنافي لملك المشتري من حين العقد.

الثاني: في التصرف غير المخرج.

(١) اما الأول: فقد مثل له المصنف قدس سره: باستيلاء الجارية، و اجازة الدابة، و تزويج الأمة. و زاد بعضهم: جعل حق للغير في المال كالرهن.

اما استيلاء الجارية: فالحق انه مانع عن تأثير الإجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، اما على الأول: فواضح، فان الانتقال انما يكون في حال كونها ام ولد، و اما على الثاني: فلأنه و ان كان زمان الملكية من حين العقد و قبل الاستيلاء الا ان البيع انما يصير بيعة من حين الإجازة، و ان كان اثره من قبل فيشمله ما دل على عدم جواز بيع الأمة المستولدة.

و أما اجارة الدابة: فالأقوال فيها ثلاثة:

(٢) الأول: ما فى المكاسب و هو: صحة الإجارة و بطلان البيع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٥

و منه يعلم انه لا- فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد و وقوعها بدونه لأن التنافى بينهما واقعى و دعوى انه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد فى الاجازة، و لذا صحح جماعة كما تقدم اجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً، ثم ملكه مدفوعه باجماع اهل الكشف على كون اجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه نعم لو قلنا بان الاجازة كاشفة بالكشف الحقيقى الراجع الى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجارة، كانت التصرفات مبنية على الظاهر، و بالاجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هى و تصح الاجازة.

الثانى: صحتهما معا و الرجوع الى البدل، بالإضافة الى المنفعة المستوفاه بالاجارة الثالث: وقوعهما صحيحا مع ثبوت الخيار للمشتري. و الحق فى المقام ان يقال: انه بناء على القول بالنقل يتعين اختيار الثالث، اما صحة الإجارة فلو وقعها من المالك الفعلى و أما صحة البيع فلان مورده العين و هى لم تخرج عن ملك المميز فاجازته اجازة صادرة من اهلها واقعه فى محلها. و أما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الإجارة و جهل المشتري، فلأنه لم يرد اتلاف على ملكه، و انما انتقل إليه الملك مسلوب المنفعة، و لازم ذلك ثبوت الخيار.

و أما بناء على الكشف الانقلابى، فلا بد من اختيار الثانى، اما صحة البيع و الإجارة فلما تقدم، و أما الرجوع الى البدل فلأنه إذا انقلب العين و صارت ملكا للمشتري بالإجارة انقلبت المنافع ايضا، و حيث ان المالك اتلفها من حين الإجارة بعقد صحيح لزم الرجوع الى البدل.

و أما على الكشف الحقيقى، فالمتعين صحة البيع و بطلان الإجارة، اما صحة البيع فلأن الإجارة صادرة من اهلها و أما بطلان الإجارة فلكشف الإجارة عن وقوع الإجارة على مال الغير.

فتحصل: ان القول الأول لا دليل عليه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٦

بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافية لملك المشتري (١) من حين العقد،

كتعريض المبيع و البيع الفاسد، و هذا أيضا على قسمين، لأنه اما ان يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولى على ماله، و أما ان يقع فى حال عدم الالتفات.

اما الاول: فهو رد فعلى للعقد، (٢) و الدليل على الحاقه بالرد القولى مضافا

و أما تزويج الأمة: فعلى الكشف الحقيقى باطل الا إذا اجاز مالكها، لأنه تزويج لأمة الغير المستكشف ذلك من الإجارة، و أما على النقل فالاجازة تكون كبيعها بعد تزويج. و به يظهر حكمها على الكشف الانقلابى.

و أما مسألة الرهن: فعلى القول بالنقل يكون الرهن صحيحا و ليس للمالك اجازة البيع كما هو ظاهر و كذلك على القول بالكشف الانقلابى، و أما على الكشف الحقيقى فيمكن البناء على تأثير الإجارة و انكشاف بطلان الرهن لكونه رهنا لمال الغير. فتأمل.

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

(١) قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافية لملك المشتري

و أما المورد الثانى: فالكلام فيه يقع فى جهتين:

الاولى: فى انه هل يكون فعل مصداقا للرد كى يصح انشاء الرد به ام لا؟ وقد ذهب المحقق النائىنى قدس سره الى الثانى. و فيه: ان تحريك الرأس بعد سؤال السائل انه هل ترد البيع فعل يكون ردا بالحمل الشائع، و كذلك الكتابة، فهما مصداقان للرد الفعلى.

الثانية: فى ان الأفعال غير المنافية للملك المشترى هل يتحقق بها الرد ام لا؟ و تلك الأفعال على قسمين:

الأول: ما يقع حال التفتات المالك الى وقوع العقد من الفضولى على ماله.

الثانى: ما يقع فى حال عدم الالتفات

(٢) اما القسم الأول: فقد ذهب المصنف قدس سره الى تحقيق الرد به.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٧

الى الصديق الرد عليه (١) فيعمه ما دل ان للمالك الرد مثل ما وقع فى نكاح العبد و الامه بغير إذن مولاه (٢) و ما ورد فى من زوجته أمه و هو غائب (٣)

من قوله عليه السلام إن شاء قبل و إن شاء ترك إلا أن يقال ان الاطلاق مسوق لبيان أن له الترك، فلا تعرض فيه لكيفيته ان المانع من صحه الاجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى (٤) و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفى العقد، مضافا الى فحوى الاجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق (٥) فان الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع،

و الا- فتوقفهما على الملك لا- يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك، و كيف كان فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتاثير بطريق اولى.

(١) و استدل به بصدق الرد عليه، فيشملة ما دل على ان للمالك الرد، مثل ما ورد

(٢) فى نكاح العبد و الامه بغير إذن مولاه كموثق زرارة عن الإمام الباقر عليه السلام عن مملوك تزويج بغير إذن سيده فقال: ذاك الى سيده ان شاء اجازه و ان شاء فرق بينهما (١) و نحوه غيره.

(٣) و ما ورد فيمن زوجته امه و هو غائب كخبر محمد بن مسلم عن مولانا الباقر عليه السلام عن رجل زوجته امه هو غائب قال عليه السلام: النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لاه (٢).

(٤) و بان المانع عن صحه الاجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى، و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفى العقد.

(٥) و بفحوى الاجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل، فان الوجه فى تحقق الفسخ هو دلالة على قصد فسخ البيع، فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد

(١) الوسائل- باب ٢٤- من ابواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ٧- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٨

و أما الثانى: و هو ما يقع فى حال عدم الالتفات، فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالة على انشاء الرد و المفروض عدم منافاته ايضا للاجازة اللاحقة، و لا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد و الالتفات

الى وقوع المردود، نظير انكار الطلاق الذى جعلوه رجوعا و لو مع عدم الالتفات الى وقوع الطلاق على ما يقتضيه اطلاق كلامهم، نعم لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفى هناك بطريق اولى كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك/ فالمسألة محل اشكال

الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المترزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولى.

و فى الجميع نظر:

اما الأول: فلأن غاية ما تدل عليه هذه الأدلة انما هو عدم صحة العقد مع الترك و التفريق، و لا تدل على حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تأثير الإجازة بعده الذى هو محل الكلام.

مع انه لو سلم دلالتها على ان له الرد يرد عليه ما ذكره قدس سره بقوله: الا ان يقال ان الاطلاق مسوق ... الخ. و حاصله: انه لا إطلاق لها من جهة ما يتحقق به الرد، و لعله يختص بالقول.

و أما الثانى فلعدم تسليم خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه احد الطرفين بنحو لا تؤثر اجازته فى انتساب العقد إليه و صيرورته طرفا للعقد.

و أما الثالث: فلأنه يمكن ان يكون نظر المجمعين أو بعضهم فى هذا الحكم الى توقف التصرفات المفروضة على الملك لا دلالتها على الفسخ، و هذا و ان كان خلاف التحقيق كما نبه قدس سره عليه الا ان مجرد احتمال كون نظرهم الى ذلك يمنع عن التمسك به فى الأصل، فضلا عن الفرع.

مع: ان الأولوية ممنوعة، إذ الدفع و ان كان اهون من الرفع الا ان الرد فى المقام دفع من حيث عدم الالتزام بالعقد لا من حيث قطع سلطنة المالك، فمن تلك الجهة بما ان فسخ ذى الخيار ارجاع للسلطنة و الرد فى المقام اعدام لها لا مورد للتشبه بالاولوية.

هذا كله مضافا الى ان تلك الأفعال المفروضة فى حال الالتفات لا تلازم انشاء الرد بها بل تلازم مع عدم الرد، مثلا التعريض للبيع يمكن ان يكون للتحرى عن مشتر

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٩

بل الاشكال فى كفاية سابقه ايضا فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ فى الفسخ كالاجازة، و لذا استشكل فى القواعد فى بطلان الوكالة بايقاع الفاسد على متعلقها جاهلا بفساده و قرره فى الايضاح و جامع المقاصد على الاشكال.

و الحاصل أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولى و فى حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. و أما الرد الفعلى و هو الفعل المنشأ به مفهوم الرد فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به. و أما مجرد ايقاع ما ينافى مفهومه

قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات الى وقوع العقد فالاعتناء به مخالف للاصل

يدفع اكثر مما دفعه المشتري الأول، فان حصل دفع إليه و الا اجاز بيع الفضولى، و عليه فلا تكون كاشفة عن انشاء الرد.

فالحق ان يقال: ان منشأ عدم تأثير الإجازة بعد الرد ان كان هو الإجماع فالمتيقن منه غير الرد الفعلى، بل ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ فى الرد، فالاجازة بعده تؤثر و ان كان مدركه دليل السلطنة «١» و قلنا ان له اطلاقا من حيث الأسباب و احرزنا من الخارج انشاء

الرد بهذه الأفعال، كان الرد المانع عن تأثير الإجازة متحققا بالأفعال المفروضة، و الا فلا.

فالظاهر انه لا يتحقق به الرد، لأنه من الانشائيات المتقومة بالقصد المفقود مع عدم الالتفات.

و ما افتوا به من ان انكار الطلاق رجوع فانما هو للنص الخاص. «٢» مع انه يمكن تطبيقه على القاعدة بان يقال ان الزوجية بعد الطلاق الى انقضاء العدة ثابتة، و التشبه بها رجوع، و انكار الطلاق تشبه بها.

و على كل تقدير لا يكون مربوطا بالمقام.

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب اقسام الطلاق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٠

و في حكم ما ذكرنا الوكالة و الوصاية و لكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلى أوضح. (١) و أما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلى.

و أما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطى و العتق و البيع فالظاهر أن الفسخ بها من باب تحقق القصد قبلها (٢) لا لمنافاتها لبقاء العقد لأن مقتضى المنافاة بطلانها لا انفساخ العقد عكس ما نحن فيه و تمام الكلام فى محله،

ثم ان الرد انما يثمر فى عدم صحة الاجازة بعده. و أما انتزاع المال من المشتري لو اقبضه الفضولى فلا يتوقف على الرد بل يكفى فيه عدم الاجازة،

و الظاهر ان الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة على ارادته منه لا مطلق الأخذ لأنه أعم، و لذا ذكروا ان الرجوع فى الهبة لا يتحقق به.

(١) قوله و لكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلى اوضح و الوجه فى أوضحيته ان مناط صحة تصرف الوكيل اذن المالك و رضاه فلو انكشف عدم رضاه بالتصرف لم يجز التصرف و ان لم ينشأ،

و أما الوصية- فهى جزء السبب و جزئه الآخر موت الموصى فلو ارتفع الرضا فى الاثناء لم يؤثر لحوق الجزء الآخر من جهة عدم تحقق شرط انعقاد العقد لا من تحقق الرد.

(٢) قوله و أما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطى و العتق و البيع فالظاهر ان الفسخ بها لما افاد ان الفسخ فى العقود الجائزة بالذات غير الوكالة و الوصاية منحصر باللفظ أو الرد الفعلى و لا يحصل بالتصرف غير المجامع لصحتها اراد رفع توهم انه كيف يحصل الفسخ بالوطى و العتق و البيع، فى مثل الفضولى.

و حاصل الدفع ان الفسخ فيه انما يكون من جهة تحقق الرد الفعلى به و كونه من مصاديقه

حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يجز

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠١

[مسائل متفرقة]

مسألة: لو لم يجز المالك، فان كان المبيع فى يده فهو، و إلا فله انتزاعه ممن وجده فى يده مع بقائه (١)

إشارة

و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها على الخلاف المتقدم فى البيع الفاسد (٢) و مع التلف يرجع إلى من تلف عنده (٣) بقيمة يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان وقع فى يده، و لو كان قبل ذلك فى ضمان آخر و لو فرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه، كما صرح به جماعة فى الأيدى المتعاقبة، هذا كله حكم المالك مع المشتري. و أما حكم المشتري مع الفضولى فيقع الكلام فيه تارة فى الثمن و أخرى فيما يغرمه للمالك زائدا على الثمن.

فهنا مسائلتان:

اشارة

(١) مسألة لو لم يجز المالك، فان كان المال في يده فهو، و الا فتارة: تكون العين باقية، و اخرى: تكون تالفه فان كانت باقية: ينتزعا ممن وجدها في يده و له الرجوع الى غيره ممن دخلت تحت يده

(٢) و أما حكم منافعها فقد تقدم في البيع الفاسد.

(٣) و ان كانت تالفه: فله الرجوع الى كل من دخل المال تحت يده، و قرار الضمان انما يكون على من تلفت تحت يده، فان رجع الى الفضولى يأتى فيه المباني الخمسة المتقدمة: قيمة يوم الغصب، أو يوم التلف، أو يوم الدفع، أو اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع، أو اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.

و ان رجع الى المشتري لا يبقى مورد لأحتمال الرجوع إليه بقيمة يوم الغصب أو اعلى القيم منه لو كانت القيمة يوم الغصب ازيد من سائر الأيام لأن العين يوم زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كى يكون ضامنا لتلك القيمة.

و بما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية.

حكم رجوع المشتري الى الغاصب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٢

الاولى: انه يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه فضوليا (١)

سواء كان باقيا أو تالفا و لا يقدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا، لأن اعترافه مبنى على ظاهر يده.

نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد، كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيئ، لم يرجع بشيء. و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو الى غيره ففي الاخذ بظاهر الحال من استناده الى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالة على الواقع

هذا كله حكم المالك مع المشتري، و أما حكم المشتري مع الفضولى سواء كان باقيا أو تالفا، فالكلام فيه تارة: في الثمن، و اخرى: فيما يغرمه زائدا على الثمن.

فالكلام في مسألتين:

الأولى: في حكم المشتري مع الفضولى في الثمن و الكلام فيها في موردين:

الأول: فيما إذا كان جاهلا بكونه فضوليا.

الثاني: فيما إذا كان عالما به.

اما في المورد الأول: ففي المتن

(١) يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه فضوليا و الحق انه تارة ينكشف عند المشتري كذب البائع و انه فضولى، و اخرى: ينكشف كذب الآخر و يعلم انه مالك، و ثالثة: لا ينكشف شيء منهما.

لا إشكال في جواز الرجوع في الصورة الاولى، و عدم جوازه في الصورة الثانية، و اما في الصورة الثالثة فان اقام المالك البيئ لكونه ملكا له يجوز الرجوع إليه لأنه يصير البيع باطلا بحكم الشارع.

و بعبارة اخرى: تكون البيئ حجة في مثبتاتها فيثبت بها كون البيع بيعا لمال الغير و عدم كون البائع مالكا و كونه فضوليا، و يترتب عليه جواز الرجوع. و كذلك لو أقر البائع بذلك.

و أما ان كان اخذ المالك المبيع مستندا الى الحلف المردود من البائع فغايه ما يثبت به اخذ المبيع و لا يثبت به كون البيع واقعا على

مال الغير. و عبارة اخرى: لا يكون الحلف طريقا شرعيا الى كون المال ملكا للمدعى، و عليه فلا وجه لرجوعه الى البائع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٣

وجهان، و إن كان عالما بالفضولية، فإن كان الثمن باقيا استرده (١) وفاقا للعلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني رحمهم الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا، و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد (٢) لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، و لان الحكم بصحة البيع الفاسد المالك هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة، لأن الثمن إنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة، فتأمل. (٣)

و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان: بل قولان اقواهما عدم. لأنه اكل مال بالباطل. هذا كله إذا كان باقيا.

(١) و أما المورد الثاني: فان كان الثمن باقيا استرده- لما تقدم من عدم صيرورة ما دفع الى الفضولى و الغاصب بعنوان العوضيه ملكا له- و على فرض الملكية فغايتة كونه هبة و يجوز الرجوع فى الموهوب.

و قد ذكر المصنف قدس سره وجهين آخرين لجواز الاسترداد

(٢) احدهما: انه لو كان التسليط مملكا لزم البناء عليه فى التسليط الواقع عقيب البيع الفاسد، و لا يقولون به.

وفيه: انه يمكن الفرق بين البابين، فان الدفع فى البيع الفاسد انما يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة فلا يكون مملكا، و فى المقام ليس كذلك فانه ليس بعنوان الوفاء، فان الوفاء بالمعاملة يقتضى الدفع الى المالك لا إلى الفضولى.

(٣) ثانيهما: انه لو كان التسليط مملكا لزم عدم صحة الاجازة من مالك المبيع حتى على النقل كما تقدم، مع انه لم يشك احد فى الصحة.

وفيه: انه يمكن الجواب عنه بما ذكره هو قدس سره، انه يمكن ان يكون الدفع تمليكا على تقدير عدم الاجازة، و ان كان الثمن تالفا فالمعروف انه لا يجوز الرجوع، و عن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

و قد استدل لجواز الرجوع و للضمان بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٤

و أما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري. بل المحكى عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه، و وجهه كما صرح به بعضهم كالحلى و العلامة و غيرهما و يظهر من آخر أيضا انه سلطه على ماله بلا عوض. (١)

توضيح ذلك: أن الضمان أما لعموم على اليد ما اخذت، و أما لقاعدة الأقدام على الضمان الذى استدل به الشيخ و غيره على الضمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه، و الاول

(١) احدها: ما استند إليه المصنف قدس سره و هو: ان اطلاق فولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضمان، نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان، ففاسده كذلك.

وفيه: اولاً: ان هذه ليست قاعدة مستقلة تعدييه فى قبال سائر مقتضيات الضمان،

بل مدرکها عموم على اليد «١» فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة و المصنف قدس سره حيث منع من دلالة اليد على الضمان فى المقام فلا مورد لتامله، و ميله الى الضمان بل افتائه به مستندا إليها.

و ثانياً: ان هذه القاعدة غاية ما تدل عليه هو الضمان،

و أما ان الضامن هو الغاصب البائع أو المالك فلا تدل عليه ان لم تدل على ان الضامن هو المالك لا المجرى للصيغة و العلم بعدم ضمانه فى المقام من جهة التخصص أو التخصيص نظرا الى عدم كون العقد عقد المالك فى المقام لا يوجب صرف الضمان الى

البائع الغاصب.

و ثالثاً: ان الفساد لا يصدق على عقد الفضولى بل هو صحيح فاقد لشرط قابل للحوقه

(٢) ثانيها: قاعدة الاقدام، و قد تقدم فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد انها و غيرها من القواعد التى عددوها من مقتضيات الضمان لا تكون كذلك، و انحصار موجب الضمان باليد و الاتلاف، و هما فى المقام يقتضيان الضمان.

(١) المبسوط كتاب الغصب- المستدرک باب- ١- من ابواب كتاب الوديعه حديث ١٢ سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠- كتر العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٠٥

و الاول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه، كما فى الوديعه، أو الانتفاع به كما فى العاريه، أو استيفاء المنفعه منه كما فى العين المستأجره (١) فإن الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه و اتلافه له مما لا- يوجب ذلك بطريق اولى، و دعوى انه انما سلطه فى مقابل العوض لا مجاناً (٢) حتى يشبه الهبه الفاسده التى تقدم على الضمان فيها، مندفعه بأنه انما سلطه فى مقابل ملك غيره (٣) فلم يضمه فى الحقيقه شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبه لفساده و البيع بلا ثمن و الاجاره بلا اجره التى قد حكم الشهيد و غير واحد بعدم الضمان فيها، و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثانى للضمان، و هو الاقدام على الضمان هنا، لأن البائع لم يقدم على ضمان الثمن الا بما علم المشتري انه ليس ملكاً له، فإن قلت تسلطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه و لو لا عدواناً على كونه ملكاً له و لو لا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضه (٤) كما تقدم فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنما سلطه على وجه يضمه بماله إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للثمن و تعاقداً معرضين عن ذلك كما هو الشأن فى المعاوضات الواردة على اموال الناس بين السراق

(١) و قد اورد المصنف على الاستدلال باليد فى المقام: بانها و ان كانت تقتضى الضمان الا ان فحوى ما دل «١» على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه- كما فى الوديعه- أو الانتفاع به- كما فى العاريه- أو استيفاء المنفعه منه- كما فى العين المستأجره عدمه إذ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و اتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق اولى.

(٢) ثم اورد على نفسه: بان التسليط انما يكون فى مقابل العوض

(٣) و اجاب عنه: بانه سلطه بازاء مال غيره، فلم يضمه فى الحقيقه شيئاً من كيسه

(٤) ثم اورد على نفسه بما حاصله: انه انما سلطه بازاء مال الغير بعد البناء و لو عدواناً على كونه ملكاً له، و عليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضه، فهو يسقطه على وجه يضمه بماله، الا ان كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشتري على

(١) الوسائل- باب ٤- من ابواب احكام الوديعه- و باب ١- من ابواب احكام العاريه و غيرهما من الابواب.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٠٦

و الظلمه، بل بنى المشتري على كون المثلن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى، الا ان كون المثلن مالاً- له ادعائى، فهو كما لو ظهر الثمن المعين ملكاً للغير، فإن المشتري يرجع الى البائع بالثمن مع التلف اتفاقاً. مع انه انما ضممه الثمن بازاء هذا الشئ الذى هو مال الغير،

فكما ان التضمين هنا حقيقى، و كون المثلن مالاً له اعتقادى، لا يقدر فى التضمين. فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثلن عدواناً، لا يقدر فى التضمين. بماله، قلت: الضمان كون الشئ فى عهدته الضامن و خسارته عليه،

و إذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا، فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك، و ما ذكر من بناء المتعاقدين في هذا العقد: على كون المضمن ملكا للبائع الغاصب، مع كونه مال الغير فهو إنما يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاء، مع عدم كون البائع اهلا لذلك في الواقع و الا فأصل المعاوضة حقيقي بين المالكين و الضمان و التضمن الحقيقي بالنسبة اليهما. و لذا ينتقل الثمن الى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الاجازة (١).

كون المضمن ملكا للبائع، فالتسليط انما يكون في مقابل ماله حقيقة، الا ان كون المضمن مالا له ادعائي (١) و اجاب عنه: بما توضيحه ان المعاملة و التضمن ليست ابتداء بين الشخصين،

فتكون حقيقة المعاملة تضمنين كل منهما للآخر بماله الواقعي، و يكون تعلقها بالمالين اعتبارا ثانويا، بل تكون المعاملة ابتداء بين المالكين، فيجعل احد المالكين بازاء الآخر و ضمانه به، و لازم ذلك ضمان المالك الواقعي، و الغاصب انما طبق عنوان الملك الواقعي على نفسه ادعاء، و لذلك رأى نفسه هو الضامن في المعاملة، و حيث انه ليس بمالك فلا يكون ضامنا. يرد عليه قده امور:

الأول: ان لازم ما ذكره قدس سره - من كون التسليط مجانيا - هو جواز تصرفه تكليفا، و قد صرح قده قبل ذلك باسطر بعدم جوازه حيث قال: و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان بل قولان: اقواهما عدم، لأنه اكل للمال بالباطل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٧

و الحاصل انه لا تضمنين حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، و أما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمضمن عند انكشاف الخطأ مع انه انما ضمنه بمال الغير، فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، و ان كان ما ضمنه به غير ملك له، و لا يتحقق به التضمنين، لأنه انما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المضمن ملكا له، و صيرورته مباحا له بتسليطه عليه و هذا مفقود فيما نحن فيه، لأن طيب النفس بالتصرف و الاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

الثاني: ان ما ذكره لو تم فانما هو في التلف، و لا- يتم في صورة الإتلاف، إذ الحكم الثابت في الأصل انما هو في صورة التلف لا الإتلاف.

الثالث: ان ما افاده يتم في التضمنين المعاملي، و أما في الضمان الثابت باليد المختص بما إذا كان وضع اليد على المال لا ياذن من المالك في التصرف فيه مجانا و بلا عوض، فلا يتم، فان من تحت يده المال هو الغاصب، و التسليط الخارجى لا يكون مجانيا بل انما يكون جريا على المعاوضة الواقعة بينهما، فما يدفع الى الغاصب انما يدفع إليه بعنوان كونه مال المدفوع إليه لا بعنوان كونه مال الدافع كما هو كذلك في موارد الاستئمان، فالفرق بين المقامين واضح.

و الايراد: بان التسليط الخارجى بما انه من الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة ليس قابلا للتقييد بالعنوان المذكور، فمن ضرب شخصا باعتقاد انه عدوله فانكشف كونه صديقه وقع الضرب على الصديق لا العدو، ففي المقام التسليط و ان كان بعنوان انه مال المدفوع إليه الا انه حيث يكون في الواقع للدافع فهو تسليط لمال الدافع.

يجاب عنه: بان المؤثر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجى بما هو كذلك،

بل بما انه مبرز للأذن في التصرف فيه و اتلافه الذى هو من المعانى الايقاعية المتعلقة بالصور الذهنية، و تلك المعانى قابلة للتقييد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٨

و مما ذكرنا يظهر ايضا فساد ما ذكرناه بالبيع مع علم المشتري بالفساد حيث انه ضمن البائع بما يعلم انه لا يضمن الثمن به، و كذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما يعلم ان المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشيء وجه الفساد ان التضمن الحقيقي حاصل هنا، لأن المضمون به مال الضامن غاية الأمر ان فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان، و التضمن في نظر الشارع لأن المفروض فساد فإذا لم يمتض الشارع الضمان الخاص، صار اصل اقدام الشخص على الضمان الحقيقي، أو قاعدة اثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استئمان عن مالكة موجبا لضمانه، على الخلاف في مدرك الضمان من فاسد ما يضمن بصحيحه و شيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما اوضحناه بما لا مزيد عليه

فان قيل انه لا يمكن الالتزام بضمان الغاصب بعد فرض كون الضمان المعاوضي مع المالك، إذ لازمه جعل ضمانين لمال واحد. اجبتنا عنه: بانه لا محذور فيه بعد فرض كونهما طوليين. فالمتحصل من مجموع ما ذكرناه: إنه لا مخصص لقاعدة اليد و الإلتلاف، فالأظهر هو الضمان- كما اختاره بعض الأساطين و مال إليه جمع من المحققين- و حرمة التصرف فيه، و ان حكم ذلك حكم المقبوض بالبيع الفاسد. هذا كله في صورة الرد، و أما في صورة اجازة العقد فلا كلام مع عدم قبض الثمن. و أما في صورة القبض: فقد يكون الثمن كلياً، و قد يكون شخصياً. و على التقديرين تارة: يكون المقبوض باقياً، و اخرى: يكون تالفاً. فان كان الثمن كلياً و كان المقبوض باقياً، فان لم يجز الاقباض أو اجازته و بنينا على عدم قابليته للإجازة ليس للمالك- اى مالك المبيع- الا- الرجوع الى المشتري، لأن المقبوض لا- مساس له به، و ان اجاز الاقباض و بنينا على تأثير الإجازة فيه فله الرجوع الى البائع دون المشتري، لأن ذمة المشتري برئت من الضمان، و ماله دخل تحت يد البائع فيرجعه، و لا فرق في هذه الصورة بين القول بالنقل أو الكشف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٩

و حاصله ان دفع المال الى الغاصب ليس الا كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع، و تسليطه على اتلافه في ان رد المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث.

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك (١) كالخمر و الخنزير و الحر، قوى اطراد ما ذكرنا فيه، من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد.

هذا و لكن اطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده يقتضى الضمان فيما نحن فيه و شبهه، نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان، ففساده كذلك، الا ان يفسر بما ابطناه سابقا من ان كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده، و لا ريب ان العقد فيما نحن فيه و في مثل المبيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة إذا فرض صحيحا لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقا في توضيح هذه القضية

و ان كان الثمن كلياً و كان المقبوض تالفاً، فان لم يجز الاقباض أو اجازته و بنينا على عدم تأثيرها فيه فله الرجوع الى المشتري خاصة كما تقدم، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، و ان اجاز الاقباض و بنينا على تأثيرها فيه فعلى القول بان اجازة الاقباض كاشفة عن كون الاقباض من الأول كان اقباضاً للمالك، كما ان اجازة العقد كاشفة، للمالك الرجوع الى البائع في صورة الإلتلاف دون

التلف، إذ ليس على الأمين شيء الا مع فرض الإلتلاف.

و على القول بان اجازته ناقله- اما للبناء على النقل مطلقا أو فى خصوص، اجازة الاقباض و شبهها- لا اثر لهذه الاجازة لعدم بقاء المقبوض حتى تصح اجازته، فلا بد و ان يرجع الى المشتري خاصة.

(١) قوله نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك و فيه ان عدم تمويل العوض فى نظر، الشارع، بل العقلاء، لا يوجب كون التسليط مجانيا بل هو انما يكون بازاء ما بنى المتعاقدان على، انه مال فالتسليط يكون بعوض لا مجاناً.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢١٠

فإن معناه ان كل عقد تحقق الضمان فى الفرد الصحيح منه يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه، فيختص موردها بما إذا كان للعقد فرد ان فعليان لا الفرد الواحد لمفروض تارة صحيحا و اخرى فاسدا. نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بان: لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع و الصلح، بل يراد مطلق المعاملة المالية التى يوجد لها فردان صحيح و فاسد. فيقال ان ما نحن فيه، و البيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة، تمليك بلا عوض من مال الآخر. و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هى الهبة الغير المعوضة لا ضمان فيها ففاسدها كذلك فتأمل.

و بالجملة فمستند المشهور فى مسألتنا لا يخلو من غموض، و لذا لم يصرح احد بعدم الضمان فى: بعثك بلا ثمن. مع اتفاقهم عليه هنا و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التى هى من قبيل الثمن فيما نحن فيه. (١) نعم ذكر الشهيد رحمهم الله و غيره عدم الضمان فى الاجارة بلا اجرة.

(١) قوله و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة اورد عليه المحقق النائنى قدس سره بان الرشوة ليست من قبيل الثمن و ليس مقصود الراشى شراء الدين و لا مقصود المرتشى بيعه فلا يلزم عدم الضمان فى و مسألة البيع بلا ثمن عدمه فى باب الرشوة بل الاقوى ان جهة الضمان فيه هى جهة الضمان فى باب الربا،

فالشارع كما لم يبيح للمالك هذا النحو من السلطنة باعطاء الزيادة فى المتجانسين لم يبيح له الرشوة على الحكم فعلى هذا لو تلفت عند المرتشى فحيث ان يده يد عدوان يجب عليه المثل أو القيمة و فيه: ان الشارع لم يبيح الرشوة بهذا المعنى و أما الدفع الخارجى و لو فى ذلك المقام لو كان تسليط مجانيا فلم يدل دليل على عدم ترتب اثره، و بعبارة اخرى حكم الشارع بحرمة الرشوة كحكمه بفساد البيع و حرمة التصرف فى المقبوض بذلك فكما ان ذلك لا ينافى حكمه بعدم الضمان فى المورد الثانى لاجل التسليط المجانى كذلك لا ينافى حكمه فى الرشوة، فالحق ان حكم المأخوذ رشوة إذا كان بازاء الحكم لا- ما إذا كان الداعى للاعطاء هو الحكم، حكم المقبوض فى المقام، و فى باب البيع الفاسد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢١١

و يؤيد ما ذكرنا ما دل من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتا و ان امكن الذب عنه، بأن المراد التشبيه فى التحريم فلا ينافى عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثم ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن، ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه،

لكونه واسطة فى ايصاله الى المالك، فتلف فى يده. إذ لم يسلطه عليه و لا إذن له فى التصرف فيه فضلا عن اتلافه، و لعل كلماتهم و معاهد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه. و ان كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم فى مطلق الفضولى مع علم المشتري بالفضولية، و كذا يقوى الرجوع لو اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري، بل اخذه بناء على العقد الواقع بينهما، فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط الا بالعقد، و التسليط العقدى مع فساده غير مؤثر فى دفع الضمان

و ان كان الثمن شخصيا و باقيا و اجاز الاقباض و بنينا على تأثيرها، له الرجوع الى البائع خاصة- من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف- و ان لم يجز الاقباض أو اجازة و بنينا على عدم تأثيرها، فله الرجوع الى كل منهما- اي البائع و المشتري على المسلكين- اما رجوعه الى البائع فلكون ماله تحت يده، و أما رجوعه الى المشتري فللزوم التسليم عليه.

و ان كان الثمن شخصيا و تالفا، فبناء على النقل مطلقا أو في خصوص اجازة الاقباض لا يبقى مورد لإجازة الاقباض فينفسخ العقد، لأن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال صاحبه. فتأمل.

و أما بناء على القول بالكشف حتى في الإجازة و اجاز الاقباض، فليس للمال الرجوع الى البائع و لا إلى المشتري. اما عدم الرجوع الى الأول فلأنه أمين، و أما عدم رجوعه الى الثاني فلتسلمه الثمن. نعم في فرض الإلتلاف يرجع الى البائع.

فتحصل: انه في بعض الفروض يرجع الى أى منهما شاء و في بعضها لا يرجع اليهما و في بعضها يرجع الى المشتري فقط، و في بعضها الى البائع، و في بعضها يبطل العقد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٢

و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم باباحة تصرف البائع الغاصب فيه، مع اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد في الاباحة، و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو اخذ العين صاحبها و لو كان الثمن كليا فدفع إليه المشتري بعض افراده، فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجانا.

المسألة الثانية: ان المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن (١)

إشارة

فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كان القيمة المأخوذة منه عشرين و الثمن عشرة، و أما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، و وطئ الجارية، و اللبن، و الصوف، و الثمرة، و أما ان يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة و ما صرفه في العمارة، و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر أو اعطائه قيمة للولد المنعقد حرا و نحو ذلك، أو نقص من الصفات و الاجزاء ثم المشتري ان كان عالما فلا رجوع في شىء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه، و ان كان جاهلا.

الغرامة التي غرمها المشتري

(١) قوله المسألة الثانية ان المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن و هو اما في مقابل العين أو في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، أو ما يصرف في اصلاح ملكه، أو لدفع النوائب عنه. و عليه فهو على اقسام:

الأول: ما يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن الذى اشترى به إذا رجع بها المالك على المشتري، كما لو اشترى المبيع بعشرة و اخذ منه المالك عشرين بعد تلف العين في يده.

الثانى: قيمة المنافع المستوفاه.

الثالث: ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاه.

الرابع: ما يغرمه من جهة حفر أو نفقة أو قيمة ولد و نحو ذلك.

و محل الكلام في المقام ليس الا رجوع المشتري الى البائع بعد رجوع المالك إليه،

و أما رجوع المالك الى المشتري فهو مفروغ عنه في هذا البحث، كما ان محل الكلام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٣

...

صورة الرد دون الإجازة.

و الكلام تارة يقع فى صورة العلم بالفضولية، و اخرى: فى صورة الجهل بها.

اما فى الأولى: فالظاهر انه: لا خلاف بينهم فى عدم رجوع المشتري إلى البائع لعدم الدليل عليه و قد يقال: انه يستثنى من ذلك مورد ان:

الأول: ما إذا ادعى البائع الأذن من المالك.

الثانى: ما إذا التزم بالخروج عن عهده الغرامات إذا لم يجر المالك.

اما فى المورد الأول: فمجرد دعوى الاذن لا يوجب الاستناد إليه كى تصح دعوى الغرور.

و أما فى المورد الثانى: فان كان الالتزام على الوجه الشرعى فهو الموجب للرجوع،

و الا فلا موجب له.

و أما فى الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام لا بد من بيان القواعد التى استندوا إليها فى الحكم فى المقام:

منها قاعدة نفى الضرر: «١» حيث ان الحكم بعدم رجوع المشتري الى البائع ضرر عليه، فتنفيه القاعدة.

وفيه: اولاً: ما حقق فى محله من ان قاعدة نفى الضرر نافية للأحكام و لا تصلح لإثبات الحكم فلا يمكن اثبات الضمان بها.

و ثانياً: ان الحكم بضمان البائع ضرر عليه، فيتعارض الضرران،

فالأظهر انه لا مورد لها فى المقام.

و منها قاعدة التسيب: اى قوة السبب على المباشر و استدلوا لها: بالإجماع

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٤ و ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٤

...

المحكى عن الايضاح على تقديم السبب على المباشر إذا كان اقوى،

و بقاعدة الإلتلاف «١».

وفيه: ان المتيقن من معقد الإجماع و ما يستفاد من القاعدة انما هو فيما إذا لم يتوسط بين فعل الفاعل و الأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار.

توضيح ذلك: ان السبب على اقسام ثلاثة:

الأول: ما إذا كان الفعل مستندا الى السبب دون المباشر، و يكون المباشر غير مختار، و لم يصدر عنه الفعل باختياره.

و فى هذا القسم يتم ما ذكر، و الدليلان يدلان على الضمان على السبب.

وعد المحقق النائيني قدس سره من هذا القسم حكم الحاكم بشهادة شهود الزور و فعل المكره باكره الجائر،

نظرا الى ان الفعل لا يستند الى المباشر شرعا لكونه واجبا عليه.

وفيه: ان الوجوب الشرعى لا يوجب رفع الضمان، أ لا ترى انه لو اضطر الى اكل مال الغير و وجب عليه ذلك حفظا للنفس لا يحكم

عليه بعدم الضمان، بل هو ضامن، ففي مسألة المكره للمالك الرجوع الى المكره بالفتح.

نعم في مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه للنصوص الخاصة. الدالة على انه لا ضمان على الحاكم كمرسل جميل عن احدهما عليها السلام قال) ع (في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به و غرموا الخبر «٢» و نحوه غيره.

الثاني: ما إذا كان السبب محدثا للداعي للمباشر من دون ان يستند الفعل الى السبب، و الوجهان لا يدلان عليه.

الثالث: ما إذا كان الفعل مستندا الى المباشر، و الضمان المترتب عليه مستندا

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار.

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٥

...

الى سبب، كمن قدم الى غيره طعاما ليأكله مجاناً فبين عدم كون الطعام له. و في هذا القسم و ان كان المتعجبه الضمان، و لكن لا لما تقدم من الاجماع و قاعدة الإلتلاف، فانه بعد فرض استناد الفعل الى المباشر لا يكون السبب متلفاً و لا يكون الإجماع عليه تعدياً، بل لقواعد اخر.

فاتضح ان قاعدة التسبب من حيث هي لا موضوعية لها.

و منها قاعدة الغرور: و استندوا فيها الى امور:

احدها: الإجماع.

ثانيها: قاعدة نفي الضرر «١» نسب ذلك الى الرياض.

ثالثها: قاعدة الإلتلاف من باب قوة السبب على المباشر.

رابعها: قاعدة الإلتلاف، بالإضافة الى الخسارة الواردة على المغرور.

و شىء من هذه الوجوه لا يتم اما الثلاثة الأولى: فلما تقدم و أما الأخير: فلأن خسارة المالك مستندة الى حكم الشارع بالضمان من جهة الإلتلاف الاختياري للمشتري غير المستند الى البائع كما تقدم.

فالصحيح ان يستدل لها بوجهين آخرين:

احدهما: النبوى المعروف: المغرور يرجع على من غره «٢» المعمول به بين الفريقين.

ثانيهما: استنباطها من النصوص الخاصة الواردة فى الموارد الجزئية، مع اشمال بعضها على التعليل:

كخبر رفاعه قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة زوجها وليها و هى برصاء، ان لها

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار.

(٢) رواه المحقق الثانى فى حاشية الارشاد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٦

...

ان لها المهر بما استحل من فرجها، و ان المهر على الذى زوجها، و انما صار المهر عليه لأنه دلسها «١»

و في خبر اسماعيل بن جابر في الرجل أعجبتة امرأة فاتي اباه فوجه غيرها فولدت منه ثم علم انها غير ابنته و انها امه، قال عليه السلام: ترد الوليدة على موالها، و الولد للرجل، و على الذي زوجه قيمةً ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل و خدعه) و نحوهما غيرهما.

و هي و ان وردت في النكاح، الا انه لما فيها من عموم العلة تتعدى عن النكاح الى غيره، فالحق ثبوت هذه القاعدة.

نعم تختص بناء على ذلك بما إذا كان الغار عالما،

و أما إذا كان جاهلا- فلا- تكون هذه القاعدة ثابتة، و ذلك لأن الغرور ليس بمعنى الجهل، لأنه بهذا المعنى لازم لا يكون له اسم الفاعل، و المفعول بل هو بمعنى الخدعة و التدليس، و لا- إشكال في ان البائع أو غيره الموجب للخسارة إذا كان جاهلا لا يكون مدلسا و لا يكون فعله خدعة، فلا يشمل النبوى و لا النصوص الخاصة.

و بما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه بقوله: و لا فرق على الظاهر بين كون الغار عالما أو جاهلا و ما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى.

ربما يستدل لهذه القاعدة: بالنصوص الواردة في شاهد الزور الدالة على انه يرجع إليه إذا رجع من شهادته،

كصحيح جميل عن الامام الصادق عليه السلام في شاهد الزور قال عليه السلام ان كان الشيء قائما بعينه رد على صاحبه و ان لم يكن قائما بعينه ضمن بقدر ما اتلف ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل «٢» و لكنه فاسد، و ذلك لوجهين:

(١) الوسائل- باب ٢- من ابواب العيوب و التدليس من كتاب النكاح حديث.

(٢) الوسائل- باب ٧- من ابواب العيوب و التدليس من كتاب النكاح حديث ١

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٧

فاما الثالث فالمعروف من مذهب الاصحاب كما في الرياض و عن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعاً للمحكي عن فخر الاسلام في شرح الارشاد دعوى الاجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع. و في التحرير انه يرجع قولاً واحداً.

و في كلام المحقق و الشهيد الثانيين في كتاب الضمان نفى الاشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك.

و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للغرور فإن البائع مغرر للمشتري و موقع إياه في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع من شهادته، و لقاعدة نفى الضرر (١) مضافاً الى ظاهر رواية جميل أو فحواها (٢) عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها،

ثم يجئ مستحق الجارية، قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بضمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه، فإن حرية ولد المشتري اما أن يعد نفعاً عائداً إليه أو لا؟ و على التقديرين يثبت المطلوب

الأول: انها تدل على الرجوع ابتداءً الى شاهد الزور، لانه يرجع الى الحاكم و هو الى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة.

الثاني: ان في ذلك الباب خصوصية، و هي ان المباشر- و هو الحاكم- يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، و مع احتمال دخلها لا سبيل الى دعوى التعدي و الغاء الخصوصية.

إذا عرفت هذا فاعلم: ان المعروف بين الأصحاب رجوع المشتري الى البائع في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع، و عن غير واحد دعوى الإجماع عليه،

(١) و استدلل له: بالاجماع، و بقاعدة نفى الضرر. و قد مر ما فيهما.

(٢) فالصحيح ان يستدل له: بقاعدة الغرور،

و بصحيح جميل عن الامام الصادق المذكور في المتن «١».

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٨

مع ان توصيف قيمة الولد بأنها اخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم، فيطرد في سائر ما اخذت منه.

و أما السكوت عن رجوع المشتري الى البائع في بعض الاخبار، فهو لعدم كونه مسوقا لذلك كرواية زرارة في رجل اشترى من سوق

المسلمين جارية، فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولادا، ثم اتاها من يزعم انها له و اقام على ذلك البينة،

قال يقبض ولده، و يدفع إليه الجارية و يعوضه من قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها.

و رواية زريق قال: كنت عند ابي عبد الله عليه السلام يوما، إذ دخل عليه رجلان،

فقال، احدهما انه كان على مال لرجل من بني عمار، و له بذلك ذكر حق، و شهود.

فأخذ المال و لم استرجع عنها الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتابا و لا أخذت منه براءة بذلك، و ذلك لأنى وثقت به، و قلت له: مزق

الذكر الحق الذى عندك فمات و تهاون بذلك و لم يمزقه، و عقيب هذا طالبني بالمال وراثه و حاكموني و اخرجوا

بذلك ذكر الحق و اقاموا العدول، فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال، و كان المال كثيرا، فتواريت عن الحاكم فباع على قاضى

الكوفة معيشة لى و قبض القوم المال،

و هذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى، ثم ان ورثه الميت اقروا ان اباهم قد قبض المال و قد سأله ان يرد على

معيشتى و يعطونه الثمن فى أنجم معلومة، فقال انى أحب ان أسأل ابا عبد الله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل: يعنى المشتري كيف

أصنع جعلت فداك؟ قال تصنع: ان ترجع بمالك على الورثة و ترد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها، قال: فإذا فعلت ذلك له

أن يطالبني بغير هذا، قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار و كل ما كان مرسوما فى المعيشة يوم اشتريتها

يجب ان ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعه أنت، فإن للزارع اما قيمة الزرع، و أما يصبر عليك إلى وقت حصاد، الزرع فإن لم يفعل

ذلك كان ذلك له ورد عليك القيمة و كان الزرع له قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرسا؟ قال له قيمة

ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه «نفسه» يقلعه و يأخذه، قلت: أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء، فقال:

يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها ورد البناء و الغرس و كل

محدث الى ما كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٩

أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض «أن يرد عليه» كلما خرج منه إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة فى

مصلحة المعيشة و دفع النوائب كل ذلك مردود إليه، انتهى.

و فيه مع انا نمنع ورودها الا- فى مقام حكم المشتري مع المالك ان السكوت فى مقام البيان لا يعارض الدليل، مع ان رواية زرارة

ظاها عدم التمکن من الرجوع الى البائع، مع ان البائع فى قضية زريق هو القاضى، فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه إليه غرم، لأن

الحاكم من قبل الشارع ليس غارا من جهة حكمه على طبق البينة المأمور بالعمل بها، و ان كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر

إذ حرية الولد اما ان تعد نفعا عائدا الى الأب او لا، و على التقديرين يثبت المطلوب، اما على الأول: فبالفحوى، إذ لو ضمن الغار فى

صورة عود النفع الى المغرور فبالأولى فى صورة عدمه، و أما على الثانى فواضح.

و عن صاحب الحدائق: عدم الرجوع إليه.

و استدل له، بخبر زرارة «١» و زريق «٢» المذكورين في المتن الساكتين عن حكم

رجوع المشتري الى البائع، مع كونهما في مقام البيان، فان ذلك آية عدم الرجوع.

و فيه: اولاً: ان خبر زرارة ساكت عن الرجوع في ما غرمه في مقابل المنافع المستوفاه، فلا مساس له بمسألتنا،

و ذيل خبر زريق متضمن لرجوع المشتري في الغرامة التي غرمها في اصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة

و دفع النوائب عنها الى المالك،

فهو يدل على خلاف المقصود.

و ثانياً: ان السكوت في مقام البيان يكون دليلاً لا مطلقه،

و في المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك لا في مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشتري الى

البائع.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العيب و الإمام حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب ما يكتسب به حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٠

فالظاهر علم المشتري ببطالان قضاء المخالف (١) و تصرفه في امور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

و أما الثاني: و هو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء،

(٢) ففي الرجوع بها خلاف اقواها الرجوع، وفاقاً للمحكي عن المبسوط و المحقق و العلامة - في التجارة - و الشهيدان و المحقق

الثاني و غيرهم.

و عن التنقيح ان عليه الفتوى، لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً في من قدم

مال الغير الى غيره الجاهل، فاكله، و يؤيده قاعدة نفى الضرر (٣) فإن تغريم من اقدم على اتلاف شيء من دون عوض مغروراً من آخر

بأن له ذلك مجاناً من دون الحكم برجوعه الى من غره في ذلك ضرر عظيم، و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر، و كيف كان

فصدق الضرر و اضرار الغار به مما لا يخفى خصوصاً في بعض الموارد، فما في الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق

مع قاعدة نفى الضرر المفقود في المقام لوصول العوض إلى المشتري لا يخلو عن شيء، مضافاً إلى ما قيل عليه من منع مدخلة الضرر

في قاعدة الغرور، بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر لكنه لا يخلو من نظر، لأنه إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص

الخاصة و الإجماع بصورة الضرر.

و ثالثاً: ان السكوت في مقام البيان غايته الظهور في عدم الرجوع، و هو لا يصلح لأن يقاوم صحيح جميل الصريح في الرجوع.

و رابعاً: انه لو سلم التعارض يتعين تقديم الصحيح لوجه لا تخفى.

(١) قوله فالظاهر علم المشتري ببطالان قضاء المخالف و فيه ان مجرد علم

المشتري بكون القاضى من المخالفين، لا يوجب العلم بالفساد بعد احتمال كون المعيشة له نفسه، فلا دليل على كون المشتري عالماً

بالفساد.

(٢) و أما الغرامة التي غرمها في مقابل المنافع الواصلة إليه، ففيها قولان قد استدلل المصنف قدس سره و غيره للرجوع بوجه:

(٣) منها: قاعدة لا ضرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢١

و أما قوة السبب على المباشر ليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور (١)

إلا- إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا إليه، كما في المكره، و كما في الريح العاصف الموجب للاحراق، و الشمس الموجبة لإذابة الدهن و اراقتها، و المتجه في مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا، كما نسب الى ظاهر الاصحاب في المكره لكون المباشر بمنزلة الآلة. و أما في غير ذلك، فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج الى دليل مفقود، فلا بد من الرجوع بالآخرة الى قاعدة الضرر أو الاجماع المدعى في الايضاح على تقديم السبب إذا كان اقوى، أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغار سببا في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ لشهادته و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أما الأخير فواضح. (٢)

و أما الأول: فقد عرفته. و أما الإجماع و الأخبار فهما و ان لم يردا في خصوص المسألة، إلا ان تحققها في نظائر المسألة كاف، فإن رجوع اكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهرا، و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الاخبار

و فيه: - مضافا الى ما تقدم- ان الغرامة المقابلة للنفع الواصل إليه لا تكون ضررا.

و بعبارة اخرى: ان الضرر هو النقص المالى أو البدنى أو العرضى، و النقص المالى الذى يقوم مقامه ما يسد مسده ليس بنقص مالى عند العرف. ففي المقام بما ان الغرامة انما تكون فى مقابل ما وصل إليه من النفع لا تعد ضررا.

(١) و منها: قاعدة التسيب، و قد مر عدم كونها قاعدة مستقلة الا إذا كان السبب بحيث يستند التلف إليه عرفا، و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا.

(٢) و منها: النصوص الواردة فى شاهد الزور، و قد مر انها اجنبية عن المقام.

فالاولى: ان يستدل له: بقاعدة الغرور، فان الميزان فيها هو التغرير سواء استوفى المغرور نفعه كاكله الطعام أو لم يستوف اصلا و بصحيح جميل المتقدم بناء على ان مورده الغرامة التى تكون بازاء المنفعة كما تقدم، اما لأن الحرية نفع عائد الى الاب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٢

و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلا، و قد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما فى كلام بعض حيث عدل فى رد مستند المشهور عما فى الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى.

فإن الانصاف ان مفهوم الغرور الموجب للرجوع فى باب الاتلاف و ان كان غير منقح. الا ان المتقين منه ما كان اتلاف المغرور لمال الغير و اثبات يده عليه لا بعنوان انه مال الغير، بل قصده الى اتلافه مال نفسه أو مال من اباح له الاتلاف فيكون غير قاصد لاتلاف، مال الغير فيشبهه المكره فى عدم القصد،

هذا كله مضافا الى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة، بناء على ان حرية الولد منفعة راجعة الى المشتري،

و هو الذى ذكره المحقق احتمالا فى الشرائع فى باب الغصب بناء على تفسير المسالك، و فيه تأمل.

أولان الولد نفسه منفعة له و ان لم تكن منفعة مالية و قاعدة الغرور و ان اختصت بصورة علم البائع، الا ان مقتضى اطلاق الصحيح عدم الفرق بين صورة العلم و الجهل.

و بما ذكرناه ظهر حكم ما يغرمه فى مقابل المنافع غير المستوفاة.

و أما الغرامة التى يغرمها فى مقابل العين، فبالنسبة الى المقدار الذى جعل ثمنا إذا لم يكن دفع الثمن الى الفضولى لا يرجع الى البائع

لان هذه الغرامة لم تنشأ من تغرير البائع، لأنه لو فرض صدق البائع في دعواه لكانت هذه الغرامة ثابتة.

و ما ذكره السيد الفقيه قده في وجه الرجوع فقوله: انه لم يقدم على هذه الغرامة و انما اقدم على دفع الثمن، و المفروض عدم امضاء الشارع له.

يرد عليه: الرد الى المالك أو البائع لا يوجب الفرق في عدم صدق الغرور بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضا عن المال التالف.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٣

ثم ان مما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف،

فاخذ منه المالك عشرين (١) فإنه لا يرجع بعشرة الثمن، و الا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك، لأنه لو فرض صدق البائع في دعواه فحصل الغرور فوجب الرجوع (٢) و مما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بازاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع. و أما العشرة الزائدة، فإنما جاء غرامتها من كذب البائع في وجه عدم الرجوع من ان المشتري انما اقدم على ضمان العين و كون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه و مع الاقدام لا غرور (٣) و إذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح الاندفاع ان الاقدام انما كان على ضمانه بالثمن، الا ان الشارع جعل القبض على هذا النحو من الاقدام، مع فساد العقد و عدم امضاء الشارع له سببا لضمان المبيع بقيمته (٤) الواقعية

(١) و أما في المقدار الزائد- كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف فاخذ منه المالك عشرين- فقد ذهب المصنف قدس سره- تبعا لغيره من الأساطين

(٢) الى ان يرجع الى البائع في المقدار الزائد، لقاعدة الغرور.

(٣) و اورد عليه: بان الأقدام و الغرور لا يجتمعان، و لذا لا يرجع على البائع بالمسمى، و عليه فإذا بنينا على ان مقتضى اقدام المشتري ضمانه بتمام القيمة الواقعية للمالك- كما هو المدرك للضمان في كل عقد فاسد يضمن بصحيحه- لا وجه للرجوع الى البائع حيث لا تغرير، و ان قيل انه لا يكون مقدما على الضمان بتمام القيمة لما كان وجه لضمانها للمالك.

و بعبارة أخرى: ان كان مقدما على الضمان بالقيمة الواقعية لا مورد لقاعدة الغرور،

و الا فلا وجه لأصل الضمان.

و اجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

(٤) الأول: ان الإقدام انما يكون على المسمى و لا إقدام على غيره، فبالنسبة الى ما لا إقدام عليه تكون قاعدة الغرور جارية بلا مانع، و لكن الأقدام على المسمى

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٤

فالمانع من تحقق الغرور، و هو الاقدام لم يكن الا في مقابل الثمن (١) و الضمان، المسبب عن هذا الاقدام، لما كان لاجل فساد العقد المسبب عن تغرير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا على الغار، فغرامة العشرة الزائدة و ان كانت مسببة عن الاقدام الا انها ليست مقدما، عليها هذا كله مع ان التحقيق على ما تقدم سابقا ان سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان و ان ليس الاقدام على الضمان علة له مع عدم امضاء الشارع لذلك الضمان، و ان استدلال به الشيخ و اكثر من تأخر عنه، و قد ذكرنا في محله، توجيه ذلك بما يرجع الى الاستدلال باليد فراجع.

و كيف كان فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى منه فيما حصل في مقابلته نفع (٢) هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه اولى (٣)

سبب شرعا لضمان تمام القيمة، ف ضمان التمام ليس مقدما عليه لينا في الغرور، بل اثر الأقدام على المسمى ضمان تمام القيمة. و تبعه في هذا الجواب غيره من الأساطين.

و فيه: انه إذا كان مدرك الضمان هو الأقدام- كما هو مبني الأشكال- لا وجه للقول بالضمان بالنسبة الى تمام القيمة مع كون الأقدام على المسمى الا إذا ورد دليل على ان الأقدام على شىء سبب لضمان شىء آخر، و المفروض عدمه، فعلى هذا المبني لا مدفع لهذا الايراد.

(١) الثانى: و هو احق، و هو منع المبني، لأن مدرك الضمان في المقام و غيره المقبوض بالعقد الفاسد انما هي اليد، و هي تقتضى الضمان بتمام القيمة. و الغرور يوجب رجوع المغرور الى الغار في المقدار الذى غرر فيه، فبالنسبة الى المقدار الزائد و ان كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك الا ان مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع فيها الى البائع (٢) قوله فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى منه.

هذا إذا كان المدرك قاعدة نفى الضرر، و الا فموضوع الغرور حاصل فيهما

(٣) قوله و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه اولى وجه الاولوية ان هناك كان يحتمل ان الاقدام على الضمان بالمسمى اقدام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٥

هذا كله فيما يغرمه المشتري بازاء نفس العين التالفه. اما ما يغرمه بازاء اجزائه التالفه، فالظاهر ان حكمه حكم المجموع في أنه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اخترناه، و يجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه. و أما ما يغرمه بازاء اوصافه (١) فإن كان مما لا يقسط عليه الثمن، كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت. فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك

على الضمان بالقيمة الواقعية، و هذا المعين غير محتمل في المقام لان ما يتجدد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدما على ضمانه و مما ذكرناه ظهر انه انما يرجع إليه في صورة علم البائع،

و أما في صورة جهله فلا يرجع إليه لعدم صدق الغرور.

(١) قوله و أما ما يغرمه بازاء اوصافه فان كان مما لا يسقط عليه الثمن فقد فصل المصنف قدس سره بين وصف الصحة و غيره من الأوصاف، و التزم بعدم الرجوع في وصف الصحة- نظرا الى مقابلته بجزء من الثمن- و الرجوع في غيره من الأوصاف، كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت لأنه لم يقدم على ضمان ذلك.

و تمام الكلام بالبحث في مقامين:

الأول: في الفرق بين وصف الصحة و غيره من الأوصاف.

الثانى: في انه هل يرجع الى البائع فيما يغرمه بازاء الأوصاف، ام لا؟ اما المقام الأول: فالأظهر عدم الفرق بينهما، و ان شيئاً منها لا يقسط عليه الثمن، و ان كان يصير موجبا لزيادة قيمة الموصوف. و لا فرق في ذلك بين وصف الصحة و غيره.

و الشاهد عليه ثبوت الخيار في تخلف الوصف،

و ثبوت الأرش في خيار العيب، لا يدل على مقابلته بالثمن، و الا لزم ان يرد البائع جزء من الثمن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٦

ثم ان ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه انما هو إذا كان البيع المذكور صحيحا من غير جهة كون البائع غير مالك. اما لو كان فاسدا من جهة اخرى فلا رجوع على البائع (١) لأن الغرامة لم تجب من تغير البائع في دعوى الملكية، و انما جاءت من جهة فساد البيع فلو فرضنا البائع صادقا في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق و المالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديرى صدق البائع و كذبه.

و أما المقام الثاني: فالأظهر - خلافا للسيد الفقيه قدس سره و غيره - عدم الرجوع لعدم تغير البائع اياه و قد اقدم المشتري على ان الخسارة المتوجهة إليه من ناحية الوصف تكون عليه، و هذا يمنع عن صدق الغرور. نعم الأوصاف التي توجد فيما بعد و تلتف - حيث انه لم يقدم على ضمانها - له الرجوع فيها إليه.

(١) قوله و أما لو كان فاسدا من جهة اخرى فلا رجوع على البائع و قد استدل المحقق النائيني قدس سره لاختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذي يكون قابلا للصحة باجازه المالك، بان العقد الفاسد من جهة اخرى الضمان الحاصل فيه لا يكون مستندا الى التغير، فان الفساد من جهة اخرى هو اسبق العلل، فلا يكون البائع غير المالك هو منشأ الفساد، و لا المجموع بالتشريك، لأن العقد الفاسد من جهة كون البائع غير مالك بمنزلة وجود المانع، و الفساد من جهة اخرى بمنزلة فقد المقتضى، فلا محالة يستند الفساد الى عدم المقتضى لا إلى وجود المانع.

و فيه: ان سبب الضمان - بعد عدم العقد الصحيح - هي اليد، سواء أ كان عدم الصحة لاختلال شرط من شروط العقد، أو كان لاختلال سائر الشروط. و التغير سبب للرجوع لا للضمان، فلا يكون التغير و سبب الضمان مقتضى هما متحدا حتى يشتركا في التأثير أو يكون التأثير للأسبق منهما.

فالاولى: ان يستدل له فيما إذا كان المشتري عالما بالفساد من ناحية اخرى:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٧

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا. ان كل ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لأن المفروض قرار الضمان على البائع. (١) و أما ما لا يرجع المشتري به على البائع ك مساوى الثمن من القيمة، فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك و الوجه في ذلك حصول التلف في يده. فان قلت: ان كلا من البائع و المشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية، التي هي سبب للضمان و حصول التلف في يد المشتري، و لا دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه،

بان التغير المساوق للتدليس و التخديع متقوم صدقه بجهل المغرور بالضمان، فمع علمه بذلك و انه يكون ضامنا على كل حال كان البائع مالكا ام لا، لا يصدق هذا العنوان، فلا وجه للرجوع.

تعاقب الأيدي

(١) قوله لان المفروض قرار الضمان على البائع

إذا باع الغاصب ما غصبه، ثم باعه المشتري بشخص ثالث و تلف المال في يد المشتري الثاني، لا خلاف في انه للمالك مع رد البيع الأول الرجوع الى كل من الغاصب و المشتريين، مع ان الشيء الواحد ليس له الا بدل واحد فكيف يحكم بضمان كل من الثلاثة. و تنقيح القول في المسألة انما هو بالبحث في مقامين. الأول: حكم المالك بالإضافة الى كل واحد منهم.

الثاني: حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الآخر.

اما المقام الأول: فقد اورد على ضمان كل من دخل المال تحت يده.

بما حاصله: انه ان اعتبر شيء واحد في الذمم يلزم استقرار الواحد في محال متعددة، و ان التزم بتعدد ما في الذمم يلزم ان يكون لشيء واحد ابدال متعددة، مع ان الشيء الواحد ليس له الا بدل واحد.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٨

نعم لو اتلف بفعله رجح لكونه سببا لتنجز الضمان على السابق. (١) قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف.

و صيرورته في عهدة كل منهما، مع ان الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار الا في ذمة واحدة. و ان الموصول في قوله على اليد ما اخذت شيء واحد، كيف يكون على كل واحدة من الايادي المتعددة.

و الحق في الجواب: عن هذه الشبهة ان يقال: ان الكلام.

تارة في الحكم الوضعي.

و اخرى في الحكم التكليفي.

اما من حيث الحكم الوضعي:

فان قلنا بان معنى ضمان العين كونها في عهدة الضامن - كما قويناه - لا محذور في تعدد الضامن، فان الشيء الواحد في المحال المتعددة اعتبارا ككونه في الأذهان المتعددة بتعدد صوره لا محذور فيه، و العهدة ليست الا محلا اعتباريا، و حيث انه واحد فلا محالة يسقط عن جميع الذمم باداء واحد منهم.

و ان قلنا: بان ضمان العين انما هو ثبوت بدلها في الذمة، فان قلنا بان في ذمة كل واحد حصه من الطبيعي غير ما في ذمة الآخر لزم ثبوت ابدال عديده لشيء واحد.

و أما ان قلنا بان الطبيعي بنفسه في ذمة كل واحد من دون ان يصير حصه.

أو قلنا بان حصه منه في ذمة كل واحد من جهة انه وجود اعتباري لا محذور في الالتزام بشيء من ذلك، فلا يلزم هذا المحذور ايضا. و أما من حيث الحكم التكليفي: فالكلام فيه هو الكلام في الوجوب الكفائي لأنه احد مصاديق ذلك، و قد حققنا في الاصول امكانه، فلا محذور اصلا.

(١) قوله نعم لو اتلف بفعله رجح لكونه سببا لتنجز الضمان على السابق.

و فيه ان الضمان في صورة التلف ايضا كذلك - فان من تلفت العين تحت يده كان يتمكن من ردها الى صاحبها فبامساكه المبيع استقر الضمان على السابق.

مع ان سببية شخص لضمان آخر لا يوجب ضمانه إذ السببية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٩

فنقول معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها و دركها بعد التلف عليه، فإذا فرض ايدي متعددة تكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيادي (١)

لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة، معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه، و حيث أن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه تسلط المالك على مطالبه كل منهم الخروج عن العهدة عند تلفه،

فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البديل، بمعنى إنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونها تداركا. لأن

المتدارك لا يتدارك و الوجه فى سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي ان مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل و لا بدله فأيهما حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقى شىء له فى ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. و يتحقق مما ذكرنا ان المالك انما يملك البديل على سبيل البدلية و يستحيل اتصاف شىء منها بالبدلية بعد صيرورة احدها بدلا عن التالف و اصلا الى المالك،

(١) و أما ما افاده المصنف قدس سره فى الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله: ان الذمم المتعددة تشتغل بواحد على البديل نظير الواجب الكفائى فى العبادات.

فيرد عليه: انه فى الواجب الكفائى لا يكون الوجوب متوجها الى احد الأفراد على البديل، فان ذلك غير معقول.

بل الوجه المعقول هناك توجه التكليف الى الجميع، لكن مشروطا بعدم اتيان الآخرين.

و هذا لا- يمكن الالتزام به فى المقام، فانه اما ان يلتزم بتقييد اشتغال كل ذمة بعدم اشتغال الاخرى، أو يلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الآخر، أو يلتزم بتقييده بعدم اداء الآخر.

و لازم الأول انتفاء الاشتغال رأسا لو كان الشرط عدم الآخر مقارنة له، و ثبوت الاشتغالين معا لو كان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق، و هما كما ترى.

و لازم الثانى ثبوت الاشتغالين و بدلين عند عدم مطالبتهما.

و لازم الثالث استحقاق المالك لأبدال متعددة لو ادى الجميع ما فى ذمهم كما يحصل الامتثال بفعل الجميع لو اتفق الجميع على الامتثال فى الواجب الكفائى، مع ان المالك لا يستحق فى شىء من الحالات الا بدلا واحدا.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٢٣٠

و يمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث انه ضم ذمة الى ذمة اخرى و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشتري عندنا كما فى الايضاح (١) و ضمان الاعيان المضمونة على (٢) ما استقر به فى التذكرة و قواه فى الايضاح و ضمان الاثنين لواحد (٣) كما اختاره ابن حمزة.

و قد حكى فخر الدين و الشهيد عن العلامة فى دروسه انه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: و نظيره فى العبادات الواجب الكفائى و فى الاموال الغاصب من الغاصب، هذا حال المالك بالنسبة الى ذوى الايدى.

(١) قوله و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشتري عندنا.

يعنى ضمان شخص ثالث عن البائع للمشتري عهدة الثمن إذا خرج المبيع مستحقا للغير- أو ضمانه عن المشتري للبائع عهدة المبيع إذا خرج الثمن مستحقا للغير.

و اورد عليه المحقق النائينى قدس سره و تبعه غيره بان هذا ليس نظيرا للمقام- إذ مع بقاء المضمون و عدم الامتناع ليس المكلف بالرد و الضامن الا المضمون عنه، و مع التلف أو الامتناع لا تشتغل الا ذمة الضامن.

و فيه انه فى صورة البقاء للمشتري الرجوع الى الضامن، كما له الرجوع الى المضمون عنه ليتحصل ماله و يعطيه بمقتضى دليل ثبوت الضمان و تحققه- كما انه- فى صورة التلف له الرجوع الى المضمون عنه لحصول التلف تحت يده.

و بعبارة اخرى بمقتضى «١» على اليد- و فى خصوص باب الدين نلتزم بانه لا يرجع الى المضمون عنه للدلالة الخاصة الآتية فى محلها غير الشاملة للمقام.

(٢) قوله و ضمان الاعيان المضمونة الكلام فى ضمان الاعيان المضمونة كما لو ضمن عن المستعير فى العارية المضمونة أو ضمن فى

مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد- هو الكلام في ضمان عهدة العوضين اشكالا و جوابا.
(٣) قوله و ضمان الاثنين لواحد اورد عليه المحقق النائيني قدس سره بانه لا يصح ضمان الاثنين عن الواحد بنحو الاستقلال لعدم معقوليته و لكن حيث عرفت امكان ذلك ثبوتا- فلا محذور في الالتزام به بعد شمول ادلة صحة الضمان له.

(١) المستدرک باب ١ من كتاب الغصب حديث ٤ نقلا عن عوالي اللآلي و تفسير الرازي.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣١

و أما حال بعضهم بالنسبة الى بعض (١) فلا- ريب في ان اللاحق إذا رجع إليه لا يرجع الى السابق ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه في خطر الضمان.

كما لا- ريب في ان السابق إذا رجع عليه و كان غارا لللاحق لم يرجع إليه، إذ لا- معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارا له، فنقول ان الوجه في رجوعه هو ان السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل (٢) فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البدل، و إلا خرج بدله عن كونه بدلا فما يدفعه الثاني، فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معينا إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن اذاه الى المالك سقط تدارك الأول له، و لا يجوز دفعه الى الاول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنه من باب الغرامة و التدارك فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك و ليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول، فحال الاول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في انه لا يستحق الدفع إليه الا بعد الاداء.

(١) قوله و أما حال بعضهم بالنسبة الى بعض.

المقام الثاني: في حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الآخر.

و محصل الأشكال في المقام: ان الأصحاب حكموا في صورة توارد الأيدي: انه لو تلفت العين يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده، و لو رجع المالك الى السابق يرجع هو الى اللاحق، و لا يرجع اللاحق الى السابق الا إذا كان هناك غرور، فان المغرور يرجع الى من غره، مع اشتراكهما في سبب الضمان و وحدة نسبة على اليد اليهما.
و اجابوا عن ذلك باجوبة:

(٢) الاول: ما افاده المصنف قدس سره.

و حاصله: ان السابق بمجرد وضع يده يصير ضامنا، بحيث يكون بدل العين على

تقدير التلف على ذى اليد، فتصير العين بذلك مضمونة بالقوة

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٢

و الحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك و من سبقه في اليد و يشتغل ذمته اما بتدارك العين و أما بتدارك ما تداركها،

و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل، كما كان في الايدي المتعاقبة اشتغال ذمة اشخاص على البدل بشيء واحد لشخص واحد، و ربما يقال (١) في وجه رجوع غير من تلف المال في يده لو رجع عليه

و متحيتة بهذه الحيثية، فيد اللاحق وارده على عين لها بدل، فضمامها ضمان عين لها بدل،

و مرجع ذلك الى ضمان العين و بدلها على سبيل البدل، إذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البدل عن كونه بدلا.

و بهذا التقريب تندفع جملة من الاشكالات التي اوردها بعض المحشين.

منها: انه ما الوجه في ضمان البدل و لم يدل دليل عليه، إذ قد عرفت ان ضمانه مقتضى البدلية.

و منها: ان لازمه جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل دفع البدل، إذ البدل طولى لا عرضي.

و لكن ترد عليه امور:

الأول: ان الضمان عبارة عن كون العين في العهدة حتى بعد التلف - كما تقدم تحقيقه، فلا يكون لها بدل.

الثاني: ان الانتقال الى البدل على القول به ليس قبل التلف، بل من حينه، و في ذلك الحين تشتغل جميع الذمم بالبدل في عرض واحد بلا سبق و لحوق.

الثالث: ان لازم ما ذكره انه لو دفع العين من اللاحق الى السابق بعد اخذه منه و تلفت عنده له الرجوع الى اللاحق، إذ اللاحق اشتغلت ذمته بما له بدل، و بعد عود المال الى السابق لا يصير ضمانا لشيء لضمانه قبله.

(١) قوله ربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده.

القائل هو صاحب الجواهر، و عبارته منقولة في المتن.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٣

ان ذمة من تلف في يده لو رجع عليه ان ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل (١) و ان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من ادى بادائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة القهرية، قال: و بذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده و بين غيره الذي خطابه بالاداء شرعى لا ذمي،

إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو، انتهى.

و انت خيرير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأن خطابه ذمي، و خطاب غيره شرعى، مع كون دلالة على اليد ما اخذت بالنسيئة اليهما على السواء،

(١) الثاني: ما عن صاحب الجواهر قدس سره و هو: ان من تلف العين تحت يده ذمته مشغولة للمالك بالبدل و ان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشتغلت ذمته به،

فيملك حينئذ من ادى بادائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة القهرية الشرعية.

و فيه: ان هذا يبتنى على ما اختاره من عدم معقولية اشتغال ذمتين بمال واحد،

و قد عرفت ضعف المبنى.

الثالث: ما عن السيد الفقيه قدس سره، و هو ان العين التالفة تكون باقية على ملك مالكةا،

و لذا يصح الصلح عليها و احتسابها خمسا أو زكاة، و ما يدفعه السابق الى المالك يكون عوضا عنها، و مقتضى العوضيه خروج العين التالفة عن ملك مالكةا و صيرورتها ملكا للدافع، فيكون هو مثل المالك في جواز الرجوع الى اللاحقين.

ثم اورد على نفسه: بان لازم ذلك جواز رجوع اللاحق الى السابق ايضا، لأن المفروض ان قام مقام المالك.

و اجاب عنه: بان الوجه في عدم جواز رجوعه إليه انه السبب في ضمان السابق،

بمعنى استقرار العوض في ذمته.

و فيه: ما تقدم من ان السببية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان، و عليه فلا فرق بين السابق و اللاحق، مع ان ما يدفعه الدافع الى المالك انما يكون غرامة و بدلا عن ماله، من جهة ان ماله العين تلفت، فمقتضى التبريم ان يحفظ ماليتها بدفع مال،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٤

و المفروض انه لا خطاب بالنسيئة اليهما غيره، مع انه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالاداء (١) و الخطاب الذمي، مع انه لا يكاد يعرف خلاف من احد في كون كل من ذوى الايدى مشغول الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط باداء احدهم أو ابرأ المالك نظير الاشتغال بغيره من الديون في اجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، و تقديمه على الوصايا و الضرب فيه مع الغرماء و مصالحته المالك عنه مع آخر الى غير ذلك

و لا يكون بدل ملك عن ملك.

و بعبارة اخرى: لا يكون بدلا عن العين في الملكية كى يتوقف على تبديل اضافة الملكية من الطرفين.

الرابع: ما استند إليه جماعة منهم المحقق الخراساني قدس سره على اختلاف بينهم في التعبير، و حاصله: انه في باب التغريعات المتبع هو الطريقة العرفية الممضاة شرعا، و من المعلوم لمن راجع العرف و العقلاء انهم يفرقون بين دخول العين في العهدة ابتداء و دخولها في العهدة بعد ما كانت داخله في عهدة اخرى، و يرون انه على الأول اداء بدل العين، و على الثاني اداء بدل العين للمالك، و بدل ما يؤديه السابق له على البديل.

فمقتضى الأول الخروج عن عهدة العين، و مقتضى الثاني الخروج عن عهدة العين،

و عن عهدة عهدتها.

الظاهر هذا أحسن ما يمكن ان يقال في وجه جواز الرجوع. نعم لا بد من تقييده بما إذا لم تكن يد اللاحق مجانية و غير معاوضية، و الا فليس بناء من العقلاء على الرجوع، مثلا لو غصب زيد من عمرو شيئا فوهبه ل بكر ثم تلف تحت يده، لو رجع المالك الى الغاصب ليس له الرجوع الى بكر، و هو واضح.

(١) قوله مع انه لا يكاد يفهم الفرق بينما ذكره من الخطاب بالاداء و الخطاب الذمي.

هذا الايراد مبني على مسلك المصنف قدس سره من انتزاعية الاحكام الوضعية عن الاحكام التكليفية و أما على المسلك الآخر فالفرق بينهما واضح.

اللهم الا ان يقال ان نظره الشريف الى عدم الفرق بينهما من هذه الجهة ليصح رجوع من وجه إليه الخطاب التكليفي الى من وجه إليه الخطاب الوضعي

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٥

من احكام ما في الذمة، مع ان تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البديل لا يعلم له سبب اختياري و لا قهري، بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عن تلف في يده بمجرد اداء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك، مع ان اللازم مما ذكره ان لا يرجع الغارم بمن لحقه في اليد العادية الا الى من تلف في يده، مع ان الظاهر خلافه، فإنه يجوز له ان يرجع الى كل واحد ممن بعده.

نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع الى احد لواحقه الى ان يستقر على من تلف في يده، هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري. و قد عرفت الحكم أيضا في صورة بقاء العين، و أنه يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة (١) و للمالك استردادها، فيرد بدل الحيلولة و لا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني (٢) لان عهدتها على الاول فيجب عليه تحصيلها، و ان بذل ما بذل، نعم ليس للمالك اخذ مئونة الاسترداد لياشر بنفسه. (٣)

و لا يصح رجوع صاحبه إليه و مقتضى القاعدة عدم جواز رجوع كل منهما الى الآخر.

(١) قوله غرم للمالك بدل الحيلولة و للمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة.

قد تقدم الكلام في بدل الحيلولة في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد فراجع ما حققناه.

(٢) قوله و لا يرتفع سلطنة المالك على مطالبه الاول بمجرد تمكنه من الاسترداد.

و الوجه فيه ان كل واحد ممن وضع يده على المال يكون ضامنا و يجب عليه ادائه الى صاحبه و تمكن المالك من الاسترداد من الثاني لا يسقط وجوب الرد عن الاول.

(٣) قوله نعم ليس للمالك اخذ مئونة الاسترداد لياشر بنفسه.

الحق هو التفصيل بين ما إذا لزم من مباشرة غير المالك التصرف في المال- و بين ما إذا لم يلزم منها ذلك- فللمالك اخذ مئونة الاسترداد لياشر بنفسه في الاول

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٦

و لو لم يقدر على استردادها الا المالك و طلب من الأول عوضا عن الاسترداد (١) فهل يجب عليه بذل العوض أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرق بين الاجرة المتعارفة للاسترداد و بين الزائد عليها مما يعد اجحافا على الغاصب الأول وجوه هذا كله مع عدم تغير العين. و أما إذا تغيرت،

فيجىء صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها و ان كان كثير مما ذكرنا ايضا مما لا يناسب ذكره الا في باب الغصب، الا ان الاهتمام بها دعاني الى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناما للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم و العمل انه غفار الزلل.

مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه،

فعلى القول ببطلان الفضولي.

فالظاهر ان حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله و الحكم فيه الصحة لظهور الاجماع، بل دعواه

دون الثاني- فانه في الاول للمالك ان يمنع من التصرف في ماله- و لا- سبيل الى ان يقال ان وجوب رد مال الغير أهم من حرمة التصرف فيه فيقدم عليها- فان ذلك فيما إذا كان ذلك مقدمة منحصرة، لا في مثل المقام الذي يمكن الرد بغير التصرف. و في الثاني لا وجه لإلزامه الغاصب بالرد بطريق مخصوص، بل هو مختار في ذلك.

(١) قوله و لو لم يقدر على استردادها الا المالك ... وجوه.

الحق ان الأوجه، هو الاخير فانه إذا كانت الاجرة هي المتعارفة للاسترداد، نفس دليل وجوب الرد يكفي في الدلالة على وجوب بذل الاجرة لكونه مقدمة للرد الواجب.

و أما إذا كانت زائدة عن ما تعارف اخذه للاسترداد، فلا يجب البذل لعموم لا ضرر و تمام الكلام في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد. بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٧

بل دعواه عن غير واحد مضافا الى صحیحه الصفار المتقدمة في ادلة بطلان الفضولي من قوله عليه السلام: لا يجوز بيع ما لا يملك، و قد وجب الشراء فيما يملك و لما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي، كالشيخ و ابن زهرة و الحلبي و غيرهم. نعم لو لا النص و الاجماع امكن الخدش فيه بما سيجيء في بيع ما يملك و ما لا يملك.

و أما على القول بصحة الفضولي، فلا- ينبغى الريب في الصحة مع الاجازة (١) بل و كذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الامر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا، كما عن التذكرة.

و سيجيء في اقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه و يؤيده صحيحة الصفار.

(١) قوله و ما على القول بصحة الفضولي فلا ينبغي الريب في الصحة مع الاجازة.

ما افاده المصنف من انه لا ريب في الصحة على القول بالصحة في بيع الفضولي و الحكم بظهور الصحة على القول بطلانه. قابل للمناقشة: فان جميع ما ذكر وجها للبطلان تجرى على القول بصحة بيع الفضولي، نعم- على القول بصحته و كون الاجازة كاشفة بنحو الشرط المتأخر، و تحققها لا يجرى شيء من تلك الوجوه كما ستعرف.

و كيف كان: فيشهد للصحة في المملوك على جميع التقادير- مضافا الى الإجماع:- صحيح الصفار عن ابي محمد العسكري عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملكك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملكك «١».

بل العمومات الدالة على صحة العقود كآلية الشريعة «٢» تدل على الصحة فيه.

و قد ذكروا في وجه عدم الشمول امورا:

منها: ان البيع امر واحد بسيط، فاما ان يكون هذا الواحد مشمولا للعمومات فلازمه الصحة في جميع اجزاء المبيع، أو لا يكون مشمولا لها فلازمه البطلان في الجميع. و على التقديرين لا وجه للتفكيك بين الأجزاء صحة و فسادا، و حيث انه لا يمكن

(١) الوسائل- باب ٢- من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٢) المائدة آية ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٨

و ربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الاذن و كلام الغنية على العالم، ثم ان صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الاجازة مانع شرعي كلزوم ربا و بيع آبق من دون ضميمه. و سيجيء الكلام في محلها، ثم ان البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن، و موقوف في غيره بحصته،

الالتزام بالأول و الا لزم خروج المال عن ملكه بلا رضاه، فيتعين البناء على البطلان في الجميع.

و فيه: ان البيع- اى الإنشاء- و ان كان واحدا، الا ان ما تضمنه من التمليك يكون متعددا حقيقة لتعدد الملكية بتعدد المملوك، فإذا تعددت الملكية يتعدد التمليك لا محالة،

لأن الایجاد و الوجود متحدان حقيقة، و أحد التمليكين يكون مشمولا للعمومات، و هو ما تعلق بماله دون الآخر، فيصح هو دون صاحبه.

و ان شئت قلت: ان الانشاء واحد صورة و منحل الى انشاءات متعددة حسب ما للمنشأ من الأفراد.

و مما يشهد للانحلال- مضافا الى ظهوره على ما عرفت: انه لو انضم الى ما يصح بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه و باعهما بانشاء واحد لم يتوهم احد صحة هذا البيع مستندا الى ان دليل النهي لا يشمل مثل هذا البيع لعدم كونه متعلقا به استقلالاً، فان المتعلق المجموع من حيث المجموع، مع ان لازم هذا الوجه ذلك.

و منها: ان البائع لم يرض بانتقال ماله منفردا، فانه رضى بانتقاله منضمما الى مال غيره، و قد خصصت العمومات بما دل على اعتبار الرضا في صحة البيع.

و فيه: ان البائع قد رضى بانتقال ماله و انتقال مال غيره، فكل منهما متعلق للرضا،

فانتقال ماله يكون عن رضا، و غاية ما هناك عدم انتقال مال غيره برضاه لا انتقال ماله بلا رضاه، مع انه اخص من المدعى، إذ ربما

يكون راضيا بانتقاله منفردا ايضا.

ومنها: انه يلزم من الصحة عدم تبعية العقد للقصد، إذ ما قصد هو المجموع،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٩

و طريق معرفة حصه كل منهما (١) من الثمن في غير المثلي ان يقوم كل منهما منفردا، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين (٢) مثاله كما عن السرائر ما إذا كان ثمنها ثلث دنانير و قيل أن قيمه المملوك قيراط و قيمه غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي الثمن. و ما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في الارشاد حيث قال: و يقسط المسمى على القيمتين. و لعله ايضا مرجع ما في الشرائع و القواعد و اللعمه من انهما يقومان جميعا، ثم يقوم احدهما. و لذا فسر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة الارشاد حيث قال:

طريق تقسيط المسمى على القيمتين الخ. لكن الانصاف ان هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاها على عبارة الارشاد التي اخترناها في طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر إذ لو كان المراد من تقويمهما، معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج الى قولهم ثم يقوم احدهما، ثم تنسب قيمته إذ ليس هنا الا امران تقويم كل منهما أو نسبه قيمته الى مجموع القيمتين.

و ما وقع غيره.

قد ظهر جوابه مما ذكرناه في سابقه، فان البائع قاصد لانتقال ماله في ضمن قصده انتقال المجموع.

و منها: ان الثمن الواقع بازاء الجزء المملوك مجهول، فلا تصح المعامله الواقعة عليه.

و فيه: ان المتيقن من دليل اعتبار العلم بالعوضين اعتبار العلم بما يجعل عوضا أو معوضا في الانشاء لا اعتبار العلم بما ينفذ فيه البيع شرعا.

(١) و أما طريق معرفة حصه كل منهما، فلا اشكال فيما لو عين حصه كل منهما.

كما لو لاحظ البائع و المشتري وقوع حصه معينه من الثمن بازاء كل جزء من المثلث.

انما الكلام فيما لو لم يلاحظ ذلك و اوقعا العقد على المجموع، من ناحية معرفة الحصه و التقسيط. و لهم في ذلك مسالك.

(٢) الاول ما اختاره المصنف قدس سره و فاقا لغيره، و هو: انه يقوم كل واحد منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٠

فالظاهر اراده قيمتهما مجتمعين ثم تقويم احدهما بنفسه، ثم ملاحظه نسبه قيمه احدهما الى قيمه المجموع. (١) و من هنا انكر عليهم جماعه تبعاً لجامع المقاصد اطلاق القول بذلك، إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زياده القيمه (٢) كما في مصراعى باب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشره و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمساً، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبه إليه كنسبه الاثنتين الى العشره استحق من البائع واحداً من الخمسه، فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع انه لم يستحق من الثمن الا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر اعنى درهمين و نصفاً.

فإذا كان الثمن عشره و كانت قيمه مال نفسه اربعه و قيمه مال غيره اثنتين، يرجع المشتري بثلث الثمن. إذ نسبه قيمه مال غيره الى مجموع القيمتين هي ذلك. و سيمر عليك ما يرد عليه.

(١) الثاني: ما عن المشهور، و هو: انه يقوم مجموع المالين ثم يقوم مال غيره ثم تنسب قيمته الى قيمه المجموع فيؤخذ بتلك النسبه، فإذا كانت قيمه مصراعى الباب عشره و كانت قيمه أحدهما اثنتين يرجع المشتري بخمس الثمن.

و لكن يرد عليه ما افاده المصنف بقوله.

(٢) إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة كما في مصراعى الباب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة و تقويم احدهما بدرهمين و كان الثمن خمسة، فان لازم هذا القول رجوع المشتري بخمس الثمن فيبقى للبائع اربعة في مقابل مصراع واحد، مع انه لم يجعل في المعاملة في مقابله الا نصف الثمن. و يرد على الاول: هذا المحذور بعينه في صور الاختلاف، فانه في مثال الجارية و ابتها إذا باعهما بعشرة و كانت قيمة الجارية في حال الانفراد ستة و في حال الانضمام اربعة و قيمة ابتها بالعكس، فإذا كانت البنت لغير البائع لازم ما اختاره الشيخ قدس سره رجوع المشتري الى البائع بخمسين من الثمن، مع انه انما جعل من الثمن بازائها ثلاثة اخماس. فالمتعين هو القول الثالث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤١

و الحاصل ان البيع انما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الاجازة، و يصح في نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع اجازة المالك الجزء الآخر هذا و لكن الظاهر ان كلام الجماعة اما محمول على الغالب، من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من تقويمهما كل منهما منفردا، و يراد من تقويم احدهما ثانيا ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، و الا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج الى النقض بصورة مدخلية الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها، و ان كان ضعيفا بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة احدهما المنفرد و بين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة

و هو الذى اختاره جمع من الأساطين، و هو.

انه يقوم كل واحد منفردا، لكن بملاحظة حال الانضمام، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

و ذلك يظهر ببيان امور:

الأول: ان الهيئة الاجتماعية ربما لا تكون موجبة لازدياد القيمة و لا لنقصانها،

و ربما تكون موجبة لأحدهما. و على الثانى تارة: تكون موجبة للازدياد من الطرفين بالسوية كما في مصراعى الباب، و اخرى: تكون موجبة له باختلاف كما لو كان قيمة احدهما مع الانضمام خمسة و لا معه اربعة، و كان قيمة الآخر معه ستة و لا معه ثلاثة.

و ثالثة: تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية. و رابعة: تكون موجبة له باختلاف.

و خامسة: تكون موجبة للزيادة في احدهما و النقيصة في الآخر، كما لو باع جارية مع ابتها الصغيرة و فرضنا ان قيمة الام تنقص في صورة ضم ابتها إليها من جهة قيامها بتربيتها، و قيمة الصغيرة تزيد بذلك.

الثانى: ان كل جزء انما قوبل بجزء من الثمن في حال الانضمام لا مطلقا.

الثالث: ان الأوصاف لا تقابل بالمال، و تخلفها يوجب الخيار لارد جزء من الثمن.

و بهذه الأمور يظهر أن الأظهر هو الثالث،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٢

بحيث يكون قيمة احدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو ازيد، فإن هذا فرض ممكن، كما صرح به في رهن جامع المقاصد و غيره، فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المثل، كما لو باع جارية مع امها قيمتهما مجتمعين عشرة و قيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية، فإن نسبة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين (١) نسبة الشىء إلى مماثله فرجع بكل الثمانية، و كان من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن، فالتحقيق في جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما

منفردا و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت ان المشتري إذا بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبايع انما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا فله من الثمن جزء نسبتته إليه كنسبة الدرهمين الى العشرة و هو درهم واحد. فالزيادة ظلم على المشتري و ان كان ما أو همه عبارة الشرائع و شبهها من اخذ البائع اربعة و المشتري واحدا اشد ظلما، كما نبه عليه في بعض حواشى الروضة فاللازم ان يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفردا و على هيئته الاجتماعية و يعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا و يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا و قيمة هيأته الاجتماعية.

قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الاوصاف الموجبة لزيادة القيمة، ليس مضمونا في باب المعاوضات، و ان كان مضمونا في باب العدوان، غاية الامر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة، و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين في الوجود، كعبد و جارية أو متحدا كعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع اثلاثا لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكونه اقل رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين و يؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة، هذا كله في القيمي.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٣

اما المبيع المثلي فإن كانت الحصه مشاعه قسط الثمن (١) على نفس المبيع فيقابل كل من حصتي البائع و الا-جني بما يخصه و ان كانت حصه كل منهما معينه كان الحكم كما في القيمي (٢) من ملاحظه قيمتي الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع فافهم.

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار،

فإن علم انه اراد نصفه، أو نصف الغير عمل به، و الا- فإن علم انه لم يقصد بقوله بعثك نصف الدار الا- مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، و حملة على النصف المشارع بينه و بين الأجنبي (٣)

(١) قوله اما البيع المثلي فان كانت الحصه مشاعه قسط الثمن على نفس البيع ما افاده المصنف قدس سره يتم على ما اخترناه في طريق تقسيط الثمن و لا يتم على مسلكه فانه قد يتفاوت الحصتان، كما لو كانت حصه احدهما تسعة امان و حصه الآخر منا واحدا-، و يكون الاختلاف في القيمة في صورتى الانضمام و الانفراد في الحصه الاولى قليلا و في الثانية ازيد كما لا يخفى.

(٢) قوله و ان كانت حصه كل منهما معينه كان الحكم كما في القيمي اورد عليه المحقق النائيني قدس سره بانه يمكن ان يكون المثلي مفروزا و يكون مع ذلك كل من النصيبين من كومه واحده و صبره خاصه فيجب ان يقابل كل من الحصتين بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلي المشاع لا كالقيمي.

و فيه انه كما يتصور ذلك يتصور الاختلاف فلا بد من بيان ما يفيد في جميع الصور و هو ما افاده المصنف قدس سره.

بيع نصف الدار

بقي الكلام هنا في مسالتين:

(٣) احدهما: ما لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار و قبل الشروع في البحث فيها لا بد من تقديم مقدمتين:

الأولى: في بيان الكسر المشاع و ان الشركه الحاصله في المبيع على اى كفيئه،

و العمده فيه مسلكان:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٤

احدهما: ما هو المنسوب الى المشهور، و هو: ان معنى الشركة على الاشاعة ان كل جزء يفرض فى الجسم فكل واحد من الشريكين المساويين مالک لنصف هذا الجزء.

ثانيهما: ان كل واحد منهما مالک لتمام المملوك، و انما الملكية تكون ضعيفة و ناقصة، فالأخوان الوارثان لأبيهما هما معا بالإضافة الى المال كأبيهما، و طرف إضافة الملكية هما مجتمعا، و كل منهما مالک لجميع المال، و لكن بالملكية الناقصة لا التامة. و قد استدلل للأول: بان المشهور بين المتكلمين و بعض الحكماء قبل الإسلام و ان كان ان مادة الجسم المطلق هى الأجزاء التى لا تقبل القسمة لا خارجا و لا ذهنا و يسمى كل جزء من هذه الأجزاء بالجواهر الفرد و الجزء الذى لا يتجزأ. و لكن بطلان هذه المقالة- كبطلان مقالة النظام، حيث ذهب الى ان الجسم مؤلف من اجزاء غير متناهية- فى عصرنا من اوضح البديهيات، لأن كل ما يشار إليه بالإشارة الحسية لا بد ان يكون ما يحاذى منه جهة الفوق غير ما يحاذى منه جهة التحت، و كذا باقى الجهات، فلا محيص من ان يكون منقسما و ان لم يكن لنا آله لتقسيمه. مضافا الى ما برهنوا عليه من لزوم تفكك الرحي و نفى الدائرة. و عليه فكل جزء يفرض فى الجسم كل واحد من الشريكين مالک لنصف ذلك الجزء.

و فيه: ان هذا البرهان لو تم لاقتضى امكان ذلك لا كون ما فى الخارج كذلك، و الأرجح فى النظر هو الثانى، و ذلك لأنه مضافا الى انه المناسب للفهم و الوجدان و يلائم مع الطبع يشهد له وجهان: احدهما: انه لا- إشكال فى ان الشىء الخارجى الذى يكون ملكا و مالا لو قسم ربما يصل الى حد يسقط عن المالية و الملكية لو نصف، فعلى هذا لو خلف الميت شيئا له المالية و كان ورثته متعددين لو قسم ذلك بحسب تعددهم لا يكون كل جزء منه ملكا يلزم البناء على عدم كونه ملكا لأحد، و هو كما ترى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٤٥

...

الثانى: ان المملوك المشترك ربما يكون من الأعراض و الأفعال و الأعمال غير القابلة للقسمة لبساطتها كالصلاة و رفع الحجر من الأرض و نحو ذلك، و لا معنى للالتزام بالملكية بالمعنى الأول فى هذه الموارد، فلا مناص عن البناء على ما اخترناه، و هذه آية قطعية عليه.

و اصف الى ذلك كله عدم معقولية المعنى الأول، فان كل ما فى الخارج يكون معينا، و لا معنى لوجود شىء فى الخارج غير معين فى الواقع، و حيث ان الكسر المشاع بذلك المعنى غير معين فلا يمكن الالتزام به.

فتحصل مما ذكرناه: ان معنى الملكية المشاعة هو مالكية الشركاء، كل منهم لجميع المال بالملكية الضعيفة، و نظيره فى التكوينية رفع جماعة حجرا واحدا، حيث ان الرفع يستند الى مجموعهم. فعلى هذا معنى بيع نصف الدار ببيعته بتمامه باعطاء الملكية الناقصة و هذه مسامحة فى التعبير، و شاع ذلك.

الثانية: فى تعيين محل النزاع و البحث.

لا خلاف و لا إشكال فيما لو علم بانه اراد من النصف شيئا معينا من نصفه المختص به، أو نصف غيره، أو المشاع فى الحصتين. و انما الكلام فى موردين:

الأول: ما لو علم انه قصد شيئا معينا و كان ذلك مشتبهها و غير معلوم عندنا.

الثانى: ما لو علم بانه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ.

و ظاهر الشيخ اختصاص النزاع بالمورد الثانى .
و صريح السيد قدس سره اختصاصه بالمورد الأول .
و ذهب المحقق النائنى قدس سره الى التعميم .
لا- ينبغى التوقف فى كون الأول مورد النزاع، و لم يذكر وجه لعدم النزاع فيه، و أما ما ذكر فى وجه عدم جريان النزاع فى المورد الثانى .

و حاصله: ان الظهورات انما تكون لتشخيص المرادات و المفروض انه لم يقصد المتكلم خصوصية ملكه أو ملك غيره، و انما قصد مفهوم النصف الذى مقتضاه ليس الا الاشاعة .

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٤٦

و منشأ الاحتمالين. اما تعارض ظاهر النصف اعنى الحصه المشاعه فى مجموع النصفين (١) مع ظهور انصرافه فى مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص (٢) و ان لم يكن له هذا الظهور فى غير المقام، و لذا يحمل الاقرار على الاشاعة، كما سيجىء، أو مع ظهور انشاء البيع فى البيع لنفسه (٣) لأن مال الغير لا- بد فيه اما من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه، و أما من بنائه على تملكه للمال عدوانا، كما فى بيع الغاصب، و الكل خلاف المفروض هنا، و مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع بعث غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده و عبد غيره، حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه الى عبده، ففاس عليه ما نحن فيه، إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور فى عبد الغير، فبقى ظهور البيع فى وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمان عن المعارض،

فرد عليه ان المراد من انه لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ ليس خلو الكلام عن المراد الجدى، بل المراد انه انما قصد مفهوم هذا اللفظ و تعلق ارادته الجدية به هكذا، اى بما يقتضيه ظهور هذا الكلام و لو بلحاظ المقام مع خلوه عن الإرادة التفصيلية.

و على هذا فيقع الكلام فى موردين:

الأول: فيما إذا لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ.

الثانى: فيما إذا قصد معنا غير معلوم لنا. و حيث ان المدرك و كذلك المختار فى الموردين واحد فلا حاجة الى البحث فى كل من الموردين مستقلا.

(١) و كيف كان: فقد ذكر فى وجه ظهور الكلام فى النصف المشاع بينه و بين الأجنبى: ان النصف ظاهر فى الحصه المشاعه فى مجموع الحصتين.

و اورد عليه المصنف قدس سره بان هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين:

(٢) احدها: ظهور مقام التصرف فى ارادة حصته المختصة لانشاء البيع.

(٣) ثانيهما: ظهور انشاء البيع فى البيع لنفسه لأن بيع مال الغير يتوقف على نية الغير أو كونه له أو البناء عليه عدوانا، و الكل خلاف المفروض، و هو قد ههنا من جهة هذا التعارض توقف فى المسألة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٤٧

يفسر بهما اجمال لفظ المبيع، ثم انه لو كان البائع و كيلا فى بيع النصف أو وليا عن مالكة فى هل هو كالأجنبى؟ وجهان مبنيان على ان المعارض لظهور النصف فى المشاع هو انصراف لفظ المبيع الى مال البائع فى مقام التصرف أو ظهور التمليك فى الاصاله الاقوى هو الأول لأن ظهور التمليك فى الاصاله من باب الاطلاق و ظهور النصف فى المشاع و ان كان كذلك ايضا الا ان ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق و ما ذكره الشهيد الثانى من عدم قصد الفضولى الى مدلول اللفظ و ان كان مرجعه الى ظهور وارد على ظهور

المقيد، الا- انه مختص بالفضولي، لأن القصد الحقيقي موجود في الوكيل و الولي، فالأقوى فيهما الاشتراك في المبيع تحكيما لظاهر النصف، الا ان يمنع ظهور النصف الا في النصف المشاع في المجموع. (١)

و أما ملاحظة حقي المالين و ارادة الاشاعة في الكل من حيث انه مجموعهما غير معلومة، بل معلوم العدم بالفرض.

و من المعلوم ان النصف المشاع بالمعنى المذكور، يصدق على نصفه المختص فقد ملك كليا يملك مصداقه، فهو كما لو باع كليا سلفا مع كونه مأذونا في بيع ذلك من غيره أيضا لكنه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره فإن الظاهر وقوعه لنفسه، لأنه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له،

و فيه: انه لم سلم ظهور النصف في المشاع بين الحصتين و لم نلتزم بما افاده المصنف قدس سره في اثناء كلامه من انه ظاهر في نفس المشاع لا في المشاع بين الحصتين، قال.

(١) الا ان يمنع ظهور النصف الا في النصف المشاع في المجموع لا.

ريب في انه ظهور اطلاقى ناش عن انتفاء ما يوجب التعيين، فظهور مقام التصرف في ارادة حصته المختصة يمنع عن انعقاده. فالأظهر الحمل على نصفه المختص.

اللهم الا ان يقال كل منهما يصلح للمنع عن انعقاد الآخر فلولا الوجه الاول كان المتعين التوقف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٨

و لعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم، لو انه اصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق (١) استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لا نصف الباقي و قيمة نصف الموهوب. و ان ذكروا ذلك احتمالا، و ليس الا من جهة صدق النصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: فنصف ما فرضتم.

و ان كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم بأنه: لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلا للربع التالف من الزوج و مساويا له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما الا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة، مع كونها قيمة. لكن الظاهر انهم لم يريدوا هذا الوجه، و أنهم عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام،

(١) قوله ذكر جماعة انه لو اصدق المرأة عينا فوهبت نصفها استحق الزوج النصف الباقي.

ان بنينا على ان المرأة تملك بالعقد نصف المهر و بالدخول تملك نصفه الآخر تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا لان محل البحث في المقام لا يكون خصوص البيع فالوجه في حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقي هو ما ذكرناه.

و أما ان قلنا بانها تملك تمام المهر و بالطلاق قبل الدخول يرجع نصفه الى الزوج، فهي - اجنبية عن المقام.

فان المرأة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال و الطلاق ليس انشاء لرد النصف كي يجرى فيه هذا النزاع فتدبر.

اللهم الا ان يقال ان ما ذكره المصنف قدس سره الذي اشار إليه هنا هو عدم التنافي بين ظهور النصف في الاشاعة و حمله على نصفه المختص من باب انه من ملك كليا ملك مصداقه.

فما ذكروه في صداق المرأة نظيرا للمقام من هذه الجهة فان حكم الشارع الاقدس برد نصف المهر في قوة تملك الزوج نصفه للزوج.

فيكون من باب انه من ملك كليا ملك مصداقه إذ المرأة مالكة لمصداق النصف فيكون نظيرا للمقام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٩

و نظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه في باب الصلح (١) من انه: إذا اقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب

للشركة كالآرث، فصالحه المقر له على ذلك النصف، كان النصف مشاعا في نصيبهما فإن اجاز شريكه نفذ في المجموع و الا نفذ في الربع، فإن مقتضى ما ذكره هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن أوقع الصلح على نصفه الذي أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقر أو معه، و ان اوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف ايضا الى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه و بين شريكه، و لذا اختار سيد مشايخنا قدس الله اسرارهم اختصاصه بالمقر له، و فصل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف و بين ما إذا وقع على النصف الذي اقر به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور في الثالث، لأن الإقرار منزل على الاشاعة، و حكم بالاختصاص في الأولين لاختصاص النصف وضعا في الأول و انصرافا في الثاني الى النصف المختص، و اعترضه في مجمع الفائدة: بأن هذا ليس تفصيلا بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به. و تمام الكلام في محله و على كل حال، فلا اشكال في ان لفظ النصف المقر به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجردا عن حال أو مقال يقتضى صرفه الى نصفه يحمل على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه، و لهذا افتوا ظاهرا على انه لو اقر احد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين، بأن ثلث العين لفلان،

حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر الى المقر له نصف ما في يده، لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف، لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتا الى المقر و المقر له على حد سواء، فإنه قدر تالف من العين المشتركة فيوزع الاستحقاق و دعوى ان مقتضى الاشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما

(١) قوله و نظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكره في باب الصلح.

و قد اورد عليه بان الاصحاب في مسألة، هبة المرأة نصف صداقها حملوا النصف على النصف الباقي، و في باب الصلح ذكروا انه إذا اقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالآرث فصالحه المقر له ذلك النصف مشاعا في نصيبهما. فما ذكره المصنف قدس سره ان كان حمل النصف على النصف المختص لم يكن ما ذكره في منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٠

فيكون في يد المقر سدس و في يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال ان له في يد كل منهما سدسا و اقراره بالنسبة الى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع إليه ثلث ما في يده و هو السدس المقر به، و قد تالف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعه، بأن ما في يد الغير ليس عين ماله،

فيكون كما لو اقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره و هو مقدار حصته المشاعة كحصته المقر و حصته المقر و حصته المقر له بزعم المقر، الا- انه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده، فقد تالف سدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده، الا على احتمال ضعيف، و هو تعلق الغصب بالمشاع و صحة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغضوب منه و ما يأخذه الشريك لنفسه، لكنه احتمال مضعف في محله و ان قال به أو مال إليه بعض على ما حكى، للخرج أو السيرة. نعم يمكن ان يقال بأن التالف في هذا المقام حاصل باذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر، و الشارع انما اذن له في اخذ ما يأخذه على انه من مال المقر له، فالشارع انما حسب السدس في يد المنكر على المقر له، فلا يحسب منه على المقر شيء، و ليس هذا كأخذ الغاصب جزءا معينيا من المال عدوانا بدون اذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين.

في المسألة الاولى منافيا له، و ان كان حمله على النصف المشاع لم يكن ما ذكره في المسألة الثانية منافيا له.

و ما ذكره المصنف قدس سره في المقام امران- احدهما- ظهور النصف في نفسه في المشاع- ثانيهما- ظهور التصرف و انشاء البيع في ارادة النصف المختص، و في باب هبة المرأة نصف صداقها على فرض كونها مالكة لجميع المهر لا معارض لظهور النصف في

المشاع فحكمهم بالحمل على النصف المختص ينافي هذا الظهور، وفي باب الصلح حيث ان المقر له يوقع الصلح و ينشئه على النصف فحمله على النصف المشاع ينافي الظهور الثاني إذ الصلح انما يكون كالبيع من هذه الجهة كما لا يخفى، وبالجملة ما ذكره قدس سره في المقام امران، و ما ذكروه في احد الفرعين ينافي احدهما، و ما ذكره في الآخر في الثاني، هذا ما يرجع الى شرح العبارة- و أما تنقيح القول في المسألتين و بيان وجه عدم التنافي بين ما ذكروه هنا و ما ذكروه فيهما فموكول الى محل آخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥١

و الحاصل ان اخذ الجزء كان بأذن الشارع، و انما اذن له على ان يكون من مال المقر له، و لعله لذا ذكر الاكثر بل نسبه في الايضاح الى الاصحاب في مسألة الاقرار بالنسب، ان احد الاخوين إذا اقر بثالث دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده و هو الثلث، و لا يدفع إليه نصف ما في يده نظرا الى انه اقر بتساويهما في مال المورث، فكل ما حصل كان لهما و كلما توى كان كذلك هذا، و لكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة ان الشارع الزم بمقتضى الإقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي اقر به. و من المعلوم ان مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر: هو كان ما في يده على حسب اقراره بالمناصفة. و أما المنكر عالما فيكون ما في يده مالا مشتركا لا يحل له منه الا ما قابل حصته عما في يدهما و الزائد حق لهما عليه.

و أما مسألة الإقرار بالنسب فالمشهور و ان صاروا إلى ما ذكره، و حكاة الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته الا انه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعدة، حتى قوى في المسالك الحمل على الاشاعة و تبعه سبطه و سيد الرياض في شرحي النافع. و الظاهر ان مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل اصحاب الحديث، كالفضل و الكليني بل و غيرهما، فروى الصدوق مرسلا و الشيخ مسندا عن ابي البختری و وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل مات و ترك ورثة، فافر احد الورثة بدين على ابيه انه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله. و إن أقر اثنان من الورثة و كانا عدلين أجز ذلك على الورثة، و إن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما قدر ما ورثا،

و كذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت فإنما يلزمه ذلك في حصته. و بالإسناد قال: قال على عليه السلام من أقر لاخته فهو شريك في المال و لا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فكذلك، إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم، و عن قرب الأسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد و تمام الكلام في محله من كتاب الإقرار و الميراث إنشاء الله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٢

مسألة: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقة بثمن واحد (١)

صح في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد و اجماعا كما في الغنية، و يدل عليه اطلاق مكاتبه الصفار المتقدمة، و دعوى انصرافه الى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعه، بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة، بل اللزوم في العقود عدا ما يقال من ان التراضي و التعاقد انما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعا، فالحكم بالامضاء في البعض مع عدم كونه مقصودا الا- في ضمن المركب يحتاج الى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراض، و لذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، و قد نبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط و ذكر ان الفرق بين فساد الشرط، و الجزء عسرا، و تمام الكلام في باب الشروط و يكفي هنا الفرق بالنص و الاجماع، نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكره في المسالك، و فاقا للمحكي في التذكرة عن الشافعي من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع قال في التذكرة بعد ذلك، و ليس عندي بعيدا من الصواب الحكم بالبطلان، فيما إذا علم المشتري حرمة الآخر أو كونه مما لا ينقل إليه، انتهى

بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله

(١) الثانية لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر صفقة بثمن واحد: فلا خلاف في صحة البيع في المملوك، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليها. و يشهد - مضافا الى ذلك.

و إلى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك و غير الملك تقريبا دلالتها على الصحة في أمثال المقام. و ان ما ذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضى و اخرى لعدم المانع غير تام، فراجع ما حققناه. اطلاق مكاتبه الصفار المتقدمة المتضمنة انه لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١». فانها باطلاقها تشمل ما إذا كان بعض القرية وقفا عاما غير مملوك لأحد

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٣

و يمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بثمن المجموع الذي قصد الى نقله عرفا،

و ان علم الناقل بعدم امضاء الشارع له، فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل «البيع»

حقيقته فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع و حكمه عليه بالفساد هو ما كان غررا في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه عن الشارع، مع انه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك لا البطلان (١) لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه حيث قال: ان هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع و الا لكان البذل بازاء المملوك ضرورة ان القصد الى الممتنع كلا قصد انتهى. لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط و ان كان مناسبا لما ذكره في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن الى البائع،

لأنه سلطه عليه مجانا، فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك،

اما لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي. اما لبقاء ذلك القسط له مجانا (٢) كما قد يلوح من جامع المقاصد و المسالك، الا انك قد عرفت ان الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد، ثم ان طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره يعرف مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير، من ان العبرة بتقويم كل منهما منفردا و نسبة قيمة المملوك الى مجموع القيمتين،

(١) قوله مع انه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك.

و فيه ان وقوع مجموع الثمن بازاء الشيء لا واقع له سوى جعل المعامل و المفروض انه جعل فيه بازاء المملوك بعض الثمن.

(٢) قوله و أما لبقاء ذلك القسط له مجانا.

و فيه اولا ما تقدم في محله من عدم تمامية ذلك في بيع مال الغير من العالم.

و ثانيا انه لو تم فيه لا يتم في المقام فان المجانية هناك لم تكن من ناحية المعاملة بل كانت من ناحية التسليط المجاني غير المفروض في المقام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٤

لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك (١) و قد ذكروا ان الحر يفرض عبدا بصفاته و يقوم، و الخمر و الخنزير يقومان

بقيمتها عند من يراها مالا، و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار، و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان انها شاء، و الخمر بعنوان انها خل، فبان الخلاف، بل حزم بعض هنا بوجود تقويمهما قيمة الخل و الشاء.

(١) قوله لكن الكلام هنا في طريق معرفة غير المملوك.

طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره يعرف مما تقدم في مسألة ما لو باع ماله مع مال الغير من انه يقوم كل واحد منفردا، لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

لكن الأشكال هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك لفرض انه لا قيمة له.

لا اشكال فيما إذا باع غير المملوك بعنوانه كما لو ضم الخمر الى الخل فباعهما بصفقة واحدة، فانه يعرف قيمة الخمر بالرجوع الى من يراها ملكا و مالا، انما الأشكال فيما إذا باعه بعنوان ما يملك، كما لو باع شاء و خنزيرا بعنوان انهما شاتان.

و الأظهر انه يقوم قيمة المملوك - اى الشاء- لأن بذل المال انما يكون بازاء الصورة النوعية و الا فالأجسام من حيث هي لا ماليتها لها و لا- يبذل بازائها المال. و المراد بها الصورة النوعية العرفية، ففي المقام بذل جزء من الثمن بازاء الشاء دون الخنزير فلا بد من لحاظ ذلك في مقام التقويم.

هذا إذا كان غير المملوك مالا عرفا، و أما ان لم يكن مالا فقد اختار السيد الفقيه بطلان البيع في هذه الصورة من جهة انه لا يمكن تعيين ما بازاء غير المملوك لأنه لا قيمة له، و لا يمكن البناء على الصحة بالنسبة الى المملوك في تمام الثمن لأنه جعل بازاء غير المملوك في المعاملة بعضه فيتعين البناء على البطلان.

و فيه: انه يتم في صورة الجهل فانه يجعل بازاء ما لا يملك جزء من الثمن، و لا يتم في صورة العلم من جهة انه في تلك الصورة لا يجعل بازائه شىء من الثمن و يكون ذلك نظير ضميمة الأوساخ، فلا محالة يصح البيع في تمام الثمن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٥

مسألة: يجوز للأب و الجد ان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء (١)

إشارة

و يدل عليه قبل الاجماع الاخبار المستفيضة (٢) المصرحة في موارد كثيرة، و فحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح. (٣)

ولاية الأب و الجد

(١) مسألة: يجوز للأب و الجد ان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء بلا خلاف.

و في الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه، و في غير واحد من الكتب: دعوى ذلك.

(٢) و استدلل له المصنف قده: بالاخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة.

(٣) و فحوى سلطنتها على بضع البنت في باب النكاح «١».

و فيه: ان النصوص المستفيضة المشار إليها طوائف:

الأولى: ما تضمنت الأخذ من مال الولد «٢».

الثانية: ما وردت في تقويم الأب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ما شاء «٣».

الثالثة: ما وردت في جواز اتجار الوصى بمال الطفل إذا كان قد اوصى ابوه بذلك «٤».

و لا يصح الاستدلال بشيء منها.

اما الأولى: فلأنها واردة في تصرف الأب لنفسه استقلالاً لا تصرفه لابنه، مع انها واردة في الولد مطلقاً صغيراً كان ام كبيراً، بل مورد اكثرها البالغ، و في بعضها التقييد بصورة الحاجة و الاضطرار، و في بعضها المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه باحسن النفقة، مع انها مختصة بالأب غير متعرضة للجد.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.

(٢) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩- من ابواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩- من ابواب ما يكتسب به.

(٤) الوسائل - باب ٩٢- من ابواب احكام الوصايا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٦

...

و أما الثانية: فلأنه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية من جهة ان الشارع الأقدس قد وسع في اسباب حلية الوطاء بما لم يوسع في سائر المعاملات كما تقدم في مبحث الفضولي.

مع ان فيها ما ورد في الكبير كصحيح ابن محبوب الوارد في تقويم جارية البنت التي قد اهداها إليها ابوها حين زوجها.

مع انها من جملة ادلة جواز تصرفاته الراجعة الى نفسه و سييلها سبيل تلك الأدلة.

و أما الثالثة: فعدم دلالتها على الولاية في حال الحياة واضح.

و أما الفحوى فقد تقدم في مبحث الفضولى المناقشة في فحوى نفوذ النكاح بالإضافة الى سائر المعاملات. فراجع.

و لكن مع ذلك اصل الحكم مما لا ينبغي التوقف فيه.

لبناء العقلاء عليه و عدم ردع الشارع عنه.

و اجماع الامة عليه.

و جملة كثيرة من النصوص الدال بعضها كنصوص الاتجار بماله الوارد في باب الزكاة «١» و المؤيد غيره كالنصوص المتقدمة.

بقى الكلام في الجملة المذكورة في جملة من الأخبار) انت و مالك لأبيك «٢» لا اشكال في عدم كون اللام للملك لعدم مملوكية

رقبة الولد لأحد.

و ما له المفروض كونه ملكاً له لا يعقل كونه ملكاً لأبيه.

و كذا لا ينبغي التوقف في عدم كونها للاختصاص بعنوان كونه و ما له تحت ولايته لأنها وردت في الكبير ايضاً، و لا كلام في عدم

ولايته على ولده الكبير.

بل الأمر يدور بين امرين:

الأول: ان تكون اللام للاختصاص بنحو السلطنة على الانتفاع به و بما له، فسييلها حينئذ سبيل النصوص المتقدمة الدالة على ذلك.

(١) الوسائل - باب ٢- من ابواب من تجب عليه الزكاة.

(٢) الوسائل - باب ٧٨- من ابواب ما يكتسب به.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٧

و المشهور عدم اعتبار العدالة (١) للأصل (٢) و الاطلاقات، و فحوى الاجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق فى الترويج، خلافا للمحكى عن الوسيلة و الايضاح فاعتبراها فيهما

الثانى: ان تكون لإفادة كون الولد موهوبا تكوينا للأب و انتسابه إليه بكونه ولده.

و يؤيد الثانى المكاتبه الواردة عن الإمام الرضا (عليه السلام) حيث قال: و علة تحليل مال الولد لوالده بغير اذنه و ليس ذلك للولد لأن الولد موهوب للوالد فى قوله عز و جل ... الخ «١» و عليه فهى حكمه التشريع. و بعبارة اخرى: انها علة التحليل فى مقام الثبوت لا الإثبات، و تدل على ان منشأ جعل تلك الآثار ذلك. و لا تكون هى متكفلة لحكم جعلى فلا يتمسك باطلاقها. انما الكلام يقع فى جهات:

اعتبار العدالة

الأولى: فى انه هل يعتبر فى ولاية الأب و الجد العدالة- كما عن الوسيلة و الايضاح.

- (١) ام لا يعتبر- كما هو المشهور بين الاصحاب؟- و جهان قد استدل لعدم الاعتبار بوجوده:
- (٢) الاول: الاصل، تمسك به المصنف قده فى مقابل الاطلاق، و عليه فليس المراد به القاعدة المستفاد منه. بل المراد به الأصل العملى.

و لذا اورد عليه جمع ممن تأخر عنه منهم المحقق النائنى قدس سره: بان الأصل بالعكس، لأن نفوذ تصرف شخص فى مال غيره يتوقف على الدليل، و مع عدمه الأصل يقتضى عدم نفوذه.

(١) الوسائل- باب ٧٨- من ابواب ما يكتسب به حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٥٨

مستدلا فى الاخير بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه، و لا يصرف عن ماله (١)

و يستحيل من حكمه الصانع ان يجعل الفاسق امينا يقبل اقراراته و اخباراته عن غيره، مع نص القرآن على خلافه، انتهى. و لعله اراد بنص القرآن آية الركون الى الظالم التى اشار إليها فى جامع المقاصد. (٢) و فى دلالة الآية نظر، و أضعف منها ما ذكره فى الايضاح من الاستحالة إذ المحذور يندفع

و لكن الظاهر ان مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء و عدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس، و عليه فلا ايراد عليه.

الثانى: الاطلاقات، تمسك بها الشيخ قدس سره و تبعه غيره و لا بأس به ان كان هناك اطلاق، و قد تقدم الكلام فيه.

الثالث: الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق على الترويج.

و هو كما ترى.

و قد استدل لاعتبار العدالة بوجهين:

- (١) الاول: انها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يعرب عن حاله و يستحيل من حكمه الصانع جعل الفاسق امينا يقبل اقراراته و اخباراته عن غيره.

وفيه: اولاً: ان المنافى للحكمة جعل من لا يبالي بالخيانة وليا، فإذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرفات التي لا مفسدة فيها- لا سيما إذا كان مامونا من هذه الجهة خصوصاً بملاحظة شفقة الابوة و رأفته- لم يكن فسقه مانعاً عن جعله ولياً.

و ثانياً: ما ذكره المصنف قدس سره فيما بعد بقوله:

بان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال أبو الطفل اى رؤيته آثار ضيق المعاش عليه أو اختلاف حاله فى ثروته منعه من التصرف فى ماله ...

(٢) الثانى: نص القرآن.

وقد استظهر المصنف قدس سره ان المراد به آية الركون الى الظالم «١»

(١) هود، ١١٤.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٥٩

كما فى جامع المقاصد بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال اختلاف حال أبو الطفل عزله و منعه من التصرف فى ماله و إثبات اليد عليه و إن لم يظهر خلافه، فولايته ثابتة و ان لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد احواله، انتهى.

، و استظهر بعض مشايخنا ان المراد به آية النبأ «١».

تقريب الاستدلال بالاولى احد وجهين.

احدهما: ان جعله تعالى الفاسق امينا و ولياً ركون منه الى الظالم، مع انه نهى عنه.

ثانيهما: ان المعاملة مع الأب بعنوان انه ولى الطفل ركون إليه، و هو منهى عنه.

و فى كليهما نظر:

اما الأول: فمضافاً الى انه استدلال بفحوى الآية لا بنصها من جهة ان الناهى عن شىء كيف يفعله.

انه غير تام، إذ مجرد جعله امينا و ولياً كجعل شخص و كيلاً ليس ركوناً إليه.

مع ان الملاك غير معلوم، و لعله لركون العبد مفسدة ليست فى ركون المولى.

و أما الثانى: فلأن المعاملة مع الأب بعنوان ان الله تعالى جعله امينا و ولياً ليست ركوناً من العبد إليه، فانها كالمعاملة معه بما انه مالك أو وكيل.

هذا كله مضافاً الى ان الظالم اخص من الفاسق.

اضف الى ذلك ما قيل من ورودها فى سلاطين الجور و ان المراد بالركون الدعاء لهم بالبقاء.

و أما الآية الثانية: فيرد على الاستدلال بها: ان قبول اخبار الفاسق و اقراره حينئذ انما يكون من جهة كونه ولياً حيث انه من ملك شيئاً ملك الإقرار به، و لا ينافى مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو، و الآية متضمنة للثانى.

مع ان عدم قبول اخباره و اقراره لا ينافى ثبوت الولاية.

مضافاً الى ان قبول اخباره و اقراره بعد ثبوت الولاية بما انه بلسان انه و ماله لأبيه غير قبول اخباره عن غيره، بل هو فى حكم قبول اقراره على نفسه.

فالأظهر عدم اعتبار العدالة.

(١) الحجرات، ٧.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٠

و هل يشترط في تصرفه المصلحة؟ أو يكفي عدم المفسدة، ام لا يعتبر شيء (١) وجوه، يشهد للاخير اطلاق ما دل على ان مال الولد للوالد (٢) كما في رواية سعد بن يسار و انه و ماله لأبيه، كما في النبوي المشهور و صحيحة ابن مسلم ان الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء، و ما في العلل عن محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام من ان علة تحليل مال الولد لوالده ان الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: يهب لمن يشاء اناثا و يهب لمن يشاء الذكور و يؤيده اخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه، لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الاب (٣) كما يشهد له قوله عليه السلام في رواية الحسين ابن ابي العلاء، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطر إليه، قال: فقلت له قول رسول الله صلى الله عليه و آله للرجل الذي اتاه فقدم اباه

اعتبار المصلحة في التصرف

(١) الجهة الثانية: هل يشترط في تصرفهما المصلحة أو يكفي عدم المفسدة ام لا يعتبر شيء وجوه.

و الكلام فيها في موردين:

الأول: في اعتبار عدم المفسدة.

الثاني: في اعتبار المصلحة.

اما المورد الأول: فعن غير واحد: دعوى الإجماع على اعتباره.

(٢) و استدل لعدم الاعتبار باطلاق النبوي و غيره من النصوص.

(٣) و اورد عليه المصنف قدس سره بانه لا بد من تقييده بما يقيد من الاخبار جواز تصرف الأب في مال الابن بصورة الحاجة كخبر

الحسين بن ابي العلاء «١».

أو بان لا يكون فيه سرف كصحيح ابن مسلم «٢».

أو كونه مما لا بد منه معللا بان الله لا يحب الفساد كصحيح الثمالي «٣».

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٨.

(٢) نفس المصدر، ح ١.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦١

فقال له انت و مالك لأبيك. فقال: انما جاء بأبيه الى النبي صلى الله عليه و آله فقال يا رسول الله صلى الله عليه و آله هذا ابى ظلمنى ميراثى من أمى فاخبره الاب انه قد انفق عليه و على نفسه،

فقال النبي صلى الله عليه و آله انت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله صلى الله عليه و آله يحبس الاب للابن؟! و نحوها صحيحة ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه و آله انت و مالك لأبيك، ثم قال: لا نحب ان يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج إليه، مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد، فإن الاستشهاد بالآية يدل على ارادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة، و انه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة

للطفل. هذا كله مضافا الى عموم قوله تعالى: ولا- تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن (١) فإن اطلاقه يشمل الجد و يتم في الاب بعدم الفصل، و مضافا الى ظهور الاجماع على اعتبار عدم المفسدة، بل في مفتاح الكرامة استظهر الاجماع تبعا لشيخه في شرح القواعد على اناطه جواز تصرف الولي بالمصلحة، و ليس ببعيد فقد صرح به في محكي المبسوط حيث قال: و من يلي امر الصغير و المجنون خمسة: الأب، و الجد للاب، و وصى الاب و الجد للاب، و وصى الاب، و الحاكم و من يأمره، ثم قال: و كل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير لانهم انما نصبوا لذلك فإذا تصرف فيه على وجه لاحظ فيه كان باطلا، لأنه خلاف ما نصب له، انتهى.

و قال الحلبي في السرائر لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال، و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه، و هذا الذي يقتضيه أصول المذهب انتهى.

(١) و بالاية: و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن «١» بتقريب انها تشمل الجد و يتم في الأب بعدم الفصل. و بالإجماع.

اما الأخبار فهي تدل على جواز اخذ الأب لنفسه مع الحاجة، و هذا غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذي هو محل الكلام في المقام.

(١) الانعام، ١٥٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٢

و قد صرح بذلك ايضا المحقق و العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم، بل في شرح الروضة للفاضل الهندي ان المتقدمين عمموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء، و استظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة في باب الحجر نفى الخلاف في ذلك بين المسلمين، و قد حكى عن الشهيد في حواشي القواعد ان قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله انه لو باع الولي بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزلة الاتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله، و هو يستلزم جواز اتلافه، قال: و توقف زاعما، انه لا يقدر على مخالفة الاصحاب.

و أما الآية الشريفة: ففي شمولها للجد تأمل، لأن من له الجد لا يصدق عليه اليتيم، فتأمل، مع ان عدم الفصل غير ثابت.

و أما الإجماع: فليس تعديا يكشف عن رأى المعصوم عليه السلام.

و بما ذكرناه يظهر ما في كلمات المحقق النائيني قدس سره، فانه بعد الايراد على الشيخ قدس سره قال:

في جعلها الشفقة و المحبة، و عليه فكما يجوز تصرفه مع الضرر في ماله يجوز تصرفه في مال المولى عليه، ثم قال: الا ان ينعقد اجماع على خلافه أو يتمسك بالآية الشريفة.

فالحق في الجواب عن هذا الوجه منع الاطلاق كما تقدم.

هلصحمو: ان جملة انت و مالك لأبيك ليست في مقام جعل الحكم و الولاية و انما هي في مقام بيان حكمة التشريع.

و أما ما رتب عليه فجواز الانتفاع بماله اجنبي عن المقام و مقيد بصورة الحاجة و بغير سرف، و بما إذا لم ينفق عليه باحسن نفقة.

و جواز الاقتراض. مضافا الى كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه.

و جواز بيعه من نفسه مقيد بقيمة عادلة، و جواز نكاح الأب و الجد للبت مثلا قد عرفت ما فيه. مضافا الى انه قيد في بعض النصوص

بعدم كونه مضارا فلا اطلاق للنصوص من هذه الجهة، فالمرجع اصالة عدم الولاية، و هي تقتضى اعتبار عدم المفسدة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٣

هذا و لكن الاقوى كفاية عدم المفسدة (١) وفاقا لغير واحد من الاساطين الذين عاصرناهم لمنع دلالة الروايات على اكثر من النهى عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة فى سلطنة الوالد على الولد و ماله. و أما الآية الشريفة، فلو سلم دلالتها فهى مخصصة بما دل على ولاية الجد و سلطنته الظاهرة فى ان له ان يتصرف فى مال طفله بما ليس فيه مفسدة له، فإن ما دل على ولاية الجد فى النكاح معللا بأن البنت و اباهما للجد و اباهما

و أما المورد الثانى: فالمشهور بين الأصحاب اعتبار وجود المصلحة.

(١) و اختار المصنف وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصرهم عدم اعتباره و تبعهم جمع من المحققين.

و قد استدل لاعتباره بوجوه:

احدها: الآية الشريفة: و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى احسن «١» بدعوى ان الأحسن ما فيه المصلحة، و هى تشمل الجد، و يتم فى الأب بعدم القول بالفصل.

وفيه: اولاً: ان صدق اليتيم على الطفل الذى لا أب له و له جد غير مسلم.

و ثانياً: ان المراد باحسن الحسن دون التفضيل - كما سيأتى - و الفعل الذى لا مفسدة فيه حسن.

و رابعاً: ان عدم الفصل غير محرز.

ثانيها: الأصل، فانه بعد ما ليس فى ادلة الولاية ماله اطلاق لا بد من الاقتصار فيها على المتيقن و هو الولاية على التصرف الذى فيه المصلحة، و الرجوع فى غير ذلك الى اصالة عدم ثبوت الولاية أو عدم نفوذ التصرف.

و فيه ان هذا الوجه حسن ان لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على التصرف الذى لا مفسدة فيه.

و الظاهر وجوده، و حيث انه لم يردع عنه الشارع أو لم يثبت الردع و مقتضى الاستصحاب عدمه، فيبنى على عدم اعتباره، و لا مورد للأصل حينئذ.

(١) الانعام: ١٥٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٤

و قوله صلى الله عليه و آله: انت و مالك لا بيك، خصوصاً مع استشهاد الامام عليه السلام به فى مضى نكاح الجد بدون اذن الاب، ردا على من انكر ذلك و حكم ببطال ذلك من العامة فى مجلس بعض الامراء و غير ذلك، يدل على ذلك، مع انه لو سلمنا عدم التخصيص و جب الاقتصار عليه فى حكم الجد دون الأب، و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعة.

فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما فى الاقتراض مع عدم اليسر، ثم لا خلاف ظاهراً كما ادعى فى ان الجد و ان علا يشارك الاب فى الحكم (١) و يدل عليه ما دل على ان الشخص و ماله الذى منه مال ابنه لأبيه (٢) و ما دل على ان الولد و والده لجده.

ثالثها: الإجماع.

و فيه: انه ليس اجماعاً تعدياً فلا يعتمد عليه.

و قد استدل لعدم الاعتبار بالمطلقات - و قد عرفت ما فيها.

و بما ورد «١» في نكاح الجد الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة، وجه ظهوره فيه التعليل بان البنت و ابها للجد- و قد تقدم ما فيه ايضا- فالصحيح ما ذكرناه.

مشاركة الجد للأب

- (١) الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهرا كما ادعى في ان الجد و ان علا يشارك الاب.
و قد استدل له بوجهين:
- (٢) الاول: ما في المكاسب و هو ما دل على ان الشخص و ماله الذي منه مال ابنه لاييه.
و فيه: ما تقدم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية.
- الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان رواية النكاح شاملة للجد العالی.
و فيه: ان روايات النكاح كلها مختصة بالأب الا ما ورد في مزاحمة الأب للجد،
و اكثر تلك النصوص صريحة أو ظاهرة في الجد الأدنى. نعم بعضها «٢» بعنوان الأب و الجد،
و هو ايضا يمكن دعوى انصرافه الى الأدنى أو عدم الاطلاق للأعلى بملاحظة

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٥

و لو فقد الاب و بقى الجد فهل ابوه و جده يقوم مقامه في المشاركة أو يخص هو بالولاية (١) قولان من ظاهر ان الولد و والده لجده،
و هو المحكى عن ظاهر جماعة. و من ان مقتضى قوله تعالى: (٢) و اولو الارحام بعضهم اولى ببعض كون القريب اولى بقريبه من
البعيد، فنفي ولاية البعيد، و خرج منه الجد مع الاب، و بقى الباقي و ليس المراد من لفظ الاولى التفصيل مع الاشتراك في المبدأ، بل
هو نظير قولك هو احق بالأمر من فلان و نحوه، و هذا محكى عن جامع المقاصد و المسالك و الكفاية، و للمسألة مواضع اخر تأتي
انشاء الله.

الاجاب الاولى، و حيث ان بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الأدنى لا تخلو عن تأمل.

الجهة الرابعة: و لو فقد الأب و بقى الجد، ففيه موردان للبحث:

الأول: ان ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الأب ام لا-؟ المنسوب الى المشهور بين القدماء هو الأول، و إلى المشهور بين
المتأخرين هو الثاني.

و استدل للأول: بخبر الفضل بن عبد الملك عن مولانا الصادق عليه السلام:

ان الجد إذا زوج ابنة ابنه و كان ابوها حيا و كان الجد مرضيا جاز. «١» حيث ان مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة ابيها.

و فيه: انه من قبيل مفهوم الوصف، و لا نقول به، و لعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الأب.

و ما في الجواهر من كونها من مفهوم الشرط، ضعيف، إذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لا يخفى.

(١) الثاني: انه مع فقد الاب هل الولاية مختصة بالجد الأدنى ام تكون ثابتة لاييه ايضا؟ قولان.

(٢) استدل للأول في المكاسب: بآية) اولو الارحام بعضهم اولى ببعض «٢»

بتقريب: انها تدل على ان القريب اولى بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد و خرج منها الجد مع الأب و بقى الباقي.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ٤.

(٢) الأنفال آية ٧٥.

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٦

[من جملة أولياء التصرف الحاكم]

إشارة

مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله:

الحاكم (١) و المراد منه، الفقيه الجامع لشرائط الفتوى. و قد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه امتثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة فنقول: مستعينا بالله

للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثة:

احدها: الافناء فيما يحتاج إليها العامى فى عمله،

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات الاستنباطية، من حيث ترتب حكم فرعى عليها، و لا- إشكال و لا- خلاف فى ثبوت هذا المنصب للفقيه، الا ممن لا يرى جواز التقليد للعامى. و تفصيل الكلام فى هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد و التقليد.

الثانى: الحكومة

فله الحكم بما يراه حقا فى المرافعات و غيرها فى الجملة، و هذا المنصب ايضا ثابت له بلا خلاف فتوى و نصا. و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم، و المحكوم به، و المحكوم عليه، موكول الى كتاب القضاء.

الثالث: ولاية التصرف فى الاموال و الأنفس،

إشارة

و هو المقصود بالتفصيل هنا فنقول الولاية تتصور على وجهين:

و فيه: اولاً: ان هذه الآية مختصة باب الإرث. و ثانياً: انها تدل على اولوية بعض الأرحام من بعض و لا تدل على تعيين البعض الاولى، و لعله البعض البعيد، بل احتمال كونه اولى ارجح من جهة التعليقات فى النصوص. و استدلل للثانى: باطلاق الأدلة، و بالاستصحاب. و يرد على الأول: ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى. و على الثانى: ما تكرر منا من عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكلية.

ولاية النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام

(١) مسألة: من جملة اولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٧

الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا باذنه أو غير منوط به، و مرجع هذا الى كون نظره سببا في جواز تصرفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، و كون تصرف الغير منوطا باذنه و ان لم يكن هو مستقلا بالتصرف، و مرجع هذا الى كون نظره شرطا في جواز تصرف غيره، و بين موارد الوجهين عموم من وجه، ثم اذنه المعتبر في تصرف الغير، اما ان يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم، و أما ان يكون على وجه التفويض و التولية، كمتولى الاوقاف من قبل الحاكم، و أما ان يكون على وجه الرضا، كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له. (١)

إذا عرفت هذا فنقول مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء من الأمور المذكورة، خرجنا عن هذا الاصل في خصوص النبي و الأئمة صلوات الله عليهم اجمعين بالأدلة الأربعة: قال الله تعالى: النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ. وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ* فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم* و أطيعوا الله و أطيعوا الرسول و أولى الأمر منكم* و إنما وليكم الله و رسوله الآية الى غير ذلك.

و قال النبي صلى الله عليه وآله كما في رواية ايوب بن عطية: انا اولي بكل مؤمن من نفسه،

و قال في يوم غدیر خم: الست اولي بكم من انفسكم قالوا: بلى قال: من كنت مولاه فهذا علي مولاه.

هذه المسألة انما سيقت لبيان مقدار ولاية الفقيه الجامع للشرائط، و انما يذكر قبله مقدار ولاية النبي صلى الله عليه وآله و الإمام عليه السلام، من جهة ان بعضهم ذهب الى ان مقتضى عموم ادلة نيابة الفقيه ثبوت الولاية له بالمقدار الثابت للمعصوم عليه السلام، فلا بد أولا من تعيين مقدار تلك الولاية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٨

...

ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام

للولاية معان:

١- الولاية التكوينية.

٢- وجوب الإطاعة و قبول قول الولي في الأحكام الشرعية.

٣- الحكومة و الرئاسة الدنيوية بادارة شئون الأمة.

٤- الولاية الشرعية، اي ولاية التصرف في الأموال و الأنفس.

٥- وجوب الإطاعة في الأوامر الشخصية العرفية.

و الظاهر ثبوت الولاية بجميع معانيها للنبي و الأئمة صلوات الله عليهم اجمعين.

فتنقيح القول بالبحث في موارد:

الأول: في الولاية التكوينية- اي ولاء التصرف التكويني- و المراد بها: كون زمام امر العالم بأيديهم، و لهم السلطنة التامة على جميع

الأمر بالتصرف فيها كيف ما شاءوا اعداما و ايجادا، و كون عالم الطبيعة منقادا لهم لا بنحو الاستقلال بل فى طول قدرة الله تعالى و سلطنته و اختياره.

بمعنى ان الله تعالى اقدرهم و ملكهم كما اقدرنا على الأفعال الاختيارية، و كل زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت قدرتهم و سلطنتهم.

و من هذا الباب معجزات الأنبياء و الأولياء، و قد دل الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لأشخاص.

قال الله تعالى: و قال الذى عنده علم من الكتاب انا آتيك به قبل ان يرتد اليك طرفك «١».

و قال عز من قائل: فسخرنا له الريح تجرى بامرہ رخاء حيث اصاب و الشياطين كل بناء و غواص و آخرين مقرنين فى الأصفاذ «٢»

(١) النمل، ٤٠.

(٢) ص، ٣٨.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٦٩

...

و قال سبحانه: (أَنى أَخْلَقْتُ لَكُمْ مِنَ الطَّيْنِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ فَأَنْفُخُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْرًا يَأْذِنُ لِلَّهِ وَ أُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَ الْأَبْرَصَ وَ أَخِي الْمَوْتَى يَأْذِنُ لِلَّهِ وَ أُتْبِعُكُمْ بِمَا تَأْكُلُونَ وَ مَا تَدَّخِرُونَ فى بُيُوتِكُمْ) «١».

الى غير ذلك من الآيات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لأشخاص.

و إذا ثبت ذلك لهؤلاء فثبوتهم للرسول الأعظم و خليفته الذى عنده علم الكتاب بنص «٢» القرآن لا يحتاج الى بيان.

و عليه فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات و الكرامات الصادرة عن المعصومين عليهم السلام.

كالتصرف الولائى فى النقش و صيرورته اسدا مفترسا و ما شاكل - انما نلتزم بها و نعتقد من غير الترام بالتأويل.

كيف و نرى انهم عليهم السلام بعد موتهم تصدر عنهم كرامات من ابراء المريض الذى عجز الأطباء عن ابرائه، و حل معضلات الأمور و ما شاكل، و ليس ذلك الا لما ذكرناه.

و يمكن ان تكون الآية الكريمة: (النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم «٣») ناطرة الى ثبوت هذا المعنى من الولاية ايضا للنبى صلى الله عليه و آله.

و بالجملة: ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبى صلى الله عليه و آله و الأئمة المعصومين عليهم السلام الذين يثبت لهم جميع ما يثبت للنبى صلى الله عليه و آله و آله للروايات الكثيرة المتواترة - مما لا ينبغى التوقف فيه.

و أما شبهة استلزام ذلك للشرك.

فهى تندفع باننا لا ندعى ثبوت ذلك لهم بالاستقلال، بل ان الله تبارك و تعالى ملكهم و اقدرهم كما ملكنا و اقدرنا على الأفعال

(١) آل عمران، ٤٩.

(٢) الرعد، ٤٣.

(٣) الاعراف، ١٨٧.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧٠

...

الاختيارية.

و به يظهر انه لا- ينافيه قوله تعالى: (قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلَا ضَرًّا) «١» فان المراد عدم الملكية بالاستقلال. و لتفصيل الكلام فى المقام محل آخر.

الثانى: فى وجوب اطاعتهم و قبول قولهم فى الأحكام الشرعية و الوظائف المبعولة الإلهية، و ان قولهم و كذا فعلهم حجة. لا شبهة فى ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم، قال الله تعالى: (مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا) «٢». و قال سبحانه: (لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَ الْيَوْمَ الْآخِرَ وَ ذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا) «٣». و قال عز و جل: (قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ) «٤» الى غير ذلك من الآيات الدالة على ان قول رسول الله صلى الله عليه و آله و كذا عمله حجة.

و قد دل الحديث الشريف الذى هو متواتر بين الفريقين و لا شك فى صدوره عنه صلى الله عليه و آله: انى تارك فيكم الثقلين: كتاب الله و عترتى اهل بيتى، و انهما لن يفترقا حتى يردا على الحوض، فلا تقدموهما فتهلكوا، و لا تقصروا عنهما فتهلكوا، و لا تعلموهم فانهم اعلم منكم. على ثبوت هذا المقام للأئمة المعصومين عليهم السلام، اضم الى ذلك ما دل على ثبوت ما للنبي صلى الله عليه و آله من المناصب للأئمة الهداة عليهم السلام.

ثبوت منصب الحكومة و الرئاسة للحجة عليه السلام

الثالث: فى ثبوت منصب الحكومة و الرئاسة النبوية بادارة شؤون الامة للنبي صلى الله عليه و آله و الأئمة صلوات الله عليهم.

(١) الاعراف، ١٨١.

(٢) الحشر، ٧.

(٣) الاحزاب، ٢١.

(٤) آل عمران، ٣١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧١

...

لا- ينبغى الشك و الكلام فى ثبوت هذا المنصب لهم، و انه فوض إليهم من قبل الله تعالى، فهو منصب الهى لا- من قبل الناس، و الشاهد لثبوته لهم امور:

احدها: الآيات الكريمة.

قال الله تعالى: (إِنَّمَا وَدَّعْنَاكُمْ إِلَهًا وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَ يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَ هُمْ رَاكِعُونَ) «١» فان الآية الكريمة تدل على ثبوت منصب الزعامة و الرئاسة بعد رسول الله صلى الله عليه و آله لطائفة خاصة من المؤمنين، فإذا انضم الى ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الآية فى شان أمير المؤمنين عليه السلام، و ما دل على ثبوت منصب كل امام لأمام بعده- كخبر المعلى الآتى- يثبت هذا المنصب للأئمة الهداة عليهم السلام.

و قال سبحانه: (أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ) «٢» فان الآية الشريفة تدل على لزوم العمل بكل حكم و امر صادر من

الله تعالى ورسوله واولى الأمر،
و مقتضى اطلاقها ذلك حتى في ما يرجع الى شئون الامة و ادارة المملكة الاسلامية،
و ليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى الا ذلك.
بل في بعض النصوص صرح الامام عليه السلام بان الإطاعة المأمور بها في الآية اريد بها الإطاعة في الأوامر الصادرة عن المعصومين
عليهم السلام فيما يرجع الى ادارة شئون الأمة لاحظ.
خبر عيسى بن السرى قلت لأبي عبد الله عليه السلام حدثني عما بنيت عليه دعائم الإسلام إذا انا اخذت بها زكى عملي و لم يضرني
جهل ما جهلت بعده، فقال عليه السلام: شهادة ان لا إله الا الله و ان محمدا رسول الله صلى الله عليه و آله، و الإقرار بما جاء به من عند الله
و حق في الأموال من الزكاة،
و الولاية التي امر الله بها ولاية آل محمد- الى ان قال- قال الله عز و جل: (أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ) فكان على
ثم صار من بعده حسن ثم من بعده حسين ثم من بعده علي بن الحسين ثم من بعده محمد بن علي، ثم هكذا يكون الأمر، ان الأرض
لا تصلح الا بامام «٣»

(١) المائة، ٥٥.

(٢) النساء، ٥٩.

(٣) اصول الكافي، ج ٢، ص ٢١، حديث ٩، باب دعائم الاسلام.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٢

...

و صحيح بريد العجلي عن ابي جعفر عليه السلام في قول الله عز و جل: (فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَ الْحِكْمَةَ وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا) (جعل منهم الرسل و الأنبياء و الأئمة،
فكيف يقرون في آل ابراهيم و ينكرونه في آل محمد صلى الله عليه و آله، قال: قلت: (وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا) (قال: الملك العظيم ان
جعل فيهم ائمة من اطاعهم اطاع الله و من عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم «١».)
الملك بالضم هو المملكة، فجعل الأئمة من جهة الأمر باطاعتهم و جعلها قرين اطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم عبارة اخرى عن
الحكومة المطلقة كما هو واضح.
و أما اولوا الأمر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدم ان المراد بهم الأئمة الاثنى عشر عليهم السلام.
ثانيها: الروايات منها الاخبار الدالة على ان الأئمة عليهم السلام ولاة امر الله و اولو الأمر، لاحظ خبر عبد الرحمن: سمعت ابا عبد الله
عليه السلام يقول: نحن ولاة امر الله «٢»
و خبر الحسين بن ابي العلاء الآتي «٣» و غيرهما.
و الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه في الامور العامة.
و منها: ما عن «٤» سيد الشهداء صلوات الله عليه: فلعمري ما الإمام الا الحاكم بالكتاب القائم بالقسط الدائن بدين الحق الحابس نفسه
على ذات الله.

و منها: خبر «٥» المعلى بن خنيس عن الإمام الصادق عليه السلام في قول الله- عز و جل

- (١) اصول الكافي ج ١- ص ٢٠٦ حديث ٥.
 (٢) اصول الكافي، ج ١، ص ١٩٢.
 (٣) اصول الكافي، ج ١، ص ١٨٧.
 (٤) ارشاد المفيد طبع النجف، ص ٢٠٤.
 (٥) الوسائل- باب ١- من ابواب صفات القاضى حديث ٦.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٣
 ...

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ﴾ (الخ: عدل الإمام ان يدفع ما عنده الى الإمام الذى بعده، و امرت الأئمة ان يحكموا بالعدل و امر الناس ان يتبعوهم. و خبر «١» سليمان بن خالد عنه عليه السلام: اتقوا الحكومة، فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين كنبى أو وصى نبى. و قريب منهما غيرهما.

و منها: النصوص المتقدمة فى ذيل الآية الثانية.

و منها: بعض الأخبار الواردة فى صفات الأئمة:

كخبر «٢» عبد العزيز بن مسلم عن الإمام الرضا عليه السلام- فى حديث طويل :-

ان الإمامة زمام الدين و نظام المسلمين و صلاح الدنيا و عز المؤمنين، ان الإمامة اس الإسلام النامى و فرعه السامى، بالإمام تمام الصلاة و الزكاة و الصيام و الحج و الجهاد و توفير الفىء و الصدقات و امضاء الحدود و الأحكام و منع الثغور و الأطراف، و نحوه غيره.

و ظهور ذلك فى ان الحكومة للإمام عليه السلام واضح، بل هو كالصريح فى ذلك.

و نظير ذلك ما عن العلل بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى علة حاجة الناس الى الامام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل:

و منها انا لا نجد فرقة من الفرق و ملء من الملل بقوا و عاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بد لهم فى امر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمه الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا- بد لهم منه و لا قوام لهم الا به الى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة على ذلك بالسنة مختلفة.

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى حديث ٣.

(٢) اصول الكافي، ج ١، ص ٢٠٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٤
 ...

ثالثها: الارتكاز الثابت ببناء العقلاء، حيث جرى بناؤهم فى كل امر راجع الى المعاد و المعاش على رجوع الجاهل الى العالم من جهة كونه اهل الخبرة و الاطلاع، و لم يردع الشارع الأقدس عن ذلك، و حيث ان الامام عليه السلام اعلم الناس و افضلهم و ابصر بالأمور- سواء أ كان الأمر مربوطا بالمعاش أو المعاد- فيتعين جعله المرجع و الحاكم، و متابعتة حتى فى الامور الراجعة الى ادارة شئون الامة.

رابعها: حكم العقل، إذ لم نجد فرقة من الفرق ولا ملّة من الملل بقوا وعاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه في امر الدين و الدنيا. و من الممتنع في حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه و لا قوام لهم الا به. و عليه فاما يعين الأبصر بالأمر السياسية و تنظيم البلاد أو غيره، و الثاني باطل قطعاً لاستلزامه ترجيح المرجوح، و هو قبيح و من الحكيم محال، فيتعين الأول.

و بهذا البيان يظهر قطعياً ان الله تعالى عين الامام عليه السلام لذلك. خامسها: ان جملة من الأحكام الشرعية جزائية، و قضائية، و سياسية، و اجتماعية. كالقصاص، و الحدود، و القضاء، و قبول الجزية، و الجهاد و ... و لا يمكن اجراء تلك الأحكام الا بيد الحاكم على الامّة. و قد صرح في جملة من الأخبار انها لأمام المسلمين «١».

و لذلك نرى ان النبي صلى الله عليه و آله حينما ساعدته الظروف اسس حكومة اسلامية عادلة. و كذلك الامام على بن ابي طالب عليه السلام اسس الحكومة و حارب مع من خالفه في ذلك.

(١) المستدرک باب ٥ من ابواب صلاة الجمعة و آدابها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٥

...

ولاية التصرف في الأموال و الأنفس

الرابع: في ولايتهم صلوات الله عليهم بالولاية التشريعية، بمعنى نفوذ كل تصرف منهم في اموال الناس و انفسهم. و بعبارة اخرى: في الولاية الظاهرية التي هي من المجعولات الشرعية المترتب عليها جواز التصرف. فقد استدل لثبوتها لهم بوجوه:

منها: الآية الشريفة: (النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ) «١» و ما كان مساقه مساقها.

و اورد على الاستدلال بها.

تارة: بانها مختصة بصورة التزام للانصراف و لأن الولاية لا تقبل الشدة و الضعف، فلا بد و ان يكون التفضيل مجازياً، و المراد ثبوت الولاية عند التزام النبي صلى الله عليه و آله و و انتفائها عن غيره.

و اخرى: بانه انما تكون الآية في مقام بيان عدم اختصاص رئاسته صلى الله عليه و آله بالرئاسة الروحانية، بل تعم الرئاسة الدنيوية و الحكومة، فلا تدل اولويته بكل شخص من نفسه.

و لكن يرد الأول: ان الانصراف ممنوع، و الولاية قابلة للشدة و الضعف كما هو ظاهرها.

و يرد الثاني: - مضافاً الى كونه خلاف الظاهر- انه ينافيه النبوي: انا اولي بكل مؤمن من نفسه «٢».

(١) سورة الأحزاب آية ٦.

(٢) اصول الكافي، ج ١- ص ٤٠٦، حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٦

...

فالحق ان يقال: إنها تدل على ثبوت ولاية و سلطنة على الناس اقوى و اشد من ولاية الشخص على نفسه، و من الضروري ان ولاية الشخص على نفسه انما هي فى التصرف السببى من الطرق و الأسباب الشرعية، كبيع ماله، و تزويج المرأة و تطليق زوجته. و أما التصرف بلا سبب أو بسبب غير شرعى فليس له الولاية عليه حتى تثبت تلك بنحو اشد للنبي صلى الله عليه و آله. مثلا ليس له ان يعطى الانتفاع بزوجة لغيره فلا يكون ذلك ثابتا له صلى الله عليه و آله، و كذلك الأحكام المحضة كالإرث. و بالجملة: الآية الشريفة ليست فى مقام التشريع للأحكام بل هي فى مقام بيان تشريع الولاية، و تدل على انها ثابتة له فيما للشخص على نفسه من الولاية لا فى ازيد من ذلك.

و يؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الولاية لهم ازيد مما للشخص على نفسه، بل يشهد له: ما فى ذيل حديث طويل مروى عن كتاب نزهة الكرام و بستان العوام تأليف محمد بن الحسين بن الحسن الرازى، فقال له (أى للكاظم عليه السلام): (قد بقى مسألة تخبرنى بها و لا تضجر، فقال له: سل، فقال: خبرونى انكم تقولون ان جميع المسلمين عبيدنا و جوارينا، و انكم تقولون من يكون لنا عليه حق و لا يوصله لنا فليس بمسلم، فقال له موسى عليه السلام: كذب الذين زعموا اننا نقول ذلك، و إذا كان الأمر كذلك فكيف يصح البيع و الشراء عليهم، و نحن نشترى عبيد أو جوارى و نعتقهم و نقعد معهم و نأكل معهم، و نشترى المملوك و نقول له يا بنى، و للجارية يا بنتى، و نقعدهم يأكلون معنا تقريبا الى الله سبحانه، فلو انهم عبيدنا و جوارينا ما صح البيع و الشراء. و قد قال النبي صلى الله عليه و آله لما حضرته الوفاة: الله الله فى الصلاة و ما ملكت ايمانكم، يعنى صلوا و اكرموا ممالئكمم و جوارئكم، و نحن نعتقهم، و هذا الذى سمعته غلط من قائله و دعوى باطله.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧٧

...

و لكن نحن ندعى ان ولاء جميع الخلائق لنا، يعنى ولاء الدين، و هؤلاء الجهال يظنون ولاء الملك، حملوا دعواهم على ذلك، و نحن ندعى ذلك لقول النبي صلى الله عليه و آله يوم غدیر خم: من كنت مولاه ... الخ «١» فانه يدل على ما ذكرناه. قال بعض الأكابر بعد استظهار ذلك من الأدلة:

لكن الظاهر ان سيرة النبي صلى الله عليه و آله و الأئمة صلوات الله عليهم لم تكن كذلك، بل كانوا يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض، و هو الظاهر من ملاحظه التواريخ و الأخبار، فلاحظ كلام امير المؤمنين فى نهج البلاغة فى جواب اخيه عقيل و مراجعته الى الأمير صلوات الله عليه. انتهى.

و منها: النصوص الدالة على ان الدنيا و ما فيها لهم عليهم السلام، و ان لهم التصرف فيها كيف شاءوا، لاحظ.

مكاتبة ابن الريان الى الامام العسكرى عليه السلام قال: كتبت إليه: روى لنا: ان ليس لرسول الله صلى الله عليه و آله من الدنيا الا الخمس.

فجاء الجواب: ان الدنيا و ما عليها لرسول الله صلى الله عليه و آله «٢».

و مرسل احمد بن محمد بن عبد الله: الدنيا و ما فيها لله تبارك و تعالى و لرسوله و لنا،

فمن غلب على شىء منها فليتنق الله. الحديث «٣».

و خبر ابى بصير عن مولانا الصادق عليه السلام قلت له: اما على الامام زكاة؟ فقال: احلت يا ابا محمد، اما علمت ان الدنيا و الآخرة للإمام عليه السلام يضعها حيث يشاء و يدفعها الى من يشاء «٤» و نحوها غيرها.

- (١) كتاب النجوم للسيد بن طاوس.
 (٢) اصول الكافي، ج ١- ص ٤٠٩ حديث ٦ باب ان الأرض كلها للامام.
 (٣) اصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٨ حديث ٢.
 (٤) اصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٩، حديث ٤.
 منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٨
 ...

فان الظاهر من هذه الأخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس و اموالهم من غير جعل جاعل للرسول صلى الله عليه و آله و الإمام عليه السلام بالجعل غير المنافي مع ملكية الناس، و هذه عبارة اخرى عن الاولوية بالتصرف فيها منهم. و منها: الإجماع. و الظاهر ثبوته، لكن مستند المجمعين معلوم. و منها: غير ذلك. و لظهور عدم دلالة ما ذكره اغمضنا عن التعرض له، و فيما ذكرناه كفاية.

وجوب اطاعة المعصوم عليه السلام

الخامس: في وجوب الإطاعة.

يمكن ان يستدل للزوم اطاعتهم في اوامرهم الشخصية العرفية الراجعة لمصلحتها إليهم. بوجهين:

احدهما: الآيات و النصوص المتواترة الدالة على افتراض طاعتهم، و ان معصيتهم كمعصية الله تعالى. كقوله سبحانه: اطيعوا الله و اطيعوا الرسول و اولى الأمر منكم «١». و قوله تعالى) فليحذر الذين يخالفون عن امره ان تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب اليم «٢».

(١) النساء آية ٥٩.

(٢) النور آية ٦٤.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٩

و الاخبار في افتراض طاعتهم (١) و كون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك. منها مقبولة عمر بن حنظلة و مشهورة ابي خديجة، و التوقيع الآتي حيث علل فيها حكومة الفقيه و تسلطه على الناس بأني قد جعلته كذلك و انه حجتى عليكم. و أما الاجماع فغير حفى.

و قوله عز و جل: (مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَ مَنْ تَوَلَّىٰ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا) «١».

و صحيح زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: ذروة الأمر و سنامه و مفتاحه و باب الأشياء و رضا الرحمن تبارك و تعالى الطاعة للإمامة بعد معرفته عليه السلام ثم قال ان الله تبارك و تعالى يقول من يطع الرسول فقد اطاع الله و من تولى فما ارسلناك عليهم حفيظا «٢».

و خبر الحسين بن ابى العلاء قال: ذكرت لأبى عبد الله عليه السلام قولنا فى الأوصياء ان طاعتهم مفترضة، فقال: نعم هم الذين قال الله تعالى: (أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ) وهم الذين قال الله عز وجل: (إِنَّمَا وَثَّيْتُكُمْ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا) «٣».

و خبر معمر بن خلاد قال سأل رحل فارسى ابا الحسن عليه السلام فقال طاعتك مفترضة فقال عليه السلام نعم قال مثل طاعة على بن ابى طالب عليه السلام فقال نعم «٤».

الى غير ذلك من الأخبار المتواترة.

(١) منها ما اشار إليه فى المتن و سيأتى الكلام فى تلك الاخبار.

إذ اختصاص هذه باجمعها بالأوامر الشرعية خلاف ظواهرها من جهة ان الإطاعة فيها اطاعة بالذات لأمره تعالى، و اطاعة بالعرض للوسائط، و الإطاعة التى تكون بالذات اطاعة لهم هى اطاعتهم فى الأوامر الشخصية، و معلوم ان ظاهر الآيات و الروايات ارادة الثانية.

(١) النساء آية ٨٣.

(٢) اصول الكافى، ج ١، ص ١٨٥ باب فرض طاعة الأئمة حديث ١.

(٣) اصول الكافى، ج ١، ص ١٨٥ حديث ٧.

(٤) اصول الكافى، ج ١، ص ١٨٧، حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨٠

و أما العقل القطعى فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفه انهم اولياء النعم (١) و غير المستقل حكمه بأن الابوة إذا اقتضت وجوب طاعة الاب على الابن فى الجملة (٢) كانت الامامة مقتضية لوجوب طاعة الامام على الرعية بطريق اولى، لأن الحق هنا اعظم بمراتب، فتأمل.

و المقصود من جميع ذلك دفع ما يتوهم من ان وجوب طاعة الامام مختص بالاوامر الشرعية، و انه لا دليل على وجوب طاعته فى اوامره العرفية، أو سلطنته على الاموال و الأنفس.

و بالجملة فالمستفاد من الأدلة الأربعة، بعد تتبع و التأمل، ان للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى، و ان تصرفهم نافذ على الرعية، ماض مطلقا، هذا كله فى ولايتهم بالمعنى الأول.

(١) الوجه الثانى: انهم صلوات الله عليهم مجارى الفيوضات، و اولياء النعم باجمعها من المال و الولد و الأعضاء و غيرها، فهم المنعمون بالواسطة، و قد استقل العقل بوجوب شكر المنعم، و معلوم ان صرف النعمة فى سبيل اطاعة المنعم شكر، و تركه كفران، فيحسن الأول عقلا و يقبح الثانى كذلك، و بالملازمة يستكشف الوجوب.

(٢) قوله و غير المستقل حكمه بان الابوة إذا اقتضت وجوب طاعة الاب على الابن ... بطريق اولى.

تقريب الاولوية ان الاب من جهة كونه مقدمة اعدادية لتكوين الابن واجب الاطاعة عليه - فالنبي صلى الله عليه و آله الذى هو واسطة التكوين و مجرى الفيض اولى بذلك.

و لكن يمكن ان يقال انه لم يثبت كون مناط وجوب الاطاعة و علته ذلك، و عليه فلا وجه لدعوى الاولوية.

و لعله الى هذا اشار بقوله فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨١

و أما بالمعنى الثانى: اعنى اشتراط تصرف الغير باذنهم (١) فهو وان كان مخالفا للأصل، الا انه قد ورد اخبار خاصة بوجود الرجوع إليهم و عدم جواز الاستقلال لغيرهم، بالنسبة الى المصالح المطلوبة للشارع، الغير المأخوذة على شخص معين من الرعية، كالحدود و التعزيرات و التصرف فى اموال القاصرين و الزام الناس بالخروج عن الحقوق و نحو ذلك، و يكفى فى ذلك ما دل على انهم اولوا الأمر و ولاته، فإن الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه فى الأمور العامة التى لم تحمل فى الشرع على شخص خاص، و كذا ما دل على وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثة الى رواة الحديث معللا بأنهم حجتي عليكم و انا حجة الله. فإنه دل على ان الامام هو المرجع الأصلى.

و ما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبى الحسن الرضا عليه السلام فى علل حجة الناس الى الامام عليه السلام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل: و منها انا لا نجد فرقة من الفرق، و لا ملّة من الملل، بقوا و عاشوا إلا بقيم و رئيس، لما لا بد لهم منه فى أمر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما «مما» يعلم أنه لا- بد لهم منه، و لا- قوام له إلا- به، هذا مضافا إلى ما ورد فى خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات، و انها إمام المسلمين.

(١) و هل يستقل غيرهم عليهم السلام فى التصرف، ام يكون تصرف الغير منوطا باذنهم؟ وجهان:

و تفصيل القول فى المقام: ان لا كلام و لا خلاف فى ثبوت الولاية بهذا المعنى، اى اشتراط تصرف الغير باذنهم فى جملة من الموارد الخاصة التى دل الدليل على ذلك،

كالحدود، و التعزيرات، و الحكومات، و الجهاد، و غيرها.

كما لا كلام فى ثبوتها لهم فى الأمور التى ثبت انها وظيفة الرئيس.

لما دل من النصوص على ان لهم الرئاسة كخبر الفضل «١» المذكور فى المتن و غيره،

و انهم ولاة الأمر و اولى الأمر.

كما لا ينبغى التوقف فى عدم ثبوتها لهم بالإضافة الى الوظائف الشخصية لكل فرد من افراد الرعية من العبادات و المعاملات.

(١) اصول الكافى، ج ١، ص ٢٠٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٢

و فى الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحق بها من كل أحد و غير ذلك مما يعثر عليه المتتبع، و كيف كان فلا اشكال فى عدم جواز التصرف فى كثير من الامور العامة بدون اذنهم و رضاهم، لكن لا عموم يقتضى اصالة توقف كل تصرف على الاذن. نعم الامور التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم اولى الأمر و ولاته، و المرجع الاصلى فى الحوادث الواقعة و المرجع فى غير ذلك من موارد الشك الى اطلاقات ادلة تلك التصرفات ان وجدت على الجواز أو المنع، و الا فالى الاصول العملية (١) لكن حيث كان الكلام فى اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه، لم يجز إجراء الأصول، لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع الى الحجة، و انما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض.

و بالجملة فلا يهمنى التعرض لذلك انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين:

(١) انما الكلام فيما إذا جهل الامر و لم يحرز ان التصرف من اى الاقسام، فان احتمل كونه من وظيفة الامام خاصة فتارة: لا يحرز

كون الفعل مطلوباً للشارع على كل تقدير، و أخرى: يحرز ذلك.

فعلى الأول: تجرى اصالة البراءة عنه بالإضافة الى الرعية.

و على الثانى: حيث ان توجه التكليف الى المكلفين بنحو الواجب الكفائى بالتفصيل الذى سيمر عليك معلوم، فلا مورد للأصل.

و ان احرز ان التكليف ليس مختصاً بالمعصوم عليه السلام و انه متوجه الى المكلفين بنحو الواجب الكفائى أو العينى و لكن احتمال دخل اذنه عليه السلام فيه كان المرجح اطلاق دليل المنع،

أو دليل الجواز لو كان و الافع التمكن من الرجوع إليه عليه السلام لا بد من ذلك، و لا مجال للرجوع الى الأصل لأنه لا يرجع إليه مع التمكن من الفحص.

و ان لم يتمكن من ذلك فان احتمال كون اذنه من قبيل شرط الوجوب تجرى اصالة البراءة مع عدم تحقق الاذن، و ان احتمال كونه من قبيل شرط الواجب دخل فى مسألة الأقل و الأكثر الارتباطيين.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨٣

فقول: اما الولاية على الوجه الأول اعنى (١) استقلاله فى التصرف، فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيل من اخبار واردة فى شأن العلماء، مثل: ان العلماء ورثة الانبياء، و ان الانبياء لم يورثوا ديناراً و لا درهما، و لكن اورثوا احاديث من احاديثهم فمن اخذ بشيء منه اخذ بحظ وافر، و ان العلماء امناء الرسل، و قوله عليه السلام:

مجارى الامور بيد العلماء بالله، الامناء على حاله و حرامه، و قوله صلى الله عليه و آله علماء امتى كأنبياء بنى اسرائيل، و فى المرسله المروية فى الفقه الرضوى ان منزلة الفقيه فى هذا الوقت كمنزلة الأنبياء فى بنى اسرائيل، و قوله عليه السلام فى نهج البلاغة اولى الناس بالانبياء اعلمهم بما جاءوا به: ان اولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه الآية.

و قوله صلى الله عليه و آله ثلاثاً: اللهم ارحم خلفائى قيل: و من خلفائك يا رسول الله؟ قال:

الذين يأتون بعدى و يروون حديثى و سنتى، و قوله عليه السلام: فى مقبوله ابن حنظلة قد جعلته عليكم حاكماً، و فى مشهورة ابن خديجة جعلته عليكم قاضياً، و قوله عجل الله فرجه: هم حجتى عليكم و انا حجة الله الى غير ذلك مما يظفر به المتتبع.

لكن الانصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضى الجزم بأنها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الاحكام الشرعية لا كونهم كالنبي و الأئمة صلوات الله عليهم فى كونهم اولى الناس فى اموالهم،

ولاية الحاكم الشرعى

(١) قوله اما الولاية على الوجه الاول اعنى استقلاله فى التصرف.

إذا عرفت ما ذكرناه فلا بد من التعرض لمقدار ولاية الفقيه.

و ملخص القول فى المقام: انه لا شبهة و لا ريب فى ان منصب القضاة - من فصل الخصومة و الامور التى يرجع فيها فى العرف الى القاضى كأخذ الحق من المماطل،

و حبسه، و بيع ماله، و التصرف فى مال القصر، و نصب القيم و ما شاكل - ثابت للفقيه الجامع للشرائط، و تشهد به مشهورة ابى خديجة المروية فى الكافى و التهذيب و الفقيه و غيرها باسانيد مختلفة و متون متفاوتة فى غير الجملة التى هى مورد للاستشهاد قال:

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨٤

...

بعثنى أبو عبد الله عليه السلام الى اصحابنا فقال: قل لهم: اياكم إذا وقعت بينكم خصومة- الى ان قال- اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا، فاني قد جعلته عليكم قاضيا. الحديث «١».

و ظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاء المنصوبين من قبل ائمة الجور، و من المعلوم ان من كان يجعل له منصب القضاة لم تكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل كان يرجع إليه سائر ما اشرنا إليه، بل في زماننا ايضا القضاء يتصدون لما ذكر فيثبت هذا المقام للفقيه.

و به يظهر اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة، و لا يستفاد منها ازيد من ذلك.

مع انه لو كان الخبر مسوقا لبيان ذلك لكان قوله: اجعلوا بينكم ... الخ كافيا و لم يكن حاجة الى ضم هذه الجملة. فالظاهر ان هذه الجملة من قبيل الكبرى الكلية التي من مصاديقها المورد.

و اورد عليها بضعف السند لوجهين:

احدهما: ان في طريقها المعلى بن محمد.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني، و هو: ان لأبي خديجة حالة اعوجاج عن طريق الحق، و هي زمان متابعتة للخطابية، و حالتها استقامة، و ما قبل الاعوجاج و بعده، و لم يعلم انه رواها في اي الحالات.

و لكن يمكن دفع الأول: بان الخبر مروى بطرق مختلفة، منها ما في الفقيه عن احمد بن عائد عن ابي خديجة، و طريقه إليه هو: ابوه عن سعد بن عبد الله عن احمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن علي الوشاء، و هؤلاء كلهم ثقات، كما ان احد طريقى الشيخ في التهذيب إليه قوى.

مع ان المعلى بن مشايخ الإجازة على ما افاده المحقق المجلسي قدس سره، و هو يكفى في قبول رواياته.

و يدفع الثاني: ما حقق في محله من ان سالم بن مكرم ابا خديجة ثقة.

(١) التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣، حديث ٥٣ و ج ٦ ص ٢١٩، حديث ٨- و الكافي ج ٢، ص ٣٥٨، و الفقيه ج ٣- ص ٢

و الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضي حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٥

...

و لا كلام ايضا في ثبوت منصب الفتوى له، و ان للعوام ان يقلدوه و تدل عليه الآيات و الروايات و بناء العقلاء على رجوع الجاهل الى العالم، على ما فصلنا القول في ذلك في كتاب الاجتهاد و التقليد.

تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد

انما الكلام في انه هل يكون المجتهد هو الحاكم المطلق و منفذ الحكم و وظيفته

تشكيل الحكومة اما بنفسه أو بنصب شخص من قبله، ام لا؟ المعروف بين الأصحاب هو الأول، بل في عوائد النراقى: دعوى الإجماع عليه،

قال: حيث نص به كثير من الأصحاب بحيث يظهر منهم كونه من المسلمات.

و هو الحق الذى لا- ريب فيه، لأن من جملة احكام الإسلام، بل و المهم منها احكاما جزائية، و قضائية، و سياسية، و اجتماعية كالقصاص، و الديات، و الحدود، و الجهاد،

و الصلح، و القضاء، و قبول الجزية و ... و لا يمكن اجراء تلك الأحكام الا بيد الحاكم على الأمة.

و بعبارة اخرى: ان الأحكام التى اتى بها نبي الإسلام صلى الله عليه و آله انما هى قوانين كلية، و بديهي ان القانون ان لم يكن له مجر لا يفيد و يكون لغوا، فيعلم من ذلك ان النبي صلى الله عليه و آله الذى جاء بتلك القوانين و حينما ساعدته الظروف شكل الحكومة بنفسه، و كذلك وصية أمير المؤمنين عليه السلام عين شخصا لإجراء تلك الأحكام.

و ليس فى هذا الزمان غير المجتهد الذى قال صلى الله عليه و آله فى حقه: انه خليفتى و وارثى.

و قال الامام عليه السلام: هو الحجّة عليكم الى غير ذلك من التعابير التى ستمر عليك.

مع انه لا يكون ثمة احد اعرف بمباني الإسلام منه، فهو المتعين لأن يكون قائما بالحكومة و على رأسها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٦

...

و ان شئت قلت: انه لا ريب فى ان وظيفة المجتهد فى هذا العصر اجراء احكام الإسلام، و حفظ امن البلاد الاسلامية، و التحرز من مكاييد الاستعمار، و حفظ استقلال البلاد الاسلامية، و الدفاع عن حريم الإسلام و القرآن، و قطع يد من تسول له نفسه العبث فى بلاد المسلمين، و حفظ المسلمين من يد الأجانب و من عبثهم فى عقول المسلمين، و عقد الذمة و العهود، و اجراء الحدود، و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر. و هل يمكن شىء من ذلك الا من قبل الدولة و الحكومة القوية العادلة.

قال الله تعالى: واعدوا لهم ما استطعتم من قوة «١» هل يمكن ذلك الا من قبل الحاكم.

و قد تقدم خبر الفضل عن الإمام الرضا عليه السلام المتضمن: انا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملء من الملل بقوا و عاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه فى امر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمه الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه و لا قوام لهم الا به. فان هذا البرهان العقلى جار فى زمان الغيبة ايضا.

و تشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الأخبار:

منها: مقبولة «٢» عمر بن حنظلة عن ابي عبد الله عليه السلام: ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكما، فانى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله.

حيث انه يستفاد منها جعل المجتهد حاكما كسائر الحكام المنصوبين فى زمان النبي صلى الله عليه و آله و الصحابة، و من المعلوم ان الحاكم المنصوب فى تلك الأزمنة كان يرجع إليه فى جميع الأمور العامة التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم، فالمجتهد قد جعل حاكما مطلقا

(١) الأنفال، ٦٣.

(٢) الكافي ج ١- ص ٦٧ حديث ١٠- التهذيب ج ٦، ص ٣٠١، حديث ٥٢- الفقيه ج ٣، ص ٥- الاحتجاج، ص ١٩٤- الفروع ج ٧، ص ٤١٢- الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضى حديث (١).

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٧

...

بهذا المعنى. وعبارة اخرى الحاكم هو المنفذ الحكم.

و اورد عليها.

تارة بضعف السند لأنه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق.

و اخرى: بان الظاهر من الحاكم هو القاضى لأن مورد السؤال و التحاكم هو الترافع الى القاضى، و قوله: فإذا حكم بحكمنا اى قضى، فهى تدل على جعل منصب القضاة له.

و لكن يرد الأول: ان الأظهر وثاقه الرجل لتوثيق الشهيد الثانى اياه، قال: انا حققنا توثيقه من محل آخر، و لورود روايتين داليتين «١» عليها، و لغير ذلك من الشواهد، مع ان الأصحاب تلقوها بالقبول و لذلك سميت بالمقبولة.

و يرد الثانى: ان المسلم عند الأصحاب: ان خصوص المورد لا يخصص عموم الوارد.

مع انه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفى قوله: ينظر ان من كان ... الخ و لم يكن حاجة الى هذه الجملة، سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذى يكون صالحا لكون الجملة بيانا لكبرى كليه من مصاديقها المورد.

و منها: ما رواه الصدوق باربعة طرق عن الامام على عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: اللهم ارحم خلفائى - ثلاثا - قيل: يا رسول الله و من خلفائك؟ قال: الذين يأتون بعدى يروون حديثى و سنتى - و زاد فى بعض الروايات: فيعلمونها الناس من بعدى - «٢».

و حيث انه عند دوران الأمر بين الزيادة و التقيصة الأصل البناء على وجود ما نقص.

(١) رواهما العلامة المامقانى فى رجاله احدهما عن التهذيب - و الاخرى عن الكافى.

(٢) عيون الأخبار ج ٢، ص ٣٧، حديث ٩٤ - معانى الأخبار، ص ٣٧٤. الفقيه ج ٤، ص ٣٠٣، حديث ٥٣ - الوسائل - باب ٨ - من ابواب صفات القاضى حديث ٥٣ - و باب ١١ - منها حديث (٧).

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨٨

...

فالظاهر ان متن الحديث مع هذه الزيادة، و ظهوره حينئذ فى ارادة الفقهاء من الرواة فى غاية الوضوح.

و بعبارة اخرى: المراد من راوى الحديث و السنه هو من يعلم الناس احكام الإسلام لا مجرد لقلقه اللسان، و هذا يلازم مع الفقاهة.

فيدل الخبر على ان الفقيه خليفة رسول الله صلى الله عليه و آله، و الخليفة بقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه فى كل ما هو له.

و ان شئت قلت: ان كون الرئاسة و الحكومة حق خليفة رسول الله صلى الله عليه و آله و منصبه المفوض إليه كان من الأمور الواضحة المسلمة عند الجميع.

و لذلك كان كل من ملوك بنى امية و سلاطين بنى العباس، بل و من قبلهم من رؤساء الحكومة الاسلامية، مدعيا لخلافه رسول الله صلى الله عليه و آله لتصدى ذلك المقام. و على ذلك فتعيين رسول الله صلى الله عليه و آله العلماء خلفائه يكون دالا بالملازمة البيئية على جعلهم حكاما نافذى الحكم و رؤساء للحكومة الاسلامية.

و مما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة فى جعله نافذ الحكم و رئيسا:

الآية الكريمة:

(يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ «١») فان كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه فى الآية،

و انما امر فيها بالحكم و عدم اتباع الهوى.

و منها: التوقيع الشريف المروى فى كتاب اكمال الدين و اتمام النعمة للصدوق،
و كتاب الغيبة للشيخ، و الاحتجاج للطبرسى فى جواب مسائل اسحاق بن يعقوب: و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا،
فانهم حجتي عليكم و انا حجة الله (٢).

(١) سورة ص آية ٢٦.

(٢) اكمال الدين و اتمام النعمة طبع الكمباني، ص ٢٦٦، ح ٤ باب التوقيع - كتاب الغيبة، ص ١٩٨ - الاحتجاج طبع النجف،
ص ١٦٣ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضى حديث ٩.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٩

...

بتقريب: ان المراد بالحوادث - من جهة كونها جمعا محلي باللام - كل حادثه يرجع فيها الرعية الى رئيسهم، من غير فرق بين كونها من
السياسيات أو الشرعيات، و من غير فرق بين ان تكون مرتبطة بشخص خاص أو بالمجتمع، فتشمل ما كان من قبيل اخراج الأجانب
النفط و سائر المعادن، و عقد الذمة مع الدول الاخر، و ما لو توجه الخطر من جانب الأجانب الى الدولة الاسلامية، و ما شاكل، فيدل
على ان راوى الحديث، المجموع حجة على الأمة، و هو الفقيه الجامع للشرائط، مرجع فى جميع تلك، و ليس معنى الحكومة و كون
الشخص حاكما و نافذ الحكم الا ذلك.

و احتمال ارادة حوادث خاصة - نظرا الى ان اللام للعهد، و اشارة الى الحوادث المسئول عنها التى ليست بايدينا -
يندفع بان توصيف الحوادث بالواقعة يدفع ذلك.

و قد يقال: انه تضمن الرجوع فى الحوادث الى الفقيه، و لا يدل على و كول نفس الحادثه إليه لياشره بنفسه أو بمن ينصبه كما ادعاه
الشيخ قدس سره، و الظاهر من ذلك الرجوع فى حكمها إليه لا إيكالها إليه.

و لكن يندفع ذلك: بان الرجوع فى كل حادثه الى الفقيه، و كسب الوظيفة منه،

و لزوم العمل بكل ما يعينه و لو كان هو الدفاع عن المملكة الاسلامية و حفظ حدودها و ما شاكل، عبارة اخرى عن كونه حاكما
مطلقا، و يناسب هذا المعنى التعليل بانه حجة من قبل من هو حجة من قبل الله المسلط على العالم و ما فيه.

و منها: ما روى عن الامام الحسين بن على عليهما السلام: مجارى الأمور و الأحكام على ايدى العلماء بالله، و الأمانة على حاله، فانتم
المسلوبون تلك المنزلة، و ما سلبتم ذلك الا بتفرقكم عن الحق و اختلافكم فى السنة بعد البينة الواضحة، و لو صبرتم على الأذى و
تحملت المثونة فى ذات الله كانت امور الله عليكم ترد، و عنكم تصدر، و إليكم ترجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٠

...

و لكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، و استسلمتم امور الله فى ايديهم ... الخ (١).

و تقريب الاستدلال به:

ان المراد بالعلماء فى الخبر غير الأئمة بقريته سائر الجملات المتضمنة لتفرقهم عن الحق و اختلافهم فى السنة.

و ان المخاطب فيه هو العلماء الساكتون غير الأمرين بالمعروف و غير العاملين بالوظيفة، و غير ذلك من القرائن.

و يدل الحديث على ان مجارى الامور على ايديهم، و لا - معنى لمجارى الامور فى مقابل مجارى الأحكام سوى الامور المربوطة

بالحكومة الاسلامية.

و يؤكد ذلك ما فى ذيله من قوله واستسلمتم امور الله فى ايديهم فان ما استسلموه هو الحكومة و ما يرتبط بها.

و ايضا تضمن الخبر ان العلماء غضب حقهم، و من المعلوم ان المغضوب ليس غير الحكومة.

و على الجملة: من تدبر فى الخبر صدر أو ذيل يظهر له ان مراد الإمام الشهيد صلوات الله عليه: ان العلماء هم الحكام، و ان تشكيل الحكومة من وظائفهم، و قد غضب الظلمة هذه المنزلة من جهة ترك العلماء العمل بوظائفهم من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و عدم المصانعة عند الظلمة، و ما شاكل و الله العالم.

و منها: خبر على بن ابي حمزة عن ابي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام: إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة، و بقاع الأرض التى كان يعبد الله عليها، و ابواب السماء التى كان يصعد فيها باعماله، و تلم فى الإسلام ثلثة لا يسدها شىء، لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها. (٢)

(١) تحف العقول، ص ٢٣٧.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩١

...

و تقريب الاستدلال به:

انه يدل على ان حصن الإسلام و حافظه هو الفقيه، و حيث ان احكام الإسلام لا تنحصر بالعبادات، بل منها احكام اجتماعية و سياسية و قضائية و جزائية، و لا يمكن حفظ تلك الأحكام، و كون الفقيه حصنا يدافع عنها الا من قبل حكومة قوية صالحة.

و لذلك ترى ان الاستعمار الأروبي علم من اول وهلة ان استعمارهم لا يتم ما دام القرآن هو الكتاب السماوى الذى يتبعه المسلمون و يجرون احكامه و قوانينه و يتبعون ارشاداته و تعاليمه.

و بهذا صرح) كلابستون (رئيس وزراء بريطانيا فى ذلك الوقت، و من ذلك الوقت اتجه وجهة اخرى، فاخذ يسعى بشتى الطرق و الوسائل لتضعيف الإسلام.

و كان من جملة مصائده و حباله نعمة التفكيك بين الدين و السياسة، و صارت تلك من اخطر الوسائل فى ايديهم، و سببا لما نرى الآن من حال الإسلام و المسلمين و البلاد الاسلامية.

و بالجملة احكام الإسلام من الجهاد و المهادنة و عقد الذمة، و العهود و اجراء الحدود و القصاص و قبول الجزية، و ما شاكل، لا يمكن حفظها الا مع كون الحكومة بيد الفقيه أو من ينصبه الفقيه.

لذلك، فجعل الفقيه حصنا للإسلام لا يكون الا بجعله حاكما مطلقا منفذ الحكم.

و منها: خبر السكونى عن ابي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا فى الدنيا، قيل:

يا رسول الله و ما دخولهم فى الدنيا؟ قال صلى الله عليه و آله: اتباع السلطان،

فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «١».

و تقريب الاستدلال به:

ان الأمين من فوض عليه حفظ ما فوض إليه، و قد فوض الى الفقهاء الأحكام الشرعية.

(١) اصول الكافى، ج ١- ص ٤٦ باب المستاكل بعلمه حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٢

...

وقد مر في الخبر السابق ان حفظ الأحكام الشرعية لا يمكن الا من قبل حكومة اسلامية قوية، وقوله: ما لم يدخلوا... الخ يمكن ان يكون اشارة الى ان الإهمال في تشكيل الحكومة و صيرورة المتبوع تابعا و المخدم خادما خيانة يخرج بذلك عن كونه امينا. ومنها: ما رواه في الكافي، و امالي الصدوق، و في اول المعالم باسانيد عديدة متصلة عن ابي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا الى الجنة، و ان الملائكة لتضع اجنحتها لطالب العلم رضا به، و انه يستغفر لطالب العلم من في السماء - الى ان قال -.

و ان العلماء ورثة الأنبياء، ان الانبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن ورثوا العلم، فمن اخذ منه اخذ بحظ وافر «١». و تقريب الاستدلال به: انه يدل على ان العالم وارث الأنبياء في العلم، و المراد به الأحكام و الحقائق و القوانين التي جاءوا بها، فكما انهم موظفون بنشرها و اجرائها كي ينتفع بها الناس. وكذلك العالم موظف بذلك، و قد مر أن اجراء الأحكام الشرعية باجمعها لا يمكن الا بيد الحاكم المطلق. و دعوى ان المراد بالعلماء هم الأئمة. غريبة، يدفعها صدر الخبر الوارد في ثواب طلب العلم. مع انه بهذا المضمون روايات صريحة في ارادة غير الأئمة الهداه صلوات الله عليهم. مثل ما في البحار: و قال امير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمد: تفقه في الدين، فان الفقهاء ورثة الأنبياء «٢».

(١) اصول الكافي، ج ١، ص ٣٤ باب ثواب العالم و المتعلم.

(٢) ج ١- ص ٢١٦ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٣

...

و في المقام روايات اخر قريبة المضمون مع ما تقدم، تظهر كيفية الاستدلال بها مما تقدم، فلا وجه لتطويل الكلام بذكر كل واحدة منها.

العالم المختلف ابواب الحكام آفة الدين

و قد تضمنت الأخبار ذم العلماء الذين يختلفون ابواب الحكام و لا يحترزون عن مخالطتهم، لاحظ.

خير السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله و ما دخولهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه و آله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «١». و النبوي: العلماء امناء الرسل على عباد الله عز و جل ما لم يخالطوا السلطان، فإذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم و اعتزلوهم «٢».

و النبوي: شرار العلماء الذين يأتون الأمراء، و خيار الأمراء الذين يأتون العلماء «٣».

و الخبر قال عليه السلام: العلماء احباء الله ما امروا بالمعروف و نهوا عن المنكر و لم يميلوا في الدنيا و لم يختلفوا ابواب السلاطين، فإذا

رأيتهم مالوا الى الدنيا و اختلفوا ابواب السلاطين فلا- تحملوا عنهم العلم، و لا- تصلوا خلفهم، و لا- تعودوا مرضاهم، و لا- تشيعوا جنازتهم،
فانهم آفة الدين، و فساد الإسلام، يفسدون الدين كما يفسد الخل العسل «٤».

(١) اصول الكافي ج ١- ص ٤٦ باب المستاكل بعلمه.

(٢) المحجة البيضاء ج ١- ص ١٤٤.

(٣) المحجة البيضاء، ج ١، ص ١٤٤- و اخرجه ابن عبد البر في العلم بلفظ آخر على نقل و بلفظه نقله الشهيد في المنية.

(٤) خراجية الفاضل القطيفي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٤

...

و الظاهر ان منشأ هذه التشديدات العظيمة و السر فيها وجهان:

احدهما: ان العالم جعل متبوعا و حاكما و مخدوما، فإذا صار تابعا و خادما و محكوما كان ذلك انعكاسا على ام الرأس، و مثله هو الذي يقوم في العرض الأكبر مع المجرمين ناكسي رءوسهم عند ربهم.

الثاني: ان السلطان و الملك قد غضب حق المجتهد و تصدى للحكومة، فاختلف بابه تقرير لظلمه و تعديه فلا يجوز.

و بذلك يظهر الوجه لما في روايات كثيرة من ذم السلاطين و النهي عن اختلاف ابوابهم و الأمر بالهرب منهم.

و في المقام مطالب هامة يعجبني التعرض لها و للأخبار الواردة عن ائمة الدين فيها،

و لكن الظروف لا تساعد، و إلى الله المشتكى.

فالمتحصل مما ذكرناه: انه لا ينبغي التوقف في ان تشكيل الحكومة و وظيفة المجتهد الجامع للشرائط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٥

...

مزاحمة احد المجتهدين لآخر

بقي الكلام في انه هل يجوز لأحد المجتهدين مزاحمة الآخرين ام لا؟ و تنقيح القول في ذلك:

انه تارة: يتصدى احدهم للرئاسة و الحكومة.

و اخرى: لم يستقر له الأمر و يريد التصدي لها.

اما في الصورة الأولى: فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة ان كان المتصدى اهلا لذلك، إذ مضافا الى ان المزاحمة موجبة لتضعيف

الحكومة الاسلامية- و هو بديهي الحرمة-.

يشهد لعدم جوازها قوله عليه السلام في مقبوله ابن حنظلة المتقدمة: فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله و علينا

رد، و الراد علينا الراد على الله، و هو على حد الشرك بالله «١».

فان تصدى المجتهد حينئذ كتصدى الامام عليه السلام فمزاحمة الثاني اياه كمزاحمته للإمام و هي مستلزمة للرد عليه و هو رد على

الامام فلا يجوز.

اضف الى ذلك انه يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة، و هو غير جائز قطعاً.

مع ان الأدلة انما تدل على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم التصدي له، ففي فرض التصدي لا دليل على ثبوته لأحد. و إلى هذا نظر المحقق النائيني قدس سره، حيث قال: ان الفقيه ولي من لا- ولي له، فإذا تحقق الولي فلا- ولاية لآخر كما هو مفاد المشهورة السلطان ولي من لا ولي له.

كما ان الظاهر الى هذا نظر من قال ان دليل الولاية.

ان لم يكن لفظياً فالمتيقن منه انما هو ثبوت الولاية مع عدم تصدى احد، و الا فيرجع الى الأصل و هو يقتضى عدم الولاية

(١) الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضى حديث ١١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٦

...

و ان كان لفظياً، فاطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة، فعند الشك لا بد من الرجوع الى الأصل المتقدم. و أما فى الصورة الثانية: فان قلنا باعتبار الأعلمية- كما يشهد به.

ما رواه فى البحار عن كتاب الاختصاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من تعلم علماً ليمارى به السفهاء أو ليباهى به العلماء أو يصرف به الناس الى نفسه يقول انا رئيسكم فليتبوا مقعده من النار، ان الرئاسة لا تصلح الا لأهلها، فمن دعى الناس الى نفسه و فيهم من هو اعلم منه لم ينظر الله إليه يوم القيامة «١». فلا اشكال فى عدم جواز المزاحمة.

و الا فالأظهر جواز المزاحمة، بمعنى ترتيب المقدمات، و التوسل بكل امر جائز فى نفسه للوصول الى ذلك المقام السامى، بل لو كان يرى نفسه احق و ابصر بالأمور و انه لو تصدى لذلك كان يخدم الإسلام و المسلمين احسن مما لو تصدى الآخر يجب عليه ذلك، و الله العالم.

عدم اولوية الفقيه بالتصرف فى الأموال و الأنفس

فالمتحصل مما اسلفناه: ثبوت منصب الفتوى و القضاة و ما يتبع هذا المنصب، و الحكومة المطلقة للفقيه، و عليه فكل امر يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع المسلمون فيه الى الفقيه، كما انه المرجع فى كل امر يكون بيد القضاة كما مر. و أما غير تلك من ما ثبت للإمام عليه السلام من اولويته بالتصرف فى الأموال و الأنفس، و لزوم اطاعته فى اوامره الشخصية العرفية، و ولايته التكوينية، فالظاهر عدم ثبوت

(١) البحار ج ٢- ص ١١ من الطبع الحديث.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٧

فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف، فلا- دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً (١) نعم لو ثبت شرعاً اشتراط صحة أدائهما بدفعه الى الفقيه مطلقاً، أو بعد المطالبة و ائتمنى بذلك الفقيه وجب اتباعه ان كان ممن يتعين تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محل الكلام. هذا مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الاخبار وجب حملها على ارادة الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته صلى الله

عليه وآله من حيث كونه رسولا مبلغا، و الا لزم تخصيص اكثر افراد العام لعدم سلطنة الفقيه على اموال الناس و انفسهم، الا فى موارد قليلة بالنسبة الى موارد عدم سلطنته.
و بالجملة فإقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه، كالامام الا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

شئ منها للفقيه بما هو فقيه لا اختصاص ادلتها بالإمام عليه السلام

(١) قوله فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف فلا- دليل على وجوب الدفع إليه و قد التزم هو قده فى كتاب الزكاة بوجوب الدفع إليه ان طالب.

و استدل له: بان منعه رد عليه و الراد عليه راد على الله تعالى كما فى مقبولة ابن حنظلة «١».

و بقوله عليه السلام فى التوقيع الشريف: اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم و انا حجة الله «٢».
و لكن قد مر ان الخبرين انما يدلان على ان الحكومة و القضاة للفقيه و لا يدلان على ثبوت شئ آخر كوجوب الإطاعة، و حيث إن ذلك ليس شأن من شئون احد المنصبين.

و بعبارة اخرى: ليس مما يرجع فيه العرف الى الرئيس أو القاضى، فلا وجه لوجوب الرد إليه، و ما فى المقبولة انما هو كون عدم قبول ما حكم به بحكمهم ردا على الامام لا ان مطلق الرد رد عليه.

(١) الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضى- حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضى- حديث ٩.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩٨

بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى اعنى: توقف تصرف الغير على اذنه (١) فيما كان متوقفا على اذن الامام عليه السلام و حيث ان موارد التوقف على اذن الامام غير مضبوط، فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها.

فنقول كل معروف علم من الشارع ارادة وجوده فى الخارج ان علم كونه وظيفة شخص خاص، كنظر الاب فى مال ولده الصغير، أو صنف خاص، كالافتاء و القضاء، أو كل من يقدر على القيام به، كالامر بالمعروف، فلا اشكال فى شئ من ذلك. و ان لم يعلم ذلك و احتمال كونه مشروطا فى وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه إليه.

ثم ان علم الفقيه من الأدلة جواز توليه، لعدم اناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص تولاه مباشرة أو استنابة، ان كان ممن يرى الاستنابة فيه، و إلا- عطله، فإن كونه معروفا لا- ينافى اناطته بنظر الامام عليه السلام و الحرمان عنه، عند فقده كسائر البركات التى حرمانها بفقده عجل الله فرجه. و مرجع هذا الى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده، من موجد خاص.

اما وجوب الرجوع الى الفقيه فى الامور المذكورة فيدل عليه مضافا الى ما يستفاد من جعله حاكما كما، فى مقبولة ابن حنظلة. الظاهرة فى كونه كسائر الحكام المنصوبة فى زمان النبى صلى الله عليه وآله.

نعم إذا فرضنا صيرورة المجتهد حاكما و سلطانا فطلب الزكاة أو الخمس لصرفها فى المصالح العامة و الفقراء وجب الدفع إليه لان ذلك من حيثيات الحكومة و شئونها و لذا كان داب النبى صلى الله عليه وآله و الوصى عليه السلام فى زمان حكومتها مطالبة الزكاة و الاخذ من المانعين جبرا، و بما حققناه يظهر الضابط فيما للفقيه تصديده و ما ليس له ذلك فتدبر حتى لا يشتهب عليك الامر.

(١) قوله بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى اعنى توقف تصرف الغير على اذنه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩٩

و الصحابة، فى الزام الناس بارجاع الامور المذكورة إليه و الانتهاء فيها الى نظره، بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما، وجوب الرجوع فى الامور العامة المطلوبة للسلطان إليه، و إلى ما تقدم من قوله عليه السلام: مجارى الامور بيد العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه التوقيع المروى فى اكمال الدين، و كتاب الغنية.

و احتجاج الطبرسى، الوارد فى جواب مسائل اسحاق بن يعقوب التى ذكر انى سألت العمرى رضى الله عنه ان يوصل الى الصاحب عجل الله فرجه (كتابا فيه تلك المسائل التى قد اشكلت على، فورد التوقيع بخطه عليه آلاف الصلاة و السلام فى اجوبتها.

و فيها: و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم، و انا حجة الله. فإن المراد بالحوادث ظاهرا مطلق الأمور التى لا بد من الرجوع فيها عرفا أو عقلا أو شرعا الى الرئيس مثل النظر فى اموال القاصرين لغيبه، أو موت، أو صغر، أو سفه. و أما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه:

منها: ان الظاهر و كول نفس الحادثة إليه، لياش امرها مباشرة أو استنابه، لا الرجوع فى حكمها إليه.

و ملخص القول فى المقام: ان ما ثبت كونه معروفا إذا علم كونه وظيفة شخص خاص، كنظر الأب فى مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالقضاة، أو علم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالأمر بالمعروف، فلا كلام.

و ان احتمال ان يكون فى وجوده أو وجوبه منوطا بنظر شخص خاص، فان كان لدليل ذلك المعروف عموم أو اطلاق من هذه الجهة تنفى الاناطة به حتى و ان ثبت كونه منوطا بنظر شخص، الامام عليه السلام فى زمان حضوره، إذ المتيقن من دليل القيد هو دخل نظر الامام فى زمان الحضور، فمع عدم التمكن من الاستدان منه يكون الاطلاق هو المحكم،

و لا وجه للتمسك بعموم ادلة النيابة لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للامام عليه السلام بما هو امام

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠٠

و منها التعليل بكونهم حجتي عليكم و انا حجة الله، فإنه انما يناسب الامور التى يكون المرجع فيها هو رأى و النظر، فكان هذا منصب ولاية الامام من قبل نفسه، لا- انه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الامام، و الا كان المناسب ان يقول انهم حجج الله عليكم، كما وصفهم فى مقام آخر: بأنهم امناء الله على الحلال و الحرام.

و منها ان وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية الى العلماء الذى هو من بديهيات الإسلام من السلف الى الخلف، مما لم يكن يخفى على مثل اسحاق بن يعقوب، حتى يكتبه فى عداد مسائل اشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة الى رأى و نظره. فإنه يحتمل ان يكون الامام عليه السلام قد وكله فى غيبته الى شخص أو أشخاص من ثقافته فى ذلك الزمان.

و الحاصل أن الظاهر أن لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه و لا بالمنازعات

نعم ما ثبت له بعنوان انه قاض أو حاكم و رئيس يثبت للفقيه لما مر من ثبوت هذين المنصبين للفقيه.

و عليه فكل امر مطلوب يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع فيه الى الفقيه، و لعله يكون من هذا الباب الجهاد مع الكفار، و قد مر الكلام فيه فى كتاب الجهاد.

و ان لم يكن لدليل معروفته اطلاق أو عموم، فان لم يحرز اصل المطلوبية فى زمان الغيبة من جهة احتمال دخل نظر الامام عليه السلام فيها، فان ثبت كون دخل نظره بما انه رئيس و حاكم يحكم بانه مطلوب مع اذن الفقيه، و انه لا بد فيه من الرجوع إليه لما مر من عموم دليل ولايته بهذا المعنى، و ان احتمال دخل نظر شخص الامام عليه السلام فيه سقطت مطلوبيته، كان ذلك من قبيل

المعاملات أو العبادات للأصل.

و ان احرز ارادة وجوده فى الخارج و علم وجوبه كفاية مع تعذر الاستئذان بان يكون اعتبار اذنه ساقطا عند التعذر، لا كلام فى ان للفقيه التصدى له، لأنه اما يعتبر اذنه أو هو كغيره ممن يجب عليه كفاية، و أما غير الفقيه فان كان التصرف تصرفا معامليا فالأصل عدم نفوذه الا باذن الفقيه.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠١

ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهرة فى اذن الشارع فى كل معروف لكل احد مثل قوله عليه السلام: كل معروف صدقة. و قوله عليه السلام: عون الضعيف من افضل الصدقة، و امثال ذلك. و ان كانت عموما من وجه (١) الا ان الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها (٢)

و ان كان غير معاملى فان استلزم ذلك التصرف فى مال الغير أو نفسه لم يجز لعموم ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير أو نفسه «١».

و الا كما فى الصلاة على الميت جاز التصدى له بدون اذنه بناء على جريان البراءة عند الدوران بين الأقل و الأكثر كما لا يخفى.

(١) قوله ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهرة فى اذن الشارع ... و ان كانت عموما من وجه.

مادة الافتراق من جانب التوقيع الامور المختصة بالفقيه كالافتاء و القضاء و الحكومة، و من جانب دليل كل معروف صدقة الافعال المطلوبة غير المعتبر فيها اذن احد،

و مادة الاجتماع التصرف فى مال القصر و ما شاكل

(٢) تقريب الحكومة ان التوقيع يدل على ان الحوادث الواقعة معروفيتها تتوقف على اذن الفقيه و يرد عليه ان التوقيع اخص من تلك النصوص إذ لا حادثه مهمة يرجع فيها الى الفقيه الا و هو معروف و لا عكس مع ان التوقيع يكون واردا عليها فانه يدل على دخالة اذن الفقيه فى معرفة الحوادث الواقعة.

اضف الى ذلك ما مر من عدم العموم لتلك النصوص كى تدل على عدم اعتبار اذن الفقيه فراجع.

و بذلك يظهر عدم تامة ما افاده المصنف قدس سره من اطلاق عدم المشروعية كما ظهر ما فى اطلاق المحقق الخراسانى من الجواز فى غير المعاملات.

فان قيل بناء على ما ذكر من انه لو كان عموم أو اطلاق لدليل ذلك المعروف

(١) الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ٣- ١ و باب ١- من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠٢

و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع الى الامام عليه السلام أو نائبه فى الأمور العامة التى يفهم عرفا دخولها تحت الحوادث الواقعة و تحت عنوان الأمر فى قوله تعالى: أولى الأمر و على تسليم التنزل عن ذلك.

فالمرجع بعد تعارض العمومين الى اصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولى الأمر هذا.

لكن المسألة لا تخلو عن اشكال و ان كان الحكم به مشهوريا و على اى تقدير فقد ظهر مما ذكرنا ان ما دل عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقيه فى الأمور التى يكون مشروعية ايجادها فى الخارج مفروغا عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. و أما ما يشك فى مشروعيته، كالحدود لغير الامام، و تزويج الصغيرة لغير الأب و الجد، و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه، و فسخ العقد الخيارى عنه، و غير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيته للفقيه، بل لا بد للفقيه من استنباط مشروعيته من

دليل آخر.

نعم الولاية على هذه وغيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدمة المختصة به، مثل آية أولى الناس من انفسهم، وقد تقدم ان اثبات عموم نيابة الفقيه عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

لم يكن اذن الفقيه معتبرا لا بد من البناء على عدم اعتبار اذن الفقيه في شيء من الموارد لعموم ما دل على ان كل معروف صدقة «١» من النصوص توجه عليه ان تلك النصوص من جهة اخذ مشروعية الفعل في موضوعها- لأن المعروف هو ما عرفه الشارع و رغب إليه و حث عليه- لا سبيل الى التمسك بها، لأنه مع احتمال اعتبار اذنه لم يحرز كونه معروفا بدون اذن الفقيه، فلا يتمسك به. فالأظهر هو اعتبار اذن الفقيه في التصرفات المعاملية و ما استلزم التصرف في مال الغير أو نفسه.

(١) الوسائل- باب ٤١ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٣

و بالجملة فيها هنا مقامان:

احدهما: وجوب ايكال المعروف المأذون فيه إليه ليقع خصوصياته عن نظره و رأيه كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنه يجب ان يقع خصوصياته من تعيين الغاسل، و المغسل، و تعيين شيء من تركته للكفن، و تعيين المدفن عن رأى الفقيه.

الثاني: مشروعية تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض، و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأول دون الثاني و ان كان الافتاء في المقام الثاني بالمشروعية و عدمها ايضا من وظيفته، الا ان المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية، نعم لو ثبت ادلة النيابة عموما تم ما ذكر، ثم انه قد اشتهر في الألسن، و تداول في بعض الكتب رواية أن السلطان ولي من لا ولي له. (١) و هذا أيضا بعد الانجبار سندا أو مضمونا يحتاج الى أدلة عموم النيابة، و قد عرفت ما يصلح ان يكون دليلا عليه، و انه لا يخلو عن وهن في دلالته مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الاصحاب كون الفقهاء نواب الامام، و يظهر من المحقق الثاني ايضا في رسالته الموسومة) بقاطع اللجاج في مسألة جواز أخذ الفقيه أجره أراضى الأنفال من المخالفين (، كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر عليه السلام للشك في عموم النيابة و هو في محله.

(١) قوله اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب رواية «١»: ان السلطان ولي من لا ولي له.

اختلفت كلمات القوم في المراد من السلطان.

فعن جماعة: ان المراد به الامام عليه السلام، و هو الظاهر من صدر عبارة المصنف في المقام.

و عن آخرين كالعلامة في التذكرة و غيره: ان المراد به ما يعم الفقيه المأمون القائم بشرائط الاقتداء و الحكم، و هو الظاهر من عبارة المصنف قدس سره الأخيرة.

و الأظهر هو الثاني، فان السلطان من له السلطنة على غيره، و الإمام عليه السلام

(١) التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢- رواه أبو داود في محكي سننه ج ١ ص ٤٨١- و ابن ماجه تحت رقم ١٨٧٩- و احمد في مسنده ج ٦ ص

٤٧- و في عوائد النراقى عائدة ٥٤ انه مروى في كتب الخاصة و العامة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٤

ثم ان قوله من لا ولى له فى المرسله المذكوره ليس مطلق من لا ولى له، بل المراد عدم الملكة. يعنى انه ولى من من شأنه، بحسب شخصه، أو صنفه، أو نوعه،

أو جنسه فيشمل الصغير الذى مات ابوه و المجنون بعد البلوغ، و الغائب، و الممتنع، و المريض، و المغمى عليه، و الميت الذى لا- ولى له، و قاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوه. و الموقوف عليهم فى الأوقاف العامة، و نحو ذلك. لكن يستفاد من ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور: و هو الأذن فى فعل كل مصلحة لهم، فيثبت به مشروعية ما لم يثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف، المذكورين (١) نعم ليس له فعل شىء لا يعود مصلحته إليهم، و ان كان ظاهر الولى يوهم ذلك، إذ بعد ما ذكرنا من أن المراد بمن لا ولى له من شأنه ان يكون له ولى، يراد به كونه ممن ينبغى أن يكون له من يقوم بمصلحته، لا بمعنى أنه ينبغى أن يكون عليه ولى، له عليه ولاية الإيجاب بحيث يكون تصرفه ماضيا عليه.

و الحاصل ان الولى المنفى: هو الولى للشخص لا- عليه، فيكون المراد بالولى الميثب ذلك ايضا، فمحصله: ان الله جعل الولى الذى يحتاج إليه الشخص، و ينبغى ان يكون له هو السلطان، فافهم.

و ان كان مصداقه الكامل الا ان للفقهاء ايضا السلطنة على غيره، و هو الحاكم المنفذ الحكم كما مر، فمقتضى اطلاق الخبر هو جعل الولاية له ايضا.

(١) و تقريب الاستدلال بالخبر: انه يدل على ثبوت الولاية على من لا- ولى له، و من شأنه ان يكون له ولى لمن له السلطنة، و لازم جعل الولاية هو جواز كل تصرف متعلق به أو بماله كان جائزا له لو كان مالكا لأمره فيجوز للحاكم الشرعى ان يزوج المجنون الذى لا ولى له، و ان يزوج المجنونه. فان قيل: انه ضعيف السند للإرسال.

اجبنا عنه بان صاحب الجواهر قدس سره فى كتاب النكاح قال: ان هذه القاعدة استغنت عن الجابر فى خصوص المورد نحو غيرها من القواعد. و الظاهر انه كذلك، فان الفقهاء فى باب النكاح يصرحون بان احد الأولياء السلطان، و الظاهر ان هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص، فلا اشكال فى الخبر سنداً و دلالة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠٥

مسألة فى ولاية عدول المؤمنين (١)

إشارة

اعلم: ان ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه هو ما كان تصرفا مطلوب الوجود للشارع، إذا كان الفقيه متعذر الوصول، فالظاهر جواز توليه لآحاد المؤمنين، لأن المفروض كونه مطلوباً للشارع، غير مضاف الى شخص، و اعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذر، و كونه شرطاً مطلقاً له، لا شرطاً اختيارياً، مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط لكونه من المعروف الذى امر باقامته فى الشريعة. نعم لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الامام عليه السلام، صح الرجوع الى اصالة عدم المشروعية، كبعض مراتب النهى عن المنكر، حيث ان اطلاقاته لا تعم ما إذا بلغ حد الجرح.

ولاية عدول المؤمنين

(١) مسألة: فى ولاية عدول المؤمنين.

و ملخص القول فى المقام: ان المعروف الذى ثبت كونه من وظائف الفقيه و قد مر ضابطه- لا محالة يكون التكليف به ساقطاً عند عدم التمكن منه، الا إذا علمنا من الخارج بقاء التكليف به، فيجوز حينئذ تصدى غيره.
و أما ما لم يثبت فيه ذلك، فان كان لدليله عموم أو اطلاق يقتضى جواز تصدى كل احد فلا كلام.
و الا فان كان احتمال دخل نظر الفقيه و اذنه من قبيل شرط الوجوب يكون التكليف به ساقطاً مع تعذر الاستئذان منه لأصالة البراءة. و ان كان من قبيل شرط الواجب، فان كان ذلك تصرفاً معاملياً أو كان مستلزماً للتصرف فى مال الغير أو نفسه، لم يجز لما تقدم.
و الا جاز و لم يسقط التكليف به لجريان الأصل عند الشك فى الأقل و الأكثر.
و ثبوت مطلوبية الفعل بعد تعذر الاستئذان انما يكون باحد طرق:

احدها: استفادة ذلك من النصوص و لو مع ملاحظة المناطات و مناسبة الحكم و الموضوع، كما فى دفن الميت.

ثانيها: ان يكون لدليل ذلك المعروف اطلاق، و لا يكون الدليل المقيد له بنظر

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠٦

قال الشهيد رحمه الله فى قواعده: يجوز للأحد مع تعذر الحكام تولية التصرفات الحكيمية «يعنى ذات مصلحة» على الاصح، كدفع ضرورة اليتيم لعموم: و تعاونوا على البر و التقوى.

و قوله عليه السلام: و الله تعالى فى عون العبد ما كان فى عون اخيه.

و قوله: كل معروف صدقة. (١) و هل يجوز اخذ الزكوات و الاحماس من الممتنع و تفريقها فى اربابها؟ و كذا بقيه وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى فيه و جهان:

وجه الجواز: ما ذكرنا، و لأنه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال و هى مطلوبة لله تعالى، و قال بعض متأخرى العامة ان القيام بهذه المصالح اهم من ترك تلك الأموال بأيدى الظلمة يأكلونها بغير حقها، و يصرفونها الى غير مستحقها، فان توقع امام يصرف ذلك فى وجهه حفظ المتمكن تلك الاموال الى حين تمكنه من صرفها إليه، و ان يئس من ذلك، كما فى هذا الزمان تعين صرفه على الفور فى مصارفه لما فى ابقائه من التغرير و حرمان مستحقه من تعجيل اخذه مع مسيس حاجتهم إليه، و لو ظفر باموال مغصوبة حفظها لأربابها حتى يصل إليهم، و مع اليأس يتصدق بها عنهم، و عند العامة تصرف فى المصارف العامة، انتهى.

الفقيه مطلقاً، فانه حينئذ يقتصر فى تقييده على المقدار المتيقن و هو التمكن من الاستئذان.

ثالثها: استقلال العقل بذلك كما فى حفظ مال اليتيم من التلف.

رابعها: ان يدل دليل بالخصوص على ذلك، كما سيأتى فى بيع مال اليتيم.

خامسها: جريان السيرة العقلانية بضميمة عدم ردع الشارع عنها، كما إذا مرض اليتيم و توقفت نجاته من الهلاكه على التصرف فى ماله.

و قد ذكر له طرق اخر.

(١) منها: ما نسب الى الشهيد قدس سره و هو التمسك بدليل كل معروف صدقة «١» و شبهه، و قد مر أنه لعدم احراز الموضوع- و هو

كون الفعل معروفاً من كل احد- لا موقع للتمسك

(١) الوسائل باب ٤١ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠٧

و الظاهر ان قوله: فإن توقع الى آخره من كلام الشهيد رحمه الله و لقد اجاد فيما أفاد إلا أنه لم يبين وجه عدم الجواز، لعل وجهه أن

مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الامام أو نائبه. كما في قطع الدعاوى، و اقامة الحدود، و كما في التجارة بمال الصغير الذي له أب وجد. فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص.

نعم لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه مطلقاً، كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير اذنه، صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة (١) أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديه لكل احد الا انه خرج ما لو تمكن من الحاكم حيث دلت الأدلة على وجوب ارجاع الامور إليه، وهذا كتجهيز الميت (٢) و الا فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض في تقييد ما دل على عدم ولاية احد على مال احد أو نفسه. ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً و مصلحاً، و لا يفهم من ادلة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه، لأن المعروف هو التصرف في المال، أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك، أو العقل، أو الشارع، من غير جهة نفس أدلة المعروف.

و بالجملة تصرف غير الحاكم يحتاج الى نص عقلي أو عموم شرعي أو خصوص في مورد جزئي فافهم

(١) و منها: ما افاده المصنف قدس سره و هو: ما إذا كان الفعل مقدماً لما هو حسن عقلاً، كما لو توقفت نجاه اليتيم من الهلاك على التصرف في ماله، بدعوى انه يعلم رجحان حفظ اليتيم من الهلاك على التصرف في مال الغير بغير اذنه. و فيه: ان الكبرى الكلية تامة، الا انه في المثال من جهة امكان الصرف من مال نفسه أو من بيت المال لا يتم ما افيد فيه، و الكبرى داخله تحت الطريق الثالث الذي ذكرناه.

(٢) كما ان ما افاده في تجهيز الميت متين و هو داخل في الطريق الاول من الطرق التي ذكرناها لمعروفية مطلوبية الفعل، منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٨

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر اكثر الفتاوى حيث يعبرون بعدول المؤمنين، و هو مقتضى الاصل (١)

ثم ان المصنف في ذيل المسألة الآتية ذكر ان من جملة الأدلة المطلقة لمعروفية الفعل قوله عليه السلام: عون الضعيف من افضل الصدقة المتقدم تعالى: و قوله (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) «١»

و فيه: اما الأول: فقد عرفت انه لا إطلاق له من هذه الجهة. و حاصله: انه من الواضح ان كل ما يكون عوناً لا يكون صدقة، حتى ما كان عوناً بفعل محرم، فالمراد هو العون بما يكون جائزاً شرعاً، فلا بد من احراز جوازه عند فقد الفقيه بدليل آخر.

و أما الآية الشريفة: فان كان الخطاب فيها متوجهاً الى الاولياء كما ان قوله تعالى:

(فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا) خطاب إليهم فهي اجنبية عن المقام، و ان كان متوجهاً الى عامة المكلفين فلا استدلال بها في نفسها لا مانع منه، فانها حينئذ بمفهوم الاستثناء تدل على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير مطلقاً، الا ان من التزم بدلالة التوقيع و غيره على عموم ولاية الفقيه و انها تدل على اعتبار اذن الفقيه في امثال ذلك ليس له التمسك بعمومها، فانه بعد تقييد اطلاقها باطلاق تلك الأدلة لا يبقى محل للتمسك بها عند تعذر الاستئذان من الفقيه كما لا يخفى.

اشتراط العدالة

(١) قال المصنف بقى الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن ... و هو مقتضى الاصل لا يخفى انه قد عرفت في ولاية الأب و الجد التزم بان مقتضى الاصل عدم اعتبار العدالة، و هنا التزم بان الاصل يقتضى اعتبارها، و يمكن ان يؤيد ما ذكرناه هناك من ارادته من الاصل بذلك، و الا فالبابان من واد واحد كما هو واضح.

(١) الانعام: ١٥٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٩

و يمكن ان يستدل عليه ببعض الاخبار ايضا، ففي صحيحه محمد بن اسماعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصية، فرجع امره الى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد،

القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثة صغارا و متاعا و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصية، و كان قيامه بهذا بأمر القاضى، لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من اصحابنا و لا- يوصى الى احد و يخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا- منا لبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلك. قال: إذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس (١)

و كيف كان: فمحصل القول فى المقام: ان الكلام فى اعتبار العدالة ربما يقع فى جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة الى نفسه، و ربما يقع بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل الغير بان يكون فعله منضمنا الى فعل غيره، كالإيجاب المنضم الى القبول من الغير موضوعا للأثر.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى فيما تقتضيه النصوص الخاصة الواردة فى بيع مال اليتيم.

اما المورد الأول: فان كان ثبوت معروفية ذلك الفعل باطلاق دليل أو عموم فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة، كما انه كذلك إذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل و الفاسق،

و أما ان كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة، أو كان باستكشافه من المناطات و نحوها مع احتمال الاختصاص بالعدول لزم البناء على اعتبارها، لأن ثبوت مطلوبيته للعدول معلوم، و لغيرهم مشكوك فيه، و الأصل عدمه، مع ان مقتضى الأصل عدم النفوذ إذا كان التصرف تصرفا معامليا، و عدم الجواز إذا كان تصرفا فى مال الغير أو نفسه، بالإضافة الى غير العدول.

(١) اما المورد الثانى: فمن النصوص صحيح ابن «١» بزيع: المذكور فى المتن

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب عقد البيع حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٠

...

و الكلام فى هذا الخبر يقع فى جهات:

الأولى: فى انه هل يدل على ثبوت الولاية على الصغار الذين لا ولى لهم ام لا؟ الثانية: فى انه هل يدل على اعتبار العدالة ام لا؟ الثالثة: فى انه هل يوجب تقييد اطلاق غيره من الأدلة لو كان ام لا؟ اما الجهة الأولى: فقد يقال كما عن المحقق الايرانى قدس سره احتمال انه متضمن اللابذ الشخصى من الامام عليه السلام لا- لإعطاء الحكم، و حيث ان مفاده ليس اعطاء المنصب بل التوكيل فلا ينفع بالنسبة الى اعصار سائر الأئمة عليهم السلام.

و فيه: ان هذا مخالف للظاهر من وجوه:

منها: ان ظاهر السؤال هو السؤال عن الحكم الشرعي، فالجواب يكون ظاهرا في بيان ذلك.
و منها: ان ظاهره نفى البأس عن الأعمال التي اتى بها عبد الحميد قبل الرجوع الى الامام عليه السلام.
و منها: التعبير بمثلك و مثل عبد الحميد، إذ لو كان في مقام بيان الأذن الشخصي لم يكن يعبر هكذا.
و بالجملة ظهور الخبر سؤالا و جوابا في بيان اعطاء الحكم لا ينبغي انكاره.
و أما الجهة الثانية:

فالجوه المحتملة للمماثلة اربعة:

الأول: المماثلة في التشيع.

الثاني: المماثلة في الوثاقه، و ملاحظه مصلحة اليتيم.

الثالث: المماثلة في العدالة.

الرابع: المماثلة في الفقاهه.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١١

بناء على ان المراد من المماثلة. اما المماثلة في التشيع، أو في الوثاقه، و ملاحظه مصلحة اليتيم، و ان لم يكن شيعيا، أو في الفقاهه بأن يكون من نواب الامام عموما في القضاء بين المسلمين، أو في العدالة.
و الاحتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس، مع عدم الفقيه و لو مع تعذره. (١) و هذا بخلاف الاحتمالات الأخرى، فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن، أو المخالف.
و ان تعذر غيرهم فتعين احدها الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفه الأصل بالأخص منها و هو العدل، لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الامانه و ملاحظه مصلحة اليتيم، فيكون مفسرا للاحتمال الثاني، في وجه المماثلة المذكوره في الصحيحه.

(١) و قد افاد المصنف قدس سره- و تبعه المحقق النائيني قدس سره- ان الاحتمال الرابع الذي ذكرناه الثالث في المتن مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه، و لو مع تعذره.

و فيه: انه لم يفرض في الخبر لابدية البيع، فلا مانع من الالتزام بعدم الجواز مع تعذر الفقيه، مع ان هذا بعينه يرد على ارادة المماثلة في العدالة، فانه باطلاقه حينئذ يدل على ثبوت البأس مع تعذر العادل. مضافا الى ان مورده منطوقا و مفهوما صورة التمكّن من امثال محمد بن اسماعيل و عبد الحميد.

فالحق ان يقال: ان احتمال ارادة المماثلة في الفقاهه يدفعه: ان الظاهر كون المراد بعبد الحميد هو ابن سالم العطار، لأن الكليني و ان روى الرواية و اطلق عبد الحميد، و لكن الشيخ في محكي التهذيب رواها و قيده بابن سالم، و احتمال اشتباه الشيخ أو انه انما يكون التقييد من جهة اجتهاده بعيد غايته.

و ما افاده المحقق البهبهاني قدس سره من ان ابن سالم لم يكن في عصر الجواد عليه السلام و الخبر مروى عنه، يرد عليه: ان ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد ثم يسأل حكم المسألة كليه، و لا يلازم ذلك كون عبد الحميد في زمانه عليه السلام و حيث انه ليس صاحب اصل أو كتاب، فلا يستفاد فقاهته، بل هو غير فقيه.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٢

ففي صحيحه على بن رثاب رجل مات و بيني و بينه قرابه و ترك اولادا صغارا أو مماليك غلمانا و جوارى، و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولدا؟ و ما ترى في بيعهم؟ قال: فقال ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجورا فيهم قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها أم ولدا؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم، الناظر فيما يصلحهم

و ليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم (١)

و يدفع احتمال ارادة المماثلة في العدالة، فرض تصرف عبد الحميد في المبيع بمجرد نصب القاضي له كما يظهر من توقفه في بيع الجوارى لأنهن فروج، مع ان الرجاليين وثقوه، و الوثاقه اعم من العدالة.

و يدفع احتمال ارادة المماثلة في التشيع انه لو كان المراد تلك كان المناسب ان يقال: إذا كان من اصحابنا، أو من اصحابك، أو من يعرف امرنا فلا- باس، فالمتعين ارادة المماثلة في الوثاقه و الأمانة، فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للأمين و ان لم يكن عادلا و أما الجهة الثالثة: فبناء على ما افاده المصنف قدس سره يكون الخبر مجملا، و ان البناء على اعتبار العدالة انما يكون من جهة الأخذ بالمتيقن، و عليه فلا- وجه للأخذ به في مقابل اطلاق دليل أو عموم، بل هو يكون مبينا لإجمال هذا كما هو الشأن في كل مورد كان احد الدليلين مجملا و الآخر مبينا.

(١) و منها: صحيح «١» على بن رثاب عن الامام الكاظم عليه السلام المذكور في المتن و لكن: هذا الصحيح اجنبى عن المقام، لأن الظاهر من القيم، الشرعى، اما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصية بالثلث، أو بنصب من بيده الأمر. و ان شئت قلت: ان الخبر وارد في مقام بيان جواز الاشتراء من القيم في مقابل الاشتراء من الصغار، و ليس في مقام بيان من به تقوم القيمومة.

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٣

و موثقة زرع عن سماعة في رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقر كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك، قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس (١) بناء على ان المراد من يوثق به و يطمئن بفعله عرفا، و ان لم يكن فيه ملكة العدالة.

لكن في صحيحة اسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة (٢) قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شيء من خدمه و متاعه من غير ان يتولى القاضي بيع ذلك؟ فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفة. أ يطيب الشراء منه ام لا؟ قال عليه السلام: إذ كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل في ذلك هذا و الذى ينبغى ان يقال انك قد عرفت ان ولاية غير الحاكم لا تثبت الا في مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموما أو خصوصا، فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل.

(١) و منها موثق زرع عن سماعة «١» المذكور في المتن و هذا و ان كان يدل على الاكتفاء بالوثاقه، الا انه مختص بالقسمه.

و منها صحيح اسماعيل بن سعد «٢» عن الامام الرضا عليه السلام الذى ذكر في المتن

(٢) و قد استظهر منه المصنف قدس سره اعتبار العدالة.

و اورد عليه: بان الظاهر من القاضى الذى تراضوا به هو القاضى الشرعى الذى له الولاية على مال الصغير مطلقا، و ان لم ينضم إليه العدل اجماعا.

و بان غاية مفاده ثبوت الولاية للعدل، و هذا لا ينافى ثبوتها لمطلق الأمين، فلا مقيد لإطلاق صحيح ابن بزيع،

و بانه انما يدل على اعتبار العدالة بالنسبة الى المشتري، و الكلام انما هو فى وظيفة المتصدى للبيع نفسه.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب احكام الوصايا حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٤

و أما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة الى نفسه، و انه هل يكون مأذونا من الشرع في المباشرة ام لا؟ و قد يكون بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة، كالشراء منه مثلا. اما الأول: فالظاهر جوازه، و ان العدالة ليست معتبرة في منصب المباشرة لعموم أدلة فعل ذلك المعروف، و لو مثل قوله عليه السلام: عون الضعيف من أفضل الصدقة و عموم قوله تعالى: و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن و نحو ذلك. و صحيحة محمد بن اسماعيل السابقة، قد عرفت انها محمولة على صحيحة على بن رثاب المتقدمة، بل و موثقة زرعاً و غير ذلك مما سيأتى، و لو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولى له. فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شك في صحته،

و فى الجميع نظر:

اما الأول: فلأن السؤال انما هو عن البيع من دون تصدى القاضى، و مع تصديه فالجواب يكون عاما للموردين.

و أما الثانى: فلأن الظاهر كون قوله: عدل... الخ عطفا على قوله رضا الورثة، و عليه فهو بمفهوم الشرط يدل على عدم الولاية لغير العادل، و يوجب تقييد اطلاق صحيح ابن بزيع.

و أما الثالث: فلأنه بناء على ما ستعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها لا بما انها طريق الى ملاحظة صلاح اليتيم، يكون جعلها شرطا للشراء مستلزما لجعلها شرطا للبيع،

و الا فجعل جواز البيع للفاسق من غير ان يجوز لأحد الشراء منه لغو،

فالأظهر ان الجمع بين النصوص يقتضى البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال اليتيم لعدول المؤمنين و الظاهر منها اعتبار العدالة لا من باب الأمارية على كون التصرف تصرفا بالأحسن كما ذهب إليه المصنف قدس سره - بل من باب دخلها بنفسها، إذ الظاهر من اخذ كل عنوان فى الموضوع دخله فى الحكم بنفسه لا من باب الأمارية الى شىء آخر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٥

و لو شك فى حدوث الفعل منه و اخبر به ففى قبوله اشكال (١)

و أما الثانى: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه و ان ادعى كون البيع مصلحة. بل يجب اخذ المال من يده، و يدل عليه بعد صحيحة اسماعيل ابن سعد المتقدمة، بل و موثقة زرعاً بناء على ارادة العدالة من الوثيقة ان عموم ادلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق، فإن وجوب اصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته، لا ترتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق، و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما فى مثال الصلاة المتقدم، لان الواجب هناك هى صلاة صحيحة. و قد علم صدور اصل الصلاة من الفاسق، و إذا شك فى صحتها احزرت باصالة الصحة.

و بما ذكرناه ظهر الحال فى المقام الثانى فلا نعيد.

و مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه،

فما افاده المحقق الأردبيلي قدس سره من كون ولاية العدول على مال اليتيم فى عرض ولاية الفقيه، متين اللهم الا ان يقال: ان مقتضى

اطلاق هذه النصوص و ان كان ذلك، الا انه من جهة كونها من مناصب القضاة، و قد جعل الشارع الفقيه قاضيا و حاكما، فمع وجوده لا بد من تصديه لذلك. فتدبر فان المسألة تحتاج الى تأمل زائد.

فروع بقى فى المقام فروع:

(١) الاول: انه بناء على جواز تصرف الفاسق لو اخبر بالفعل الحسن المطلوب،

هل يقبل اخباره ام لا؟ وجهان.

و الحق ان يقال: انه بناء على كون جواز تصرفه من باب الولاية يقبل اخباره لقاعدة من ملك شيئا ملك الإقرار به و دعوى معارضته مع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق،

مندفعة بانه لا تعارض بينهما، إذ لا تنافى بين عدم قبول اخباره من حيث انه خبر الفاسق و قبوله من حيث انه مالك للتصرف، و لذا ترى انه يقبل اخبار ذى اليد،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣١٦

و أما الحكم فيما فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح، و انما حمل على موضوع هو اصلاح المال و مراعاة الحال، و الشك فى اصل تحقق ذلك (١)

فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها.

و ان شئت قلت: ان شراء مال اليتيم لا بد ان يكون مصلحة له، و لا يجوز ذلك باصالة صحة البيع من البائع (٢) كما لو شك المشتري فى بلوغ البائع، فتأمل.

و ان قلنا انه من باب التكليف الصرف لا يقبل لعدم جريان القاعدة فيه،

فالمرجع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق.

الثانى: انه بناء على جواز البيع للفاسق، إذا تصدى الفاسق للبيع و اوجب و شك من يريد القبول فى انه هل يكون الايجاب تصرفا على وجه احسن ام لا، فهل تجرى اصالة الصحة فى الايجاب و يحرز بها صحة الايجاب و القبول، ام لا؟ وجهان.

قد استدل المصنف قدس سره للثانى بوجهين:

(١) احدهما: ان الحكم لم يحمل على التصرف الصحيح، و انما حمل على

موضوع و هو اصلاح المال و مراعاة الحال، و هذا عنوان لموضوع الأثر، و حيث انه قد ثبت فى محله انه يعتبر فى جريان اصالة الصحة فى موضوع الأثر احراز تحقق الموضوع و عنوانه، و كون الشك متمحضا فى الوصف، و الاعمع الشك فى الموصوف لا تجرى اصالة الصحة، ففى المقام لا تجرى اصالة الصحة فى الايجاب.

(٢) الثانى: ان اصالة الصحة فى الايجاب لا تثبت الا صحة الايجاب التأهيلية، و لا يحرز بها تحقق المصلحة، و حيث ان القابل ايضا متصرف فى مال الصغير، و لا بد و ان يكون تصرفه على وجه احسن، و لا يحرز ذلك باصالة الصحة فى الايجاب، فاصالة الصحة الجارية فى الايجاب لا تفيد فى الحكم بترتب النقل.

و لكنه يرد على الوجه الاول: ان هذا الشرط كسائر الشرائط انما يكون شرط صحة التصرف، و عنوان التصرف الذى هو موضوع الاثر عنوان المعاملة من البيع و غيره، و من شرائط صحته و امضاء الشارع له كونه صلاحا لليتيم.

و بعبارة اخرى: ان الموصوف بالصحة و الفساد نفس التصرف المعاملى، غاية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣١٧

نعم لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير، لم يلزم الفسخ مع المشتري واخذ الثمن من الفاسق (١) لأن مال اليتيم الذى يجب

اصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم انه الثمن أو المثلن. و اصله صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول فتدبر،

الأمر ان هذا التصرف يمتاز عن سائر التصرفات بكونه مشروطا بشرط زائد، و هو كونه صلاحا لليتم، و ما كان واجدا لهذا الشرط يصح، و ما كان فاسدا لا يصح، و مجرد جعله عنوانا و كيفية للتصرف لا يجعله من العناوين التي باختلافها يختلف الموضوع بنظر العرف و يكون من قبيل الأعمال الخارجية التي قصد بها البيع أو شيء آخر، و عليه فمع احراز اصل التصرف و الشك في صحته و فساده تجرى اصالة الصحة، و يحرز بها الصحة.

و يرد على الوجه الثاني: إن الذي لا بد و ان يكون صلاحا لليتم هو الايجاب و البيع، فانه متضمن لإعطاء ماله بعوض، و أما القبول فهو اخذ للمال الذي هو عوض عن ماله، و هذه حثية راجعة الى المشتري لا إلى اليتيم، فلا يعتبر فيه احراز كون المعاملة صلاحا لليتم، و لعل هذا هو السر فيما ادعاه بعض من ان اهل العرف يفهمون من جعل شخص وليا في البيع جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن كونه صلاحا ام لا.

مع انه يمكن ان يقال: ان الدليل انما دل على اعتبار كون التصرف على وجه احسن، و هو انما يكون بالبيع، و أما الشراء فهو مطاوعة و قبول للبيع لا انه بنفسه تصرف، فلا يعتبر فيه هذا الشرط.

فالأظهر جريان اصالة الصحة في الايجاب و ترتب الأثر عليه مع ضم القبول إليه.

(١) الثالث: ما ذكره بقوله: نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري واخذ الثمن...

ما افاده قدس سره و ان كان متينا- اى تجرى اصالة الصحة في فعل البائع و المشتري و يترتب عليها الأثر- الا ان الوجه الأول الذي ذكره في الفرع المتقدم يجرى في هذا الفرع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٨

ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى (١) لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلا عن كونه على وجه النصب من الامام فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه و لو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة في استرداده جاز الفسخ، إذا كان الخيار ثابتا بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلق و ليه من غير تخصيص بالعاقد لو اراد بيعه من شخص و عرضه، لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة و ان كان في يد الأول.

و بالجملة فالظاهر ان حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الاب و الجد،

من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

و لازمه عدم جريانها، و لازم ذلك جريان استصحاب بقاء المثلن على ملك الصغير،

و يحرز به كون مال اليتيم الذى يجب اصلاحه و حفظه من التلف هو المثلن لا الثمن.

مزاحمة الولي

(١) قوله حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى و المقصود من سوق هذا الكلام بيان

حكم مزاحمة غير المتصدى للمتصدى،

و قد حكم المصنف قدس سره بجوازها، و استند في ذلك الى ان ما ثبت له انما يكون على وجه التكليف لا على وجه النصب من

الامام عليه السلام و لكنه يرد عليه امران:

الأول: ان الظاهر كونه من قبيل النصب حيث قال عليه السلام: ان كان ولي يقوم بامرهم باع عليهم و نظر لهم ... الخ «١» مع ان ثبوت نفوذ التصرفات المعاملية لغير المالك، مع عدم كونها بعنوان الوكالة يستلزم كونه وليا و مالكا للتصرف، و الا لما كانت جائزة، و لا معنى لمجرد جعل التكليف في هذا المقام.

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٩

و أما حكام الشرع، فهل هم كذلك (١) فلو عين فقيه من يصلى على الميت الذى لا ولي له، أو من يلى امواله، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته ام لا؟ الذى ينبغى ان يقال: انه ان استندنا فى ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم. لأن المخاطب بوجوب ارجاع الامور الى الحكام هو العوام. فالنهي عن المزاحمة يختص بهم. و أما الحكام فكل منهم حجة من الامام عليه السلام فلا يجب على واحد منهم ارجاع الامر الحادث الى آخر، فيجوز له مباشرته، و ان كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه، فحال كل منهم حال كل من الاب و الجدد، فى ان النافذ تصرف السابق و لا عبرة بدخول الآخر فى مقدمات ذلك و بنائه على ما يغير تصرف الآخر.

كما يجوز لأحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الآخر، و ان حضر المترافعان عنده و احضر الشهود و بنى على الحكم. و أما لو استندنا فى ذلك على عمومات النيابة و ان فعل الفقيه كفعل الامام و نظره كنظره الذى لا يجوز التعدى عنه، لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس و الأموال حتى يقال أنه قد تقدم عدم ثبوت عموم يدل على النيابة فى ذلك. بل من حيث وجوب ارجاع الامور الحادثة إليه الاستفادة من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه، بكونه حجة منه عليه السلام على الناس، فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى امر و وضع يده عليه، و بنى فيه بحسب نظره على تصرف و ان لم يفعل نفس ذلك التصرف لأن دخوله فيه، كدخول الامام. فدخول الثانى فيه و بنائه على تصرف آخر، مزاحمة له فهو كمزاحمة الامام عليه السلام فأدلة النيابة عن الامام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الامام عليه السلام

الثانى: انه على فرض كون ذلك من قبيل النصب من الامام كما هو كذلك تجوز مزاحمته إذا كان النصب بعنوان يعم كليهما و لا يختص بخصوص المتصدى، فان التصدى لا- يوجب تعيين المتصدى و انحصار المنسوب به الا إذا دل دليل آخر على ذلك، و هو مفقود

(١) و به يظهر ما فيما افاده فى حكام الشرع فلا نعيد.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٠

فقد ظهر مما ذكرنا الفرق بين الحكام و بين الاب و الجدد. لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة، و بين كون كل واحد منهم نائبا، و ربما يتوهم كونهم حينئذ كالوكلاء المتعددين فى ان بناء واحد منهم على امر مأذون فيه. لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول، و يندفع بأن الوكلاء إذا فرضوا و كلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من احدهم كان الآخر مأذونا فى تصرف مغاير و ان بنى عليه الأول و دخل فيه. اما إذا فرضوا و كلاء عن الشخص الواحد، بحيث يكون إزامهم كإزامه و دخولهم فى الامر كدخوله، و فرضنا ايضا عدم دلالة دليل و كالتهم على الاذن فى مخالفة نفس الموكل و التعدى عما بنى هو عليه مباشرة، أو استنباه، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة و لا نقيصة، والوهم انما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعددين المتعلقة بنفس ذى المقدمة، فتأمل.

هذا كله مضافا إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكام، سيما فى مثل هذا الزمان الذى شاع فيه القيام بوظائف الحكام

ممن يدعى الحكومة، و كيف كان، فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله في كل الزام قولى أو فعلى يجب الرجوع فيه الى الحاكم، فإذا قبض مال اليتيم من شخص، او عين شخصا لقبضه، أو جعله ناظرا عليه، فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره، لأن نظره كنظر الامام. و أما جواز تصدى مجتهد لمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحكم، فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها فلان وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم ثم انه هل يشترط فى ولاية غير الاب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم ام لا، ذكر الشهيد فى قواعد ان فيه وجهين: و لكن ظاهر كثير من كلماتهم انه لا يصح الا مع المصلحة، بل فى مفتاح الكرامة: انه اجماعى و ان الظاهر من التذكرة فى باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين. و عن شيخه فى شرح القواعد: انه ظاهر الأصحاب، و قد عرفت تصريح الشيخ و الحللى بذلك حتى فى الأب و الجد، و يدل عليه بعد ما عرفت من اصالة عدم الولاية لأحد على احد عموم قوله تعالى: و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن. منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٢١ و حيث ان توضيح معنى الآية على ما ينبغى لم اجده فى كلام احد من المتعرضين لبيان آيات الاحكام فلا بأس بتوضيح ذلك فى هذا المقام (١).

توضيح الآية الشريفة

المشهور بين الأصحاب: ان تصرف غير الأب و الجد فى مال الصغير مشروط بوجود المصلحة، و عن مفتاح الكرامة: انه اجماعى، و الظاهر من التذكرة فى باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين. و استدلل له بقوله تعالى: و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن (١) و حيث يترتب على توضيح الآية الشريفة فوائد مهمة فلا بد من ذلك. و الكلام فيه يقع فى جهات:

الأولى: ان حرمة القرب الى مال اليتيم الا- بالتى هى احسن محدودة فى الآية الشريفة بقوله تعالى حتى يبلغ اشده كما فى سورتى الأنعام و الاسراء، فحيث قد يقال: ان الغاية ان كانت قيذا للموضوع أو المتعلق- و ان كان لا يترتب محذور من جهة انه لا مفهوم للآية الشريفة- الا انه خلاف الظاهر، فان الظاهر كونها قيذا و غاية للحكم، و عليه فتدل الآية بمفهوم الغاية على ان القرب المحرم انما هو الى زمان البلوغ، و بعده لا يكون محرما، مع انه محرم قطعاً. و اجيب عنه بجوابين:

الأول: انها غاية للمستثنى فقط، فمعناها: ان جواز التصرف على وجه احسن محدود بالبلوغ، و به ينقطع الجواز و يدور امر التصرف مدار اذن صاحب المال.

الثانى: انها غاية للمستثنى منه، أو هو مع المستثنى، الا ان المستثنى منه حرمة التصرف مطلقاً و لو مع رضا اليتيم، و هذا الحكم محدود بالبلوغ، فانه بعد البلوغ يجوز التصرف مع رضاه

(١) الانعام آية ١٥٢- الاسراء آية ٣٥.

فنقول ان القرب فى الآيه يحتمل معانى اربعة (١)

الأول: مطلق التقلب و التحريك حتى من مكان الى آخر، فلا يشمل مثل ابقائه على حال أو عند احد. (٢)

الثانى: وضع اليد عليه بعد ان كان بعيدا عنه و مجتنباً. فالمعنى تجتنبوا عنه و لا تقربوه الا إذا كان القرب احسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع (٣)

الثالث: ما يعد تصرفاً عرفاً، كالاقتراض، و البيع، و الاجارة، و ما اشبه ذلك،

فلا يدل على تحريم ابقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه احسن منه الا بتفويض المناط (٤).

و كلاهما خلاف الظاهر.

اما الأول: فلأن الظاهر كونه غاية للحكم الذى تضمنه الآيه الشريفه.

و أما الثانى: فلأن المذكور انما هو الحكم المطلق لا إطلاق الحكم.

فالحق ان يقال: انه لا مفهوم لها من جهة كون القيد مسوقاً لبيان تحقق الموضوع،

فان الموضوع هو اليتيم، و هو يتبدل بالبلوغ.

الجهة الثانية: فى بيان المراد من القرب المنهى عنه.

الظاهر من القرب فى نفسه هو ما يقابل البعد، و لكن الظاهر منه فى الآيه الشريفه التصرف فى مال اليتيم، و حيث ان التصرف فى مال

اليتيم ربما يكون خارجياً مثل اكله و شربه و نحوهما، و ربما يكون اعتبارياً كبيعه و شرائه و نحوهما.

فقد وقع الخلاف فى المراد من الآيه

(١) و محتملاته التى ذكرها المصنف قدس سره اربعة:

(٢) الاول: ان يراد مطلق التقلب و التحرك

(٣) الثانى ارادة اقرب ما يكون الى مصداق القرب، اى اول تصرف فيه كمنه و وضع اليد عليه.

(٤) الثالث ان يراد به التصرف الاعتبارى كالبيع و الاجارة و ما شاكل

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٢٣

الرابع: مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل و الترك (١)

و المعنى: لا- تختاروا فى مال اليتيم فعلاً أو تركاً الا ما كان أحسن من غيره، فيدل على حرمة الابقاء فى الفرض المذكور لأن ابقائه

قرب له بما ليس احسن.

(١) الرابع: ان يراد به ما يعم ذلك و الترك.

و بعبارة اخرى: مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل و الترك،

و هناك احتمال خامس اظهر من الجميع،

و هو: ارادة ما يعم التصرفات الخارجيه و الاعتباريه، إذ سائر الاحتمالات ما بين ما يستلزم التخصيص بلا وجه، و التعميم الذى لا

يساعده عرف و لا لغة.

و مجرد كون المتعلق هو مال اليتيم و قرب المال بما هو مال عبارة عن التصرف الاعتبارى المتعلق به، لا يصلح معينا للاحتمال الرابع

الذى اختاره المصنف قدس سره.

و أما ما افاده المحقق الايروانى قدس سره من: ان الظاهر ان القرب كناية عن اكل مال اليتيم و الاستقلال بالتصرف فيه لا التصرف

لأجل اليتيم، فتكون الآية اجنبية عن المقام.

فبعيد جدا لا يلائم مع استثناء الا بالتى هى احسن.

الجهة الثالثة: فى بيان المراد من النهى المتعلق بالقرب.

فان كان المراد بالقرب هو التصرف الاعتبارى المتعلق بمال اليتيم كان النهى ظاهرا فى الإرشاد الى الفساد،

و ان كان المراد هو التصرف الخارجى المتعلق به من وضع اليد عليه و امساكه و اكله و شربه كان ظاهرا فى الحرمة المولوية.

و حيث عرفت ان المراد هو الجامع بينهما، فان حملناه على المولوية لما دلت الآية على فساد المعاملة، لأن النهى عن المعاملة لا يدل

على الفساد، مع ان بناء الأصحاب رضى الله عنهم على التمسك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٤

...

بالآية الشريفة على فساد المعاملة على مال اليتيم ما لم يكن على وجه احسن، و ان حملناه على الإرشاد لزم تخصيص المتعلق

بخصوص التصرفات الاعتبارية، و هو مما لا وجه له.

وحل هذه العويصة انما يكون باحد نحوين:

الأول: حمل النهى على ما يعم المولى و الإرشادى، و لا مانع من ذلك، فان الاختلاف بينهما انما يكون فى الدواعى و الأغراض، و

لا اختلاف بينهما ذاتا نظير الوجوب و الاستحباب، و لذا بنينا على جواز الأمر الواحد بشيئين مع كون احدهما واجبا و الآخر مستحبا.

و بالجملة: قد حقق فى محله انه لا مانع من حمل النهى عن العام على ارادة المولوية فى بعض افراده و الإرشادية فى بعضها الآخر.

الثانى: حمل النهى على خصوص المولى، و النهى عن المعاملة نفسيا و ان لم يدل على الفساد الا انه يوجب فسق من اتى بمتعلقه، و

بصيرورته فاسقا يخرج عن الولاية لما تقدم من اعتبار العدالة فى المتصدى لأمر اليتيم، و مع خروجه عنها لا يكون تصرفه نافذا كما هو

واضح.

الجهة الرابعة: فى بيان وجه تأنيث الموصول مع انه لو قدر ما هو من جنس المستثنى لزم تكبيرها، فان القرب مذكر،

و الذى ينبغى ان يقال انه من جهة جعل المستثنى مجرورا بحرف جر لا بد من جعل المستثنى منه مقدرا و مجرورا بحرف جر، مثل:

بحيثية أو كيفية، و عليه فيلانم تأنيث الموصول.

الجهة الخامسة: فى بيان محتملات الأحسن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٥

و أما لفظ الاحسن فى الآية (١) فيحتمل ان يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل ان يراد به الحسن و على الأول فيحتمل التصرف

الأحسن من تركه، كما يظهر من بعض، و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الاحسن مطلقا من تركه و من غيره من التصرفات. و على

الثانى فيحتمل ان يراد ما فيه مصلحة و يحتمل ان يراد به ما لا مفسدة فيه على ما قيل من ان احد معانى الحسن ما لا حرج فى فعله.

ثم ان الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث و من احتمالات: الأ-حسن هو الاحتمال الثانى اعنى التفضيل المطلق (٢) و حينئذ فإذا

فرضنا ان المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم.

(١) و قد ذكر المصنف ان محتملاته اربعة، فان المراد به اما: التفضيل، أو الحسن.

و على الأول: فاما ان يراد التصرف الأحسن من الترك، أو الأحسن مطلقا من الترك و من التصرفات الاخر.

و على الثانى: فاما ان يراد به ما فيه مصلحة، أو مالا مفسدة فيه و هناك احتمال خامس و هو: ارادة التفضيل منه، و ان يراد به من

التصرفات الاخر.

و لازم الأول جواز البيع إذا كان احسن من تركه و ان كان الايجار احسن منه،

و لازم الثاني عدم جوازه ما لم يكن احسن من تركه و من التصرفات الاخر،

و لازم الثالث جواز كل تصرف فيه مصلحة و ان كان تركه اصلح أو سائر التصرفات كذلك،

و لازم الرابع جواز التصرف إذا لم يكن فيه مفسدة و ان كان في غيره من التصرفات مصلحة أكيدة،

و لازم الخامس جواز البيع إذا كان اصلح من الايجار و ان كان تركه اصلح.

(٢) و قد استظهر المصنف قدس سره الاحتمال الثاني، و الوجه فيه: ان الظاهر من الاحسن ارادة التفضيل، و ان حذف المتعلق و ترك

ذكر المفضل عليه يفيد العموم.

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان استعماله في غير التفضيل كثير، و يؤيد عدم ارادة التفضيل منه في الآية عدم ذكر كلمة من و عدم اضافته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٦

ثم فرضنا انه لا يتفاوت لليتيم ابقاء الدراهم أو جعلها دينارا فاراد الولي جعلها دينارا، فلا يجوز لأن هذا التصرف ليس اصلح من تركه

و ان كان يجوز لنا من اول الأمر بيع المال بالدينار لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقدا. اما

لو جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز، و كذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع، لأننا إذا فرضنا ان القرب يعم ابقاء مال اليتيم على

حاله، كما هو الاحتمال الرابع، فيجوز التصرف المذكور، إذ بعد كون الاحسن هو جعل مال اليتيم نقدا، فكما انه مخير في الابتداء بين

جعله دراهم أو دينارا، لأن القدر المشترك احسن من غيره، واحد الفردين فيه لا مزية لاحدهما على الآخر فيخير، فكذلك بعد جعله

دراهم إذا كان كل من ابقاء الدراهم على حاله و جعلها دينارا قريبا و القدر المشترك احسن من غيره، فأحد الفردين لا مزية فيه على

الآخر فهو مخير بينهما.

و فيه: ان استعماله في غير التفضيل كثيرا مع القرينة لا ينافي ظهوره فيه إذا ذكر بلا قرينة، و عدم ذكر كلمة من أو الاضافة انما يوجب

ظهوره في العموم، و لا ينافي ذلك.

الثاني: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: انه ان اريد منه الأحسن من جميع ما عداه لزم عدم الأقدام على شيء من التصرفات

عند مساواتها أو مساواة عدة منها في مقدار المصلحة، فان كل واحد من تلك الأفراد المساوية ليس احسن من جميع ما عداه،

و ان اريد منه الأحسن في الجملة و لو من بعض ما عداه لزم جواز تصرف يكون هو احسن من ما دونه و ان كان هناك تصرف آخر

احسن منه.

و فيه: ان المراد به هو الأحسن مطلقا، الا انه في الفرض نقول بان الجامع بين الأفراد المتساوية في مقدار من المصلحة يكون احسن من

غيره، فيجوز، و لازمه التخيير بين الأفراد.

الثالث: انه لو فرضنا ان الترك و سائر التصرفات لا حسن فيها اصلا، و هذا الفعل كالبيع فيه مصلحة أكيدة، لزم عدم جوازه، فانه لا

يصدق الأحسن لعدم المبدأ في غيره

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٧

و الحاصل أنه كل ما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء، لكون القدر المشترك بينهما أحسن و عدم مزية لأحد الفردين تحقق

التخيير لأجل ذلك استدامة فيجوز العدول من احدهما بعد فعله الى الآخر، إذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة الى حال اليتيم، و ان

كان فيه نفع يعود الى المتصرف، لكن الانصاف ان المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة الى المعنى الثالث. و ان كان

الذي يقتضيه التدبر في غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام ان لا

يختاروا في امر مال اليتيم، الا ما كان احسن من غيره (١)

لتكون الزيادة صادقة في البيع، مع انه جائز قطعاً.

وفيه، اولاً: انه لا محذور في الالتزام بعدم شمول المستثنى له، وانما يلتزم بالجواز بالاولوية، إذ لو جاز البيع مع وجود المصلحة في غيره فجوازه مع عدمها يكون اولي.

و ثانياً: انه يحمل الأحسن على التفضيل المجازي، اي ما يترجح على غيره في نظر العقلاء سواء كان لأجل ان مصلحته أكد من مصلحة غيره، أو من جهة ان فيه المصلحة و في غيره المفسدة.

و قد ظهر مما ذكرناه امران:

(١) الاول: تمامية ما افاده المصنف قدس سره من ارادة الاحسن مطلقاً.

الثاني: عدم تمامية ما افاده من انه لو فرضنا بيع المال اليتيم بعشرة دراهم و فرضنا انه لا يتفاوت الحال في ابقاء الدراهم أو جعلها ديناراً لا يجوز ذلك، فان هذا التصرف ليس اصلح من تركه.

وجه عدم تماميته: ان الجامع بينه و بين الابقاء يكون اصلح من غيره، فيجوز و يتخير بين الفردين. فالأظهر جواز التبديل.

هذا بحسب ما يستفاد من الآية، فقد عرفت انه يستفاد منها اعتبار المصلحة،

و أما بحسب الروايات، فقد ذكر المصنف قدس سره روايتين و ادعى دلالتهما على كفاية عدم المفسدة و عدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم:

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٨

نعم ربما يظهر من بعض الروايات، ان مناط حرمة التصرف هو الضرر لا ان مناط الجواز هو النفع.

ففي حسنة الكاهلي قال لأبي عبد الله عليه السلام: انا لندخل على أخ لنا في بيت أيتام و معهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم،

و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا، و فيه من طعامهم، فما ترى في ذلك،

قال: ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و ان كان فيه ضرر فلا، بناء على ان المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما

يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الدليل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازي ذلك (١)

فلا تنافي على ذلك بين الصدر و الدليل على ما زعمه بعض المعاصرين من ان الصدر دال على اناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في

مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضر. و هذا منه مبنى على ان المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بازاء مال اليتيم

إليه، بمعنى ان يكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل إليهم من ماله، كأن يشرب ماء فيعطى فلساً بازائه، و

هكذا و انت خبير بأنه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافي.

احدهما حسنة «١» الكاهلي عن الامام الصادق عليه السلام المذكورة في المتن

(١) تقريب الاستدلال بها: ان المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من مال اليتيم عند دخولهم من جهة ان ما لوحظت

المنفعة بالإضافة إليه هو الدخول في بيت الأيتام و القعود على بساطهم، فما يتعقبه من العوض زيادة بالإضافة الى ذلك فتصدق عليها

المنفعة، فيكون المراد بالضرر في الدليل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازي ذلك فلا تنافي بين صدر الخبر و الدليل، و يكون المستفاد

منه الجواز مع عدم المفسدة، و ان لم تكن مصلحة.

وفيه: ان المراد بالنفع ان كان مطلق الزيادة- بالإضافة الى ما ذكر و ان كانت

(١) الوسائل- باب ٧١- من ابواب ما يكتسب به حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٩

و في رواية ابن المغيرة قلت لأبي عبد الله عليه السلام ان لى ابنة اخ يتيمة، فربما اهدى لها الشىء فاكل منه، اطعمها بعد ذلك الشىء من مالى، فأقول: يا رب هذا بهذا، قال: لا بأس فإن ترك الاستفصال من مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة (١) الا ان يحمل على الغالب من كون التصرف فى الطعام المهدي إليها و اعطاء العوض بعد ذلك اصلح إذ الظاهر ان الطعام المهدي إليها هو المطبوخ و شبهه.

اقل مما يوازيه- لزم جواز الدخول مع اعطاء اقل مما يوازيه، و هذا لا يجوز قطعاً، و ان كان المراد بالاضافة الى مالىة اموالهم خرجت صورة مساواة النفع و الضرر عن منطوق الخبر، و تعارضت فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصري المصنف قدس سره.

و الحق ان يقال: ان فى مورد الخبر خصوصية ليس فيها حد الوسط بين النفع و الضرر، فانه بالتصرف فى الدار و البساط و الخادم و الطعام المخلوطة بطعام صاحبه لا يلزم خسارة مالىة على الأيتام، فكل ما اعطى بازاء ذلك ان كان يوازي ذلك يعد نفعاً لهم، و ان اعطى اقل من ذلك كان ضرراً- فتدبر- و لو اغمض عن ذلك و سلم التعارض بين مفهوم الشرطيتين يحكم بالتساوق و الرجوع الى الآية الشريفة الدالة على عدم الجواز إذا لم يكن فى التصرف مصلحة و نفع عائد الى الأيتام.

ثانيتها: رواية «١» على بن المغيرة: المذكورة فى المتن

(١) تقريب الاستدلال بها: ان المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من اعتبار الزيادة، و لا ريب فى ان منصرف الرواية صورة عدم النقص فلا يرد عليه الايراد: بان مقتضى ترك الاستفصال جواز اعطاء الأنقص. و لكن ترد عليه امور:

الأول: ان من يأكل من طعام الغير و يريد اعطاء عوضه و بنائه على عدم اعطاء الأقل لا محالة يعطى مقداراً ازيد، و فرض التساوى نادر جدا ملحق بالمعدوم.

الثانى: ان الظاهر كون اليتيمة تحت اختياره و امرها بيده، و حينئذ يكون عدم

(١) الوسائل باب ٧١ من ابواب ما يكتسب به حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٠

و هل يجب مراعاة الاصلح ام لا؟ و جهان: قال الشهيد قدس سره فى القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحة فى مال للمولى عليه أو يكفى نفى المفسدة. يحتمل الأول، لانه منصوب لها (١) و لأصالة بقاء الملك على حاله (٢) و لأن النقل و الانتقال لا بد لهما من غاية، و العدميات لا تكاد تقع غاية (٣)

التصرف فى طعامها ابقاء لما لها و تصرفاً وجودياً، فالجامع بينه و بين التصرف بازاء ما يبذل ما يساويه ذو مصلحة، فيكون جائزاً، و يتخير بين الفردين.

الثالث: ان الظاهر كون الطعام مطبوخاً، فلا محالة اكل مقدار منه و اعطاء عوضه المساوى معه فى القيمة يكون اصلح بحال اليتيمة.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم، من غير فرق بين التصرفات الخارجية و المعاملية. و الشهيد قد استدل لاعتبار المصلحة بوجوه اخر:

(١) الاول: انه منصوب لها.

و فيه: ان هذا اول الكلام، و لعله منصوب وليا لحفظ ماله، فيتخير بين تبديل ماله بما يماثله، و ابقائه على حاله.

(٢) الثاني: اصالة بقاء الملك على حاله.

و فيه: انه لا يرجع إليها مع عموم دليل الولاية.

(٣) الثالث: ان العدميات لا تكاد تقع غاية.

و فيه: ان العدميات و ان لم تقع غاية، بل الغاية لا بد و ان تكون امرا وجوديا، الا ان اعتبار كونها امرا وجوديا راجعا الى المولى عليه مما لم يدل عليه دليل، مع الاغماض عما ذكرناه، فلو فرضنا انه لا مفسدة في بيع مال اليتيم، و كانت هناك مصلحة راجعة الى نفس المتصدى للبيع جاز بمقتضى عموم ادلة الولاية، لو لا الآية الشريفة.

و بالجملة: الكلام في المقام انما هو في ان البيع الذي لا مفسدة فيه إذا كان بداع عقلائي هل يكون نافذا ام لا؟

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣١

و على هذا هل يتحرى الاصلح ام يكتفى بمطلق المصلحة فيه وجهان (١) نعم لمثل ما قلنا لا لأن ذلك لا يتناهى، و على كل تقدير لو ظهر في الحال الاصلح و المصلحة لم يجز العدول عن الاصلح، و يترتب على ذلك اخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة، و ترويج المجنون حيث لا مفسدة و غير ذلك، انتهى.

الظاهر ان فعل الاصلح في مقابل ترك التصرف رأسا غير لازم، لعدم الدليل عليه فلو كان مال اليتيم موضوعا عنده و كان الاتجار به اصلح منه لم «لا» يجب الا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معاني القرب في الآية بأن يراد لا تختاروا في مال اليتيم امرا من الأفعال أو التروك الا ان يكون احسن من غيره.

و قد عرفت الاشكال في استفادة هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهى عن جميعها لا ما كان احسن من غيره و من الترك فلا يشمل ما إذا كان فعل احسن من الترك، نعم ثبت بدليل خارج حرمة الترك إذا كان فيه مفسدة. و أما إذا كان في الترك مفسدة.

(١) و هل يتحرى الاصلح ام يكتفى بمطلق المصلحة فيه وجهان.

ظاهر الآية الشريفة اعتبار تحرى الاصلح، غاية الأمر بالنسبة الى التصرفات المتعارفة، و أما لو خرج الاصلح عن ذلك و اوجب تحريه الاصلح الحرج، أو كان خلاف المتعارف، فلا يجب.

و بهذا يندفع ما ذكره الشهيد قدس سره في وجه عدم لزوم تحرى الاصلح من ان ذلك لا يتناهى.

بقي في المقام شيء لم ار من تعرض له، و هو: ان نظر الولي في الحسن هل له موضوعية ام هو طريق الى الحسن الواقعي و ثمرة ذلك انه لو باع الولي و كان في ذلك مصلحة بنظره ثم تبين عدم المصلحة فعلى الأول يصح البيع و على الثاني لا يصح.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: السيرة القطعية.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٢

و دار الامر بين افعال بعضها اصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه بل ربما يعد العدول في بعض المقامات افسادا كما إذا اشترى في موضع بعشرة. و في موضع آخر قريب منه بعشرين فإنه يعد بيعه في الأول افسادا للمال و لو ارتكبه عاقل عد سفيها ليس فيه

ملكة إصلاح المال، وهذا هو الذي أراده الشهيد بقوله: و لو ظهر في الحال انتهى.

نعم قد لا يعد العدول من السفاهة كما لو كان يبيعه مصلحة و كان يبيعه في بلد آخر اصلح مع اعطاء الأجرة منه ان ينقله إليه و العلم بعدم الخسارة، فإنه قد لا يعد ذلك سفاهة لكن ظاهر الآية وجوبه.

الثاني: لزوم اختلال النظام من عدم الصحة في الفرض، مثلا لو باع مال اليتيم و بعد ثلاث سنين ظهر عدم المصلحة، و من الواضح ان الحكم بالفساد في هذا المورد و شبهه يستلزم الحرج و اختلال النظام.

الثالث: ان دلالة الآية الشريفة- التي هي المقيدة لإطلاق ادلة الولاية على ان التصرف غير الأحسن إذا كان معامليا باطل- انما تكون من جهة دلالة النهي على الحرمة،

و ان ارتكابه حينئذ موجب للفسق و مخرج له عن الولاية، و من الواضح انه إذا كان البيع بنظر الولي صلاحا لا يكون هو موجبا للفسق، و ان لم يكن في الواقع كذلك.

نقل العبد المسلم الى الكافر

قوله مسألة يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا ان يكون مسلما بما ان هذا البحث لا موضوع له في هذا الزمان فالصفح عن التعرض له اولى.

نقل المصحف الى الكافر

قوله المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر و قد تقدم الكلام في هذه المسألة في الجزء الثاني من هذا الشرح في الخاتمة فلا وجه للاعادة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٣

القول في شرائط العوضين: (١)

[مسألة من شروط العوضين المالية]

إشارة

يشترط في كل منهما كونه متمولا، (٢) لأن البيع لغه مبادلته مال بمال، و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعه مقصودة للعقلاء محللة في الشرع لأن الأول: ليس بمال عرفا كالخنافس و الديدان، فإنه يصح عرفا سلب المصرف لها و نفي الفائدة عنها.

و الثاني: ليس بمال شرعا كالخمر و الخنزير، ثم قسموا عدم الانتفاع الى ما يستند الى حسه الشيء، كالحشرات، و الى ما يستند الى قلته كحبة حنطة، و ذكروا انه ليس مالا و ان كان يصدق عليه الملك. و لذا يحرم غصبه اجماعا. و عن التذكرة: انه لو تلف لم يضمن اصلا، و اعترضه غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل.

(١) المقصد الرابع: فى شرائط العوضين.

وقد ذكرنا بعضها فى الباب الأول، و كيف كان فيشترط فى كل منهما امور اخر.

(٢) الاول والثانى: كونه مالا، و ملكا.

و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى مقامين:

الأول: فى بيان حقيقة المال، و الملك.

الثانى: فى وجه اعتبارهما.

اما الأول: فالمال يكون على نحوين:

احدهما: ما كانت ماليتها ذاتية، و هو كل ما فيه منفعة عائدة الى الانسان، و يحتاج إليه بحسب فطرته من المأكل و المشروب و الملبوس و ما شاكل الموجبة لحدوث رغبة الناس فيه و ادخاره للارتفاع به وقت الحاجة، و يبذلون بازائه شيئا مما يرغبون فيه من النقود و غيرها من جهة توقف الوصول إليه الى اعمال عمل، ففى الحقيقة يعتبر فى صدق المال على شىء امران:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣٤

...

احدهما: كونه موضوعا لغرض، سواء كان ذلك دفع الضرورات الأولية كالأقوات،

أو العرضية كالأدوية، أو لتحصيل اللذة كالفواكه و بعض الأشربة.

ثانيهما: توقف الوصول إليه الى اعمال عمل، و لأجل ذلك تختلف مالية الأموال من جهة اختلاف مقدار الحاجة و العمل الذى يحتاج إليه فى الوصول الى ذلك الشىء.

مثلا الغرض المترتب على الماء ازيد بمراتب من ما يترتب على بعض الأدوية النادرة الوجود، و لكن المال على الشاطئ لا مالية له، و ذلك الدواء له مالية معتد بها. و السر فى ذلك: فقد الأمر الثانى فى الأول، و لذا كلما ازداد بعدا عن الشط ازدادت ماليتها.

ثانيهما: ما كانت ماليتها اعتبارية و جعلية كالنقود، و هو على قسمين:

الأول: ما كان الاعتبار فيه عاما يشترك فيه جميع افراد البشر بدافع من الشعور بالحاجة الاجتماعية، و هى توقف حفظ نظام النوع على التبادل بين الأموال و عدم امكان التبادل بين الأموال التى ماليتها ذاتية كالأحجار الكريمة من الذهب و الفضة و غيرها.

و بالجملة: القسم الأول ما بنى العقلاء على اعتبار المالية له.

الثانى: ما كان الاعتبار فيه خاصا، و هو ايضا على قسمين،

إذ قد يكون شىء خاص تعتبر له المالية من جانب دولة ما بالنظر الى ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب اثر خاص عليه كطوابع البريد، فان كل طابع له مالية فى مملكته خاصة دون الممالك الاخر، و ماليتها انما تكون بلحاظ ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب اثر

خاص عليه و هو اىصال المكتوب الى اى محل شاء المرسل مقابل الصاق الطابع المعين به،

وقد يكون الاعتبار فيه ليقوم مقام القسم الأول كالدينار العراقى و الأسكناس، و هذا القسم الأخير لا يعتبرونه العقلاء مالا بمجرد اعتبار المعبر أيا من كان، بل لا بد و ان يكون له غطاء، و يعبر عنه بغطاء العملة، و التغطية على وجوه،

ثم ان حرمة المنافع كعدمها مسقطه للمال عن المالية.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣٥

...

و أما الملكية فلها اربع مراتب:

الأولى: الملكية الحقيقية، و هي عبارة عن السلطنة بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدودا و بقاء، و هي مخصوصة بالله تعالى.

الثانية: الملكية الذاتية، و المراد بالذاتي ما لا يحتاج تحققه الى امر خارجي، لا الذاتي في باب البرهان و لا الذاتي في باب الكليات الخمس،

و هي عبارة عن الاضافة الحاصلة بين الشخص و نفسه و عمله و ذمته، إذ الانسان مالك لعمله و لنفسه و لذمته بالملكية الذاتية، و الشاهد به الضرورة و الوجدان و السيرة العقلانية، و هذه المرتبة دون مرتبة الواجديّة الحقيقية المختصة بالله تعالى.

الثالثة: الملكية المقولية، و هي عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة جسم بجسم آخر، كالهيئة الحاصلة من التعمم و التقمص و ما شاكل.

الرابعة: الملكية الاعتبارية، و هي التي يعتبرها العقلاء أو الشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعية الى ذلك. و هذه المرتبة من الملكية قد تكون اولية، و قد تكون اضافة ثانوية.

و الاولى قد تكون اصلية كالاضافة الحاصلة بالعمل أو بالحيازة أو بهما معا، و قد تكون تبعية و هي ما تكون بين المالك و نتاج امواله،

و الاضافة الثانوية و المراد بها ما قابل الاولى، و ان طرأت على الأموال مرارا عديدة، و هي قد تكون قهرية كالاضافة الحاصلة بسبب الأثر، و قد تكون اختيارية كالاضافة الحاصلة من المعاملات.

و لتفصيل الكلام محل آخر.

و محل الكلام في المقام هو اعتبار الملكية الذاتية، أو الاعتبارية.

و أما النسبة بين المال و الملك فهي العموم من وجه، إذ الحبة من الحنطة ملك

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٦

و الأولى ان يقال ان ما تحقق انه ليس بمال عرفا، فلا اشكال و لا خلاف في عدم جواز وقوعه احد العوضين إذ لا بيع الا في ملك (١) و ما لم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال في مقابله أكلا بالباطل عرفا (٢) فالظاهر فساد المقابلة و ما لم يتحقق فيه ذلك، فان ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو

و ليست بمال، و المباحات الأصلية قبل حيازتها اموال و ليست بملك لأحد، و قد يجتمعان و هو كثير.

بيان الدليل على اعتبار المالية و الملكية في العوضين

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الدليل على اعتبار المالية.

الثاني: في الدليل على اعتبار الملكية.

(١) اما المورد الأول: فقد افاد المصنف قدس سره ان ما تحقق فيه عدم المالية عرفا يشهد لعدم جواز وقوعه احد العوضين ما دل على انه لا- بيع الا في ملك «١». و ما لم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال في مقابله أكلا للمال بالباطل فلا يجوز، و ما لم يتحقق فيه

ذلك فان دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو و الا فمقتضى العمومات جواز جعله احد العوضين.

في كلامه قده مواقع للنظر:

الأول: في استدلاله على فساد البيع فيما تحقق فيه عدم المايه بما دل على انه لا- بيع الا في ملك، إذ عرفت ان النسبة بين المال و الملك عموم من وجه، فعدم المايه ليس مستلزما لعدم المايه كى يستدل بما تضمن اعتبار الملك على اعتبار المال.

(٢) الثانى: استدلاله للفساد فيما إذا لم يتحقق المايه و لا- عدمها بما دل على عدم جواز اكل المال بالباطل فان صدق اكل المال الباطل ان كان لاجل عدم المايه فهو طريق إليه لا شىء فى مقابله، مع ان المفروض الشك فى صدق المايه، فلا محاله يشك فى صدق اكل المال بالباطل.

(١) راجع سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤ الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣٧

و إلا- فلا يخفى وجوب الرجوع الى عمومات صحة البيع و التجارة (١) و خصوص قوله عليه السلام فى المروى عن تحف العقول: و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه الى آخر الروايه. و قد تقدمت فى اول الكتاب.

و ان كان لا لأجل ذلك فلا وجه لعهده من شئون ما لم يعلم انه مال.

(١) الثالث: فى استدلاله بالعمومات، بعد فرض عدم تحقق انه ليس بمال، و عدم احراز صدق اكل المال بالباطل، و عدم دليل خاص على عدم جواز البيع، على الصحة فانه إذا توقف صدق البيع الذى هو عنده مبادلته مال بمال على احراز كون العوضين من الاموال، فمع الشك فى ذلك يشك فى صدق الموضوع، و معه لا يبقى مورد للتمسك بالعموم فالحق ان يقال: ان اعتبار المايه فى العوضين انما يكون من جهه عدم صدق عناوين المعاملات بدونها، حيث ان البيع مثلا عبارة عن الاعطاء لا مجانا، فإذا كان العوض مما لا مايه له فاعطاء المعوض اعطاء مجانا و هكذا عنوان التجارة و العقد، و هذا هو الميزان.

ثم انها هنا فروعا:

منها: انه إذا كان للشىء منفعة نادرة هل يجوز بيعه ام لا؟ و منها: انه إذا كان للشىء منفعة محللة نادرة و منفعة الظاهرة محرمة هل يجوز بيعه ام لا؟ و قد تقدم الكلام فى هذه الفروع فى الجزء الاول من الشرح و أما المورد الثانى: فقد استدلت لاعتبار المايه بوجوه:

الأول: النصوص الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده «١» و قد مر فى مبحث بيع الفضولى ان تلك النصوص معارضة بما تضمن الجواز «٢»

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود.

(٢) نفس المصدر.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣٨

ثم انهم احترازوا باعتبار المايه فى العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس كالماء،

و الكلاء، و السموك، و الوحوش، قبل اصطياها، بكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل (١)

و بلحاظ التعارض تحمل على ارادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه،

مضافا الى امكان حملها على ارادة بيع ما لا يقدر على تسليمه. فراجع.

الثاني: النصوص الواضحة الدلالة ذكر هذا الوجه في الجواهر.

و فيه: انه ان اريد بها نصوص بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم، و ان اريد بها غيرها فعليه التوضيح و البيان.

الثالث: ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكا سفهي، و اكل للمال بالباطل.

و فيه: انه إذا فرضنا تسلطه على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكا- كالكلي في الذمة- لا يكون البيع سفهيا و لا أكلا للمال بالباطل.

الرابع: الإجماع.

و فيه: انه لعدم كونه تعديلا لا يعتمد عليه.

و قد يقال: بعدم اعتبار الملكية نظرا الى انه يجوز بيع الكلي في الذمة، مع انه ليس مملوكا للبائع.

و فيه: ما مر من انه مملوك بالملكية الذاتية.

و الحق ان يقال: انه لا يجوز بيع المباحات و لا مال الغير لعدم سلطانه على المبيع و عدم كون البائع مالكا لأمرهما.

اما في الثاني: فواضح

(١) و أما في المباحات: فلأن المباحات الأصلية متساوية النسبة الى البائع و المشتري، و ليست هي كالكلي ليتعهد به في ذمته، و لا

كالعين الشخصية المضافة إليه بالإضافة الملكية لتكون له السلطنة عليه، فعدم جواز البيع فيها انما هو لأجل عدم تسلطه على المبيع و

عدم كونه مالكا لأمره، لا لعدم ملكية الرقبة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٩

و احترازوا به ايضا عن الأرض المفتوحة عنوة، و وجه الاحتراز انها غير مملوكة لملاكها (١) على نحو سائر الأملاك، بحيث يكون

لكل منهم جزء معين من عين الأرض و إن قل. و لذا لا- يورث بل و لا- من قبيل الوقف الخاص على معينين لعدم تملكهم للمنفعة

مشاعا، و لا- كالوقف على غير معينين كالعلماء و المؤمنين، و لا- من قبيل تملك الفقراء للزكاة، و السادة للخمس، بمعنى كونهم

مصارف له لعدم تملكهم لمنافعها بالقبض، لأن مصرفه منحصر في مصالح المسلمين. فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة

مصلحتهم، فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دل عليه الدليل، و معناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك، ثم ان كون

هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الاجماع و دل عليه النص كمرسلة حماد الطويلة و غيرها و حيث جرى في الكلام ذكر بعض

اقسام الأرضين فلا بأس بالاشارة اجمالا الى جميع

اقسام الارضين و احكامها.

اشارة

(١) الكلام في الأرض المفتوحة عنوة هل هي ملك للمسلمين، ام ليست كذلك سيأتى عند تعرض المصنف له و لكن بناء على

كونها ملكا لهم لا يكفي مجرد التقييد بالملك في خروجها، بل لا بد من اضافة خصوصية الى الملكية كي يصح الاحتراز بواسطة

تلك الخصوصية.

ثم على القول بانها ملك يقع الكلام في تطبيق ملكيتها على سائر انحاء الملكية لا إشكال في انها ليست ملكا طلقا لجميع المسلمين، و

الا لزم الانتقال بالإرث،

مع ان القوم غير ملتزمين بذلك، و لزم عدم تسلط غير الملاك على التصرف فيها كما هو مقتضى الناس مسلطون على اموالهم، «١» مع

ان امرها بيد ولي الأمر و لا لنوع المسلمين، فانه و ان لم يرد عليه المحذوران المتقدمان- إذ لا تعين للميت حتى يرثه وارثه و لا تعين

للمالك فلا- محالة تكون الولاية لولى الأمر القابض على هذه الأرض. الا- انه يرد عليه: ان لازمه جواز اعطاء ولى الأمر عين هذه الأرض لأحد من المسلمين من دون مصلحة، و لا وقفا لهم، و الا لزم عدم جواز بيعها الا فى موارد مخصوصة منصوصة لا لما يراه ولى الأمر من المصلحة،

بل هى ملك لنوع المسلمين، و جعل امرها عينا و منفعة الى ولى الأمر مع رعاية مصلحة النوع.

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم- ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٤٠

فقول و من الله الاستعانة:

الأرض اما موات، و أما عامرة، و كل منهما اما ان تكون كذلك اصلية، أو عرض لها ذلك،

فالأقسام اربعة لا خامس لها.

الأول: ما يكون مواتا بالأصالة

بأن لم تكن مسبقة بعمارة، و لا إشكال و لا خلاف منا فى كونها للإمام عليه السلام، (١) و الاجماع عليه محكى عن الخلاف، و الغنية، و جامع المقاصد، المسالك، و ظاهر جماعة اخرى، و النصوص بذلك مستفيضة، بل قيل انها متواترة (٢).

اقسام الارضين و احكامها

(١) قوله و لا- إشكال و لا- خلاف منا فى كونها للإمام عليه السلام تنقيح القول فى المقام بالبحث فى جهات الاولى: فى انها للإمام عليه السلام ام لا- الثانية: فى انها تملك بالاحياء ام لا الثالثة: فى اعتبار اذنه عليه السلام فى التملك بالاحياء الرابعة: فى ان التملك بالاحياء هل يختص بالشيعه أو يشمل كل مسلم ام يعم الكافر الخامسة: فى ان الارض هل يملكها المحيى مجاناً أو يجب اداء خراجها الى الامام و قيل بيان هذه الجهات لا بد و ان يعلم ان الموات هى الارض المعطلة التى لا ينتفع بها لذلك اما لانقطاع الماء عنها أو لغير ذلك.

اما الجهة الاولى فلا اشكال نصا و فتوى فى انها للإمام عليه السلام

(٢) و لكن ما ذكره المصنف قدس سره من ان النصوص بذلك مستفيضة بل قيل انها متواترة- غير تام- فان بعض تلك النصوص يتضمن كون الارض الخبرة للإمام عليه السلام او من الانفال الثابت كونها له عليه السلام كمصحح «١» حفص و موثق «٢» سماعه و غيرهما و بعضها يتضمن ان الارض الخبرة التى باد اهلها له أو منها كخبر ابى بصير «٣»

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال من كتاب الخمس حديث ١.

(٢) نفس المصدر ح ٨

(٣) نفس المصدر حديث ٢٨.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٤١

و هى من الانفال. نعم ابيح التصرف فيها بالاحياء بلا عوض (١) و عليه يحمل ما فى النبوى موتان الأرض لله و رسوله صلى الله عليه و آله، ثم هى لكم منى أيها المسلمون، و نحوه الآخر عادى الأرض لله و لرسوله ثم هى لكم منى و ربما يكون فى بعض الأخبار وجوب اداء خراجها إلى الامام عليه السلام كما فى صحيحة الكابلى قال وجدنا فى كتاب على) ان الأرض لله يورثها من يشاء و العاقبة للمتقين

(قال: انا و اهل بيتي الذين اورثنا الله الارض و نحن المتقون و الأرض كلها لنا، فمن احبى من الأرض من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي، و له ما اكل منها الخير.

و بعضها يتضمن ان الارض التي لا رب لها أو الارض الميتة التي لا رب لها له كمرسل «١» حماد و غيره و بعضها يدل على ان الارض كلها له كصحيح «٢» الكابلي المذكور في المتين و بعضها يتضمن ان موتان الارض للرسول صلى الله عليه و آله كالنبيين «٣» المذكورين في المتين اما نصوص الارض التي لا رب لها فمطلقها و مقيدتها مسوقة لبيان ان مالا مالك له له عليه السلام لا لخصوصية في الموات من الارض- و أما ما دل على ان الارض كلها للامام عليه السلام فلا بد من حمله على ارادة الملكية غير الاعتبارية كما لا يخفى و أما النبويان فغير مرويين من طريقنا.

(١) و أما الجهة الثانية فلا خلاف في انها تملك بالاحياء و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل حكى اجماع المسلمين عليه و يشهد له جملة من النصوص

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال من كتاب الخمس حديث ٤.

(٢) نفس المصدر ح ٢.

(٣) المبسوط كتاب احياء الموات- التذكرة ج ٢ ص ٤٠٠

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٢

و مصححه عمر بن يزيد انه سال رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضا مواتا تركها اهلها فعمرها و اجرى انهارها و بنى فيها بيوتا و غرس فيها نخلا و شجرا،

فقال أبو عبد الله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يقول: من احبى ارضا من المؤمنين فهي له، و عليه طسقتها يؤديه به إلى الامام عليه السلام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على ان يؤخذ منه الخير. و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب ايصال الطسق إذا طلبه الامام عليه السلام

كقول الامام الصادق في الحسن كالصحيح قال رسول الله صلى الله عليه و آله من احبى ارضا مواتا فهي له «١»

و قوله عليه السلام في خبر السكوني قال رسول الله صلى الله عليه و آله من غرس شجرا أو حفر واديا- الى ان قال أو أحبى ارضا ميتة فهي له قضاء من الله و رسوله «٢»

و قول سيدنا ابي جعفر عليه السلام في الصحيح قال رسول الله صلى الله عليه و آله من أحيا ارضا مواتا فهي له «٣» و نحوها غيرها.

و أما الجهة الثالثة فعن جماعة منهم الشيخ في الخلاف و المحقق الثاني في جامع المقاصد و غيرهما في غيرهما دعوى الاجماع على اعتبار الاذن،

و هناك وجهان آخران بل قولان احدهما عدم اعتباره الثاني التفصيل بين زمانى الحضور و الغيبة فيعتبر الاذن في الاول دون الثاني.

مقتضى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه- اعتباره.

و قد استدلل لعدم الاعتبار بانه يكفى في الجواز اذن مالك الملوک في ذلك و ان لم يأذن مالکها كما في التملك بالالتقاط و حق المارة و فيه ان استكشاف اذن مالك الملوک ان كان من النصوص المتضمنة لسببية الاحياء للملك، فيرد عليه، ان تلك النصوص كأدلة ساير الاسباب، فكما انها لا تعارض ما دل على اناطتها باذن المالك كذلك هذه و ان كان من غيرها فعليه البيان.

(١) الوسائل باب ١ من احياء الموات حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب احياء حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٣

لكن الأئمة عليهم السلام بعد امير المؤمنين عليه السلام حللوا شيعتهم و اسقطوا ذلك عنهم (١) كما يدل عليه قوله عليه السلام فى رواية مسمع بن عبد الملك: كلما كان فى ايدى شيعةنا من الأرض فهم فيه محللون يحل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان فى ايديهم، و يترك الأرض فى ايديهم. و أما ما كان فى ايدى سواهم. فان كسبهم فى الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا، و يأخذ الأرض من ايديهم و يخرجهم عنها صغرة. الخبر

و استدلل للقول الثالث بامتناع الاستيذان منه عليه السلام فى زمان الغيبة و لم يدل دليل على نيابة الفقيه عنه فى هذه الامور مع مشروعية الاحياء مطلقا و فيه انه يتوقف على عدم ثبوت صدور الاذن منهم عليهم السلام و سيأتى الكلام فيه، فالأظهر اعتبار اذنه.

و القائلون باعتبار الاذن- يدعون صدوره منه عليه السلام و استندوا فى ذلك الى وجوه الاول النويان المذكور ان فى المتن و المتقدم اليهما الاشارة، حيث ان فى احدهما- ثم هى لكم منى، و فى الآخر ثم هى لكم منى ايها المسلمون، و مقتضاهما و ان كان هو التملك و لو مع عدم الاحياء الا انه جمعا بينهما و بين ما دل على سببية الاحياء نلتزم بملكية المحيى خاصة و فيه ما تقدم من انهما غير مرويين عن طرفنا الثانى نفس قولهم عليهم السلام، من احيى ارضا مواتا فهى له: فانه و ان تضمن الاذن التشريعى فى الاحياء الا ان صدور ذلك من المالك يقتضى كونه اذنا مالكيًا نظير من قال من دخل دارى فله كذا فانه متضمن للاذن المالكى كتضمنه لسببية الدخول للجزاء و كذلك فى المقام و فيه ان الاذن المالكى لا بد و ان يصدر من المالك فهذه النصوص المتضمنة لهذه الجملة تفيد بالنسبة الى ائمة الائمة الذين قبل امام زماننا عليه السلام و حيث ان هذه الجملة لم تصدر منه عليه السلام و هو المالك فلا يفيد ذلك كما لا يخفى

(١) الثالث اخبار «١» التحليل سميا مثل خبر «٢» مسمع بن عبد الملك المذكور فى المتن

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال.

(٢) نفس المصدر ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٤

نعم ذكر فى التذكرة انه لو تصرف فى الموات احد بغير اذن الامام عليه طسقتها، و يحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور، و إلا فالظاهر عدم الخلاف فى عدم وجوب مال الامام فى الأراضى فى حال الغيبة، بل الاخبار متفقة على انها لمن احيها، و سيأتى حكاية اجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء.

فانه يستفاد منها حلية التصرف- فبضمها الى ما يضمن سببية الاحياء للملك- يستنتج اذنههم عليهم السلام فى التملك بالاحياء و هذا اوجه متوقف على عدم اختصاص التحليل بخصوص المناكح و المساكن و المتاجر و شمولها للاراضى- و قد اثبتنا ذلك فى الجزء السابع من فقه الصادق الرابع ما افاده المحقق كاشف الغطاء و هو دلالة شاهد الحال على رضا هم بالاحياء و طيب نفسهم بعمارة الارض- و لا بأس به ايضا فتحصل ان الاظهر ثبوت رضا هم عليهم السلام بالاحياء.

و أما الجهة الرابعة- فعن التذكرة الاجماع على اعتبار الاسلام فى الملك بالاحياء و نحوه ما عن جامع المقاصد- و عن صريح المبسوط و الخلاف و السرائر و الجامع و ظاهر المهذب و النافع و اللمعة و تبعهم جمع من اساطين متأخرى المتأخرين عدم الفرق فى ذلك بين المسلم و الكافر و ان الكافر ايضا يملك بالاحياء يشهد للثانى- مضافا الى اطلاق جملة من نصوص الباب صحيح محمد بن مسلم سألته عن الشراء من ارض اليهود و النصرى فقال ليس به بأس الى أن قال ايما قوم احيوا شيئا من الارض أو عملوه فهم احق بها و هى لهم «١» و نحوه صحيح «٢» الفضلاء و خبر «٣» زرارة و استدلال للاختصاص بالمسلم بالنبيين المتقدمين المتضمنين للتملك بالمسلمين و بصحيح الكابلى المتقدم من احيى ارضا من المسلمين فليعمرها.

(١) الوسائل باب من ابواب الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٥.

(٣) الوسائل باب من ابواب احياء الموات حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٤٥

...

و لكن النبوين ضعيفان- و الصحيح لا مفهوم له كى يدل على عدم تملك غير المسلمين بالاحياء فيعارض مع النصوص المتقدمة فالأظهر عدم الاختصاص بالمسلم و لكن بعد ما عرفت من اعتبار الأذن، و ان ثبوت اذنتهم عليهم السلام انما يكون- باخبار التحليل المختصة بالشيعة، و دلالة شاهد الحال، ففى زمان الغيبة الالتزام بملكية الارض لغير الشيعة بالاحياء يتوقف على احراز رضاه عليه السلام بذلك و الا فلا يكون الاحياء مملكا و فى صحيح «١» عمر بن يزيد عن مسمع بن عبد الملك المتقدم ما كان فى ايدى سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض- و هذا صريح فى عدم الاذن لغير الشيعة فالأظهر هو الاختصاص بهم.

و أما الجهة الخامسة- فظاهر فتاوى القوم ان الملك بلا عوض و عن فوائد الشرائع احتمال العوض و ظاهر قولهم عليهم السلام من احيى ارضا مواتا فهى له- هو حصول الملك مجانا- و مقتضى صحيحى الكابلى، و عمر بن يزيد المتقدمين هو ايجاب الخراج المنافى لكونها ملكا- و مقتضى نصوص التحليل سقوط الخراج و الجمع بين هذه الطوائف، بحمل نصوص الخراج على زمان الحضور، كما فى المتن احتماله، يأباه صريح نصوص التحليل، كما ان حمل نصوص الخراج على بيان الاستحقاق، كما اختاره المصنف، ينافيه ظهورها فى الفعلية فالحق ان يقال ان نصوص الخراج، لا بد من تأويلها اورد علمها الى اهلها، لمعارضتها مع نصوص التملك بالاحياء و عدم عمل الاصحاب بها، مضافا الى ما ذكرناه فى الاراضى الخراجية فى الجزء الثانى من هذا الشرح من عدم كون هذه الارض منها، و بالجملة لا إشكال فى سقوط الخراج اما لعدم تشريعه أو للتحليل، فنصوص الاحياء لا معارض لها.

الارض العامرة

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٤٦

الثانى: ما كانت عامرة بالاصالة

اي لا من معمر، (١) و الظاهر انه ايضا للإمام عليه السلام (٢) و عن التذكرة الاجماع عليه، و في غيرها نفى الخلاف عنه، لموثقة ابان بن عثمان

(١) قوله الثاني ما كانت عامرة بالاصالة أى لا من معمر و المراد بالعامرة ما ينتفع بها على ما هي عليه في الحال كما إذا كانت بحيث يكثر عليها وقوع الامطار أو نحو ذلك- و الكلام فيها يقع في مقامين الاول انه هل تكون هذه الارض للامام عليه السلام و من الانفال ام تكون من المباحات الاصلية الثانية على فرض كونها للامام هل تملك بالحيازة ام لا.

(٢) اما المقام الاول فقد استظهر المصنف قدس سره من قول الاصحاب و كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للامام- الذي حكى عن مفتاح الكرامة انه طفحت به عباراتهم و عن التذكرة الاجماع عليه- و في الجواهر لا خلاف اجده فيه- انها للامام و لكن صاحب الجواهر قدس سره في كتاب الخمس استظهر من الاصحاب عدمه و انها من المباحات الاصلية و كذلك المصنف قدس سره في ذلك الكتاب.

و كيف كان فقد استدل لكونها من الانفال و للامام بوجوه.

الاول ما ذكره المحقق النائيني قدس سره- قال- و لما روى على ما في المتن ان كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للامام عليه السلام و فيه اولا ان المصنف لا يدعى انه رواية بل يدعى كونه تعبير الفقهاء و قد صرح صاحب الجواهر قدس سره بعدم كونه نصا و ثانيا انه لا يمكن الالتزام بعمومه فان مقتضاه كون جميع اراضى الكفار للامام مع انه خلاف النص و الاجماع و ثالثا انه لو سلم كونه رواية و عاما- يتعين تخصيصه بما سيأتى.

الثاني- ما افاده المحقق الايرواني قدس سره قال و هو صريح عد الآجام الذى هو

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣٤٧

عن اسحاق بن عمار المحكى عن تفسير على بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام حيث عد من الانفال كل ارض لا رب لها (١) و نحوها المحكى عن تفسير العياشى، عن ابى بصير عن ابى جعفر عليه السلام (٢) و لا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الاخبار حيث جعل فيها من الانفال كل ارض ميتة لا رب لها، بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب، لأن الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتا، (٣) و هل يملك هذه بالحيازة وجهان من كونه مال الامام عليه السلام و من عدم منافاته للتملك بالحيازة كما يملك الاموات بالاحياء، مع كونه مال الامام عليه السلام.

قسم من المحياة بالاصالة من الانفال و فيه اولا- ان الآجام من الموات فان الاستيحام مانع عن الإنتفاع بالارض و قد صرح بذلك الفقهاء و ثانيا ان كون خصوص هذا القسم للامام لدليل خاص اعم من كون ساير الاقسام له عليهم السلام. الثالث ما تضمن «١» ان الارض كلها للامام- و قد تقدم انه لا بد من توجيه هذه النصوص بحملها على الملكية الحقيقية غير المنافية لكونها من المباحات أو لغيرهم عليهم السلام

(١) الرابع مصحح «٢» اسحاق بن عمار المذكور فى المتن حيث عد فيه من الانفال التى للامام كل ارض لا رب لها الشاملة للعامرة (٢) و نحوه «٣» خبر ابى بصير المروى عن تفسير العياشى و فيه ان اطلاق هذين الخبرين، يقيد بما فى مرسل حماد حيث عد من جملة الانفال الارض الميتة التى لا رب لها، إذ تقييد الارض بالميتة فى مقام الحصر و التحديد،

يدل بالمفهوم على ان الارض غير الميتة ليست للامام

(٣) و اورد عليه المصنف قدس سره بان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب فى الارض التى لا مالك لها، كونها مواتا و فيه اولا ان الميتة لم تؤخذ قيدا للارب لها و انما اخذت قيدا للارض فلا يكون القيد غالبا،

و ثانيا انه لا- وجه لحمل القيد على الغالب و ثالثا انه لو تم ما افاده المصنف قدس سره يمكن حمل الاطلاقات على الغالب بعين ما ذكره

(١) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٧ المطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب من ابواب الانفال حديث ٢.

(٣) نفس المصدر ٤- ٢٨ نفس المصدر ح ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٨

فدخل في عموم النبوي: من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احق به (١).

إذ كما يقال ان ذكر القيد يكون للغلبة كذلك يقال ان اهماله مع اعتباره لمكان الغلبة فلا اطلاق يعم العامرة، فالأظهر انها من المباحات الاصلية و أما المقام الثاني- فعلى المختار من كونها من المباحات، لا كلام في انها تملك بالحيازة كما لا يخفى و أما على القول بانها للامام عليه السلام، فقد استدل المصنف قدس سره على تملكها بالحيازة

(١) بعموم النبوي من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احق به «١»

و فيه اولاً انه مختص بما إذا لم يكن ذلك الشيء ملكاً لأحد و متعلقاً لحق الغير بالسبق أو غيره، و لذا لا شبهة في عدم دلالة على جواز السبق الى املاك الناس- فلا شمل المقام بعد فرض كون الارض للامام عليه السلام و بالجملة ملك الامام كملك غيره من الناس فكما انه لا يجوز السبق في املاك ساير الناس فذلك في ملكه عليه السلام و ثانياً ان الاحقية اعم من الملكية و دعوى انه روى من غير طريقنا ما ظاهره الملكية و هو من سبق الى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له «٢»

مندفعه بعدم ثبوت صحته سنده و أما ما اورده المحقق الخراساني و المحقق النائيني عليه، بانه مسوق لبيان احقية السابق، لا لبيان جواز السبق الى ما لم يسبقه إليه احد فيره انه بصدد بيان سببية السبق للاحقية و مقتضى اطلاقه جواز السبق الى كل ما لم يسبقه إليه احد. فالاولى الاستدلال له بنصوص التحليل الظاهرة في الملكية كما حققناه في الجزء السابع من فقه الصادق لكنها مختصة بالشيعة كما مر.

(١) المبسوط اول كتاب احياء الموات- المستدرک باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٤.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٩

الثالث: ما عرض له الحياء بعد الموت

و هو ملك للمحيي، (١) فيصير ملكاً له بالشروط المذكورة في باب الاحياء باجماع الأمة كما عن المهذب، و باجماع المسلمين كما عن التنقيح، و عليه عامة فقهاء الامصار كما عن التذكرة،

و يمكن القول بتملكها بالاحياء لخبر السكوني عن الامام الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله من غرس شجراً أو حفر واديا بدياً لم يسبقه إليه احد أو احيى ارضاً ميتةً فهي له قضاء من الله و رسوله «١»

فان ظاهره بقربنة جعل الغرس و الحفر قبال الاحياء انهما يوجبان الملكية بانفسهما و بضميمة الغاء الخصوصية يثبت الحكم في ساير افراد الاحياء و لمضممر محمد بن مسلم قال سألته عن الشراء من ارض اليهود و انصارى قال عليه السلام لهم- «٢»

و في خبر آخر له عن الامام الباقر عليه السلام ايما قوم احيوا شيئا من الارض أو عمروها فهم احق بها «٣»
و المضمرة قرينة على ان المراد من الاحقية في الخبر الثاني هو الاستحقاق الملكي.
الارض العامرة بعد الموت

(١) قوله الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت و هو ملك للمحيى ان كانت العمارة بسبب سماوى- كانت الارض ملكا للامام عليه السلام للاستصحاب بل للدلالة فانها دالة على عدم خروج الملك عن ملكه بلا سبب- و ان كان بالاحياء- فان كان ذلك بغير اذنه عليه السلام فحكمه ما تقدم

(١) الوسائل- باب ٢- من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ١- من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل- باب ١- من ابواب احياء الموات حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٠

لكن بيالى من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لا نفس الرقبة (١) فلا بد من الملاحظة

و ان كان باذنه فالمشهور بين الاصحاب انها ملك للمحيى بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه و عن التنقيح اجماع المسلمين عليه
(١) و فى المتن و بيالى من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لا نفس الرقبة هذه عبارة المبسوط إذا تحجر ارضا و باعها لم يصح بيعها و فى الناس متن قال يصح و هو شاذ و أما عندنا فلا يصح بيعه لانه لا يملك رقبة الارض بالاحياء و انما يملك بالتصرف بشرط ان يودى الى الامام عليه السلام ما يلزمه عليها و مرارة من الاحياء التحجير، و الشاهد عليه امور احدها تصريحه بانه يملك بالتصرف،

ثانيها قوله فاما عندنا فلا يصح بيعه مع ان المشهور بين الاصحاب جواز بيعه و دلت النصوص «١» عليه،

ثالثها تصريحه بالاحياء فى غير موضع من كتبه و انما حكم بعدم الملك بالتحجير من جهة التحجير عنده ليس من مصاديق الاحياء قال فى المبسوط بعد الحكم بان التحجير يوجب الاحقية دون الملك- و التحجير ان يؤثر فيها اثر لم يبلغ به حد الاحياء مثل ان ينصب فيها المزور أو يحوط عليها حائطا و ما اشبه ذلك من آثار الاحياء، فانه يكون احق بها من غيره انتهى.

و كيف كان فيشهد للملك نصوص «٢» الاحياء- و النصوص «٣» المتضمنة لجواز الشراء من المحيى معللة له بانها بالاحياء صارت له- و ظاهر صحيحى «٤» الكابلى و عمر بن «٥» يزيد المتضمنين لوجوب الخراج عليه و دفعه الى الامام عدم الملك لكن تقدم انه يتعين طرحهما أو التصرف فيهما بنحو لا ينافى الملك- فراجع،
فالظاهر انها ملك للمحيى.

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٢١- من ابواب عقد البيع.

(٢) الوسائل- باب ١- من ابواب كتاب احياء الموات.

(٣) كتاب ٢١- من ابواب عقد البيع.

(٤) الوسائل- باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢.

(٥) الوسائل- باب ٤- من ابواب الانفال حديث ١٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥١

الرابع: ما عرض له الموت بعد العماره،

فان كانت العماره اصلية فهي مال الامام عليه السلام (١) و ان كانت العماره من معمر (٢) ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها عنه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف (٣) معروف في كتاب احياء الموات، منشؤه اختلاف الاخبار

الموات بعد العماره

(١) قوله الرابع ما عرض له الموت بعد العماره ان كانت العماره سماوية كانت العماره اصلية أو عرضية فهي للامام عليه السلام اما إذا كانت عرضية فلان الارض المفروضة كانت مواتا في الاصل و ملكا له عليه السلام و هي باقية على ما هي عليه و أما ان كانت العماره اصلية فلما دل على ان الارض الميته للامام الشاملة للميته بالاصالة و بالعرض و ما دل من النصوص الصحيحة- على ان الارض الخربة أو الخربة التي لا رب لها له عليه السلام فان الخربة ظاهرة في الخربة العرضية.

(٢) و ان كانت العماره من معمر- فالكلام فيه يقع في مقامين الاول في انه هل تخرج الارض بالموت عن ملك المحيي كما عن العلامة في التذكرة و الشهيد الثاني في المسالك- ام لا تخرج كما هو المشهور بين الاصحاب

(٣) الثاني في انه على فرض عدم الخروج هل يملكها لو احيها آخر كما عن العلامة في التذكرة و الشهيد الثاني في الروضة بل عن جامع المقاصد انه المشهور، بين الاصحاب- ام لا يملكها كما عن جماعة من القدماء و المتأخرين- ام يفصل بين ما إذا كان الخراب مستندا الى اهمال المالك و ترك المزاوله لها- و بين ما إذا لم يكن مستندا الى ذلك فيملكها على الاول دون الثاني كما اخترناه في الجزء الثالث عشر من فقه الصادق.

اما المقام الاول فقد استدل لخروجها عن ملكه بوجوه الاول: ان الارض اصلها مباح فإذا تركها الاول حتى عادت الى ما كانت عليه صارت مباحة الثاني ان السبب في صيرورتها ملكا هو احياء فإذا زال السبب زال المسبب

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٢

ثم القسم الثالث اما ان تكون العماره فيه من المسلمين، أو من الكفار فإن كان من المسلمين فملكهم لا- يزول الا- بناقل أو بطرو الخراب على احد القولين، و ان كان من الكفار فكذلك، ان كان في دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الاسلام و ان اعتبرنا الإسلام كان باقيا على ملك الامام عليه السلام، و ان كان في دار الكفر يزول بما يزول به ملك المسلم و بالاغتنام كسائر اموالهم.

الثالث اطلاق ما دل على ان الارض الميته- أو الخربة- للامام عليه السلام و في الجميع نظر اما الاول فلان كون اصلها مباحا لا يوجب صيرورتها مباحة بعد ما دخلت في ملك المحيي و خروجها عن ملكه مع الدلالة الدليل على ان خروج المال عن ملك مالكة لا بد و ان يكون بسبب و أما الثاني فلان المستفاد من الادلة كون ذات الارض مملوكة بسبب احياء و انه كسائر الاسباب المملوكة يكون سببا لحدوث الملكية- لا ان الارض المعنوية بعنوان المحياة مملوكة- و لا انه سبب للملكية حدودا و بقاء و أما الثالث فلانه يتعين تقييد اطلاق تلك النصوص بما في النصوص الاخر من التقييد بالارض التي لا رب لها.

و يشهد لبقائها على ملك مالكة- مضافا الى ان المستفاد من الادلة ان زوال الملك لا بد و ان يكون بناقل- الاستصحاب و اورد عليه تارة- بالشك في بقاء الموضوع فان موضوع الملكية ان كان هو ذات الارض فهو باق قطعاً- و ان كان هو عنوان المحياة فهو مرتفع قطعاً، و اخرى- بان الشك في المقام من قبيل الشك في المقتضى للشك في ان احياء، هل هو سبب للملكية حتى بعد عروض الموت، ام لا و يمكن دفع الاول بما تقدم من ظهور الادلة في، ان الموضوع هو ذات الارض، و ان احياء بمنزلة الشرط في القضية و دفع الثاني: بان المختار حجية الاستصحاب مطلقاً، حتى في موارد الشك في المقتضى، مع ان

هذا ليس من الشك في المقتضى الذى بنى المصنف قدس سره على عدم حجية

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٥٣

...

الاستصحاب فيه فان مورده ما لو شك في اقتضاء المستصحب للبقاء في عمود الزمان، و تمام الكلام في محله،
فالظاهر بقائها على ملك المحيي الاول.

و أما المقام الثانى فالكلام فيه يقع فى موردين الاول فيما تقتضيه العمومات الثانى فيما تقتضيه النصوص الخاصة اما المورد الاول فقد
استدل لتملك المحيي الثانى - بعموم من احبب ارضا ميتة فهي له «١»

و فيه انه قد تقدم ان هذا ليس متضمنا لإذن مالك الملوكة كى لا يحتاج الى اذن مالكة و انما التزمنا بذلك فى ملك الامام من جهة
اخبار التحليل أو شاهد الحال أو غير ذلك من الوجوه المتقدمة غير الجارى شىء منها فى المقام و عليه فمقتضى ما دل من العقل و
النقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه و رضاه عدم جواز الاحياء فى المقام و القياس بالالتقاط بعد ورود النص الخاص
فيه مع الفارق.

و أما النصوص الخاصة فهي على طوائف الاولى ما ظاهره البقاء على ملك المحيي الاول كصحيح سليمان بن خالد عن الامام الصادق
عليه السلام عن الرجل يأتى الارض الخربة فيستخرجها و يجرى انهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه قال عليه السلام الصدقة قلت فان
كان يعرف صاحبها قال عليه السلام فليؤد إليه حقه «٢» إذا المراد بالحق اما الارض أو اجرتها و على التقديرين يدل على ذلك و نحوه
صحيح «٣» الحلبي الثانية ما ظاهره - صيرورتها ملكا للمحيي الثانى من دون شىء عليه كصحيح معاوية بن وهب عن مولانا الصادق
عليه السلام ايما رجل اتى خربة باثرة فاستخرجها

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب احياء الموات.

(٢) الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب احياء الموات حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٥٤

ثم ما ملكه الكافر من الأرض أما أن يسلم عليه طوعا فيبقى على ملكه كسائر أملاكه، و أما أن لا يسلم عليه طوعا، فان (١) بقى يده
عليه كافرا فهي أيضا كسائر أملاكه تحت يده

و كرى انهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت ارضا لرجل قبله فغاب عنها و تركها فاخرجها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض
لله و لمن عمرها «١» فان ظاهره ان الارض لمن يقوم بعمارته لا - لمن تركها فاخرجها - الثالثة ما تضمن احقيه الثانى بها و وجوب
الخراج عليه كصحيح الكابلى المتقدم فان تركها و اخرجها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و احيها فهو احق بها من الذى
تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتى الحديث «٢»
و الطائفة الاخيرة تقدم تعيين طرحها، و أما الاوليتان، فحيث ان الثانية مختصة بصورة الاهمال، فتخصص الاولى بها - فتكون النتيجة
التفصيل الذى اخترناه.

و يؤيد ذلك ما ورد فى الارض التى اسلم اهلها طوعا فان الارض و ان كانت ملكا لهم الا - انهم إذا اهلوها حتى خربت لولى
المسلمين ان يقبلها من غيرهم ليقوم بعمارته و يأخذ وجه الاجارة و يدفع بمقدار حق الارض الى مالكةها و يصرف الباقي فى الامور

العامة (٣)

ثم ان ذكر ساير ما قيل في وجه الجمع بين النصوص و الجواب عنها موكولان الى محل آخر.

الارض المفتوحة عنوة

اشارة

(١) قوله و أما ان لا يسلم اهلها طوعا لا يخفى انه قده بعد ما بين اقسام الارضين و احكامها اراد ان يبين حكم الارض المفتوحة عنوة و الكلام فيها يقع في جهات.

(١) الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب جهاد العدو و ما يناسبه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٥

و ان ارتفعت يده عنها: فإما ان يكون بانجلاء المالك عنها و تخليتها للمسلمين، أو بموت اهلها و عدم الوارث فيصير ملكا للإمام عليه السلام و يكون من الانفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب. و ان رفعت يده عنها قهرا و عنوة فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمه، كالنخل و الأشجار و البنان للمسلمين كافة اجماعا (١) على ما حكاه غير واحد كالخلاف- و التذكرة و غيرها

الاولى في ان هذه الارض، و ان كانت مبينة من حيث المفهوم، إذ هي عبارة عن الارض التي فتحت بالخيل و الركاب قهرا و رفعت يد الكفار عنها بغلبة المسلمين، الا انها مجهولة مصداقا و قد تقدم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مسألة الاراضي الخراجية بيان ما يثبت ذلك.

الثانية في اعتبار اذن الامام عليه السلام في القتال في ترتب حكم الارض المفتوحة عنوة و قد تقدم في ذلك المبحث ان الاظهر عدم اعتباره.

الثالثة في اعتبار كونها محياة حال الفتح- و قد تقدم في تلك المسألة اعتبار ذلك و عليه فإرض الغرى ليست منها.

الرابعة في ان التصرف في الارض الخراجية في زمان الغيبة يحتاج الى اذن من له الاذن ام لا- و قد تقدم في تلك المسألة تنقيح القول في ذلك مفصلا فراجع.

الخامسة في ان خراج هذه الارض هل حلل للشيعه في زمان الغيبة ام لا- و قد عرفت عدم تحليله السادسة في بيان ان الخمس هل هو ثابت فيها ام لا و قد تقدم ثبوته

(١) السابعة في بيان كيفية استحقاق المسلمين و انه هل بعنوان ملك الرقبة أو بنحو آخر- و المشهور بين الاصحاب هو الاول- و عن جماعة منهم الشهيد الثاني قدس سره في جملة من كتبه و المحقق الاردبيلي ان الرقبة غير مملوكة بل معدة لمصالح المسلمين و هم مصرف لحاصلها و الاول اظهر- لانه ظاهر النصوص الآتية- لمكان اللام و اضافة الارض الى المسلمين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٦

و النصوص به مستفيضة. ففي رواية ابى بردة المسئول فيها عن بيع ارض الخراج قال عليه السلام من يبيعها؟ هي ارض المسلمين، قلت: يبيعها الذي في يده، قال:

يصنع بخراج المسلمين ما إذا؟ ثم قال لا- بأس أن يشتري حقه منها و يحول حق المسلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه (١)

و استدلل للقول الثاني بوجه الاول قوله عليه السلام في مرسل (١) «حماد الطويل فهي موقوفه متروكة في يدي من يعمرها و يحييها الخ- بتقريب انه يدل على ان الارض محبوسة متروكة و هذا يلازم فك الملك و فيه ان المحبوسية و المتروكية لا تنافي مع الملك بل تجامعه فلا- ينافي المرسل ساير النصوص الظاهرة من جهة اللام و الاضافة في الاختصاص المطلق المساوق للملك الثاني انه لو كانت الرقبة ملكا للمسلمين لما جاز تقييلها من احدهم إذ اجارة الارض ممن يملك جزء منها غير جائزة و فيه انه قد تقدم في اول الدخول في بيان اقسام الاراضي و احكامها- بيان كيفية ملكيتها لهم- و انها تكون ملكا للنوع لا للأفراد، و عليه فالفرد لما هو غير مالك كى لا يجوز الاجارة منه و به يظهر الاشكال في الوجه الثالث، و هو انه لو كانت الرقبة ملكا لهم لجاز ان ينقل بعضهم حصته الى بعض مع انه لا يجوز فان المالك هو النوع لا الشخص.

الثامنة في جواز بيع الارض المفتوحة عنوة و عدمه- و قد اختلفت كلمات القوم في المقام و قد نقل المصنف قدس سره في المتن تلك الاقوال و الوجوه- و حيث ان منشأ الاختلاف هي النصوص فالأولى صرف عنان الكلام الى بيان ما يستفاد منها- (١) منها خبر (٢) «ابى بردة بن رجا المذكور في المتن و ابو بردة و ان لم يوثق الا- ان الراوى عنه هو صفوان بن يحيى الذى هو من اصحاب الاجماع فلا وجه للمناقشة فيه من حيث السند.

(١) الوسائل- باب ٤١- من ابواب جهاد العدو حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٧١ من ابواب جهاد العدو حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٧

و فى مرسله حماد الطويلة ليس لمن قاتل شىء من الأرضين و ما غلبوا «و لا ما غلبوا كذا فى الوسائل» عليه إلا ما حوى العسكر، إلى أن قال و الأرض التى أخذت بخيل و ركاب فهي موقوفه متروكة فى يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف، أو الثلث، و الثلثين، على قدر ما يكون له صالحا و لا يضر بهم. فإذا أخرج منها ما أخرج بدأ فأخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقى سيحا، و نصف العشر مما سقى بالدوالى و النواضح، إلى أن قال: فيؤخذ ما بقى بعد العشر فيقسم بين الوالى و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و اكرتها، فيدفع عليهم انصباهم على قدر ما صالحهم عليه،

و أما فقه الحديث فملخصه ان الظاهر من قوله و من يبيع ذلك الاستفهام التوبيخى،

و قوله هي ارض المسلمين بمنزلة العلة للمنع و لكن الراوى فهم منه الاستفهام الحقيقي فقال بيعها الذى هي فى يده، و قوله عليه السلام و يصنع بخراج المسلمين ما إذا يوهم ان المانع من البيع كون الارض خراجية، و على أى تقدير فقد استدرك الامام عليه السلام عما افاده من عدم جواز البيع، فقال لا بأس ان يشتري حقه منها و ظاهره ايضا عدم بيع الارض بل بيع حقه منها و بيع الحق، يحتل بيع حق الاولوية و الاختصاص، و يحتمل ارادة بيع الآثار التى احدثها البائع، و على أى تقدير لا دلالة فيه على جواز بيع الارض و لو تبعا للآثار و لكن الاظهر هو الثانى: لما سيأتى من عدم دليل على ثبوت حق الاولوية: و لعدم صحة نسبة الاشارة إليها بناء على اعتبار كون المبيع من الاعيان: و لقوله حقه منها: إذ لو كان المراد حق الاولوية كان الصحيح ان يقول حقه فيها فتدبر و قوله عليه السلام لعله يكون أقوى الخ يعنى أقوى على الارض و عمارتها و توفير حاصلها و املى و اقدر على دفع خراج المسلمين فهذه الرواية تدل على عدم جواز بيع الارض المفتوحة عنوة و لو بتبع بيع الآثار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٨

و يأخذ الباقي، فيكون ذلك أرزاق. أعوانه على دين الله و في مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام و تقوية الدين في وجوه الجهاد، و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير الخبر. (١)

و في صحيحة الحلبي قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته، قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن دخل في الإسلام بعد اليوم، و لمن لم يخلق بعد، فقلنا: أنشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح، الا ان تشتريها منهم على ان تصيرها للمسلمين، فان شاء ولي الامر أن يأخذها أخذها، قلت: فان اخذها منه، قال: يرد عليه رأس ماله و له ما اكل من غلتها بما عمل، (٢)

(١) و منها مرسل حماد الطويل المنجبر بتلقى الاصحاب اياه بالقبول المذكور في المتن و الارضون التي اخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفه متروكة في يدي من يعمرها و يحييها «١» و هذا ايضا يدل على المنع إذ المراد من الموقوفه المتروكة، اما ان يكون المحررة المحبوسة على المسلمين من باب فك الملك- أو المملوكة المحبوسة عليهم و على التقديرين يدل على المنع لانه مقتضى محبوسية الارض.

(٢) و منها صحيح الحلبي «٢» المذكور في المتن قوله لا يصلح ظاهر في المنع عن البيع، و أما الاستثناء فيتعين حمله على ارادة الاشتراء الصوري من جهة قوله قبله هي لجميع المسلمين،

و قوله ان يصيرها للمسلمين أي تعود الارض الى المسلمين و يصرف حاصلها في مصالحهم، و قوله فإذا شاء ولي الامر الخ ظاهر في عدم صيرورتها ملكا له و ان لولي الامر ابقاء الارض تحت يده و له اخذها منه، و أما قوله فيرد عليه رأس ماله- فهو اما ان يكون تفضلا من ولي الامر من جهة استنقاذه الارض من يد الدهاقين، أو يكون من جهة كونه بازاء ما كان للدهاقين من الآثار

(١) الوسائل باب ٤١ من ابواب جهاد العدو حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٩

و رواية ابن شريح سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من ارض الخراج فكرهه، قال: انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل عليه خراجها. فقال: لا بأس الا ان يستحيا من عيب ذلك (١)

و رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي فبيها و سألته عن رجل اشترى ارضا من ارض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير ان اناسا من اهل الذمة نزلوها هل له ان يأخذ منهم اجرة البيوت إذا ادوا جزية رءوسهم؟ قال يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال و في خبر ابي الربيع لا تشتت من ارض السواد شيئا الا من كانت له دفة فانما هي فيء للمسلمين (٢) الى غير ذلك. و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل في ملك المشتري على وجه كان للبائع اعنى مجرد الاولوية و عدم جواز مزاحمته، إذا كان التصرف و احداث تلك الآثار- باذن الامام أو اجازته و لو لعموم الشيعة

المملوكة- أو بازاء حق الاختصاص، و قوله عليه السلام و له ما اكل من غلتها- ظاهر في ان المنافع كالعين تكون للمسلمين، و لكن حيث انه عمل فيها فله ما اكل منها.

(١) و منها خبر «١» محمد بن شريح عن الامام الصادق عليه السلام المذكور في المتن و هذا الخبر لا يعتمد عليه من جهة ان من رجال

سنده على بن الحارث و هو مجهول و أما من حيث الدلالة فصدره ظاهر فى المنع لقوله فكرهه معللا بان ارض الخراج للمسلمين - و ذيله ظاهر فى الجواز مع الالتزام بخراجها - فلا بد من التصرف اما فى الصدر بحمل قوله عليه السلام ارض الخراج للمسلمين على ارادة ان خراجها لهم و رقبته لمن عمرها - أو بالتصرف فى الدليل بحمل شرائها على ارادة شراء آثارها من العمارة المفروضة - و لو لم يكن الثانى اظهر - من جهة قوله الا ان يستحيا من عيب ذلك فان عدم كون الارض ملكا ربما يكون عيبا - فلا اقل من تساوى الاحتمالين فيحكم بالاجمال.

(٢) و منها خبر «٢» اسماعيل بن الفضل الهاشمى المذكور فى المتن

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع حديث ٩.

(٢) نفس المصدر حديث ١٠.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٦٠

كما إذا كان التصرف بتقريب السلطان الجائر أو باذن الحاكم الشرعى بناء على عموم ولايته لأموال المسلمين و نيابته عن الامام. لكن ظاهر عبارة المبسوط اطلاق المنع عن التصرف فيها بيع و لا شراء و لا هبة و لا معاوضة، و لا يصح ان يبنى دورا و منازل و مساجد و سقايات و غير ذلك من انواع التصرف الذى يتبع الملك، و متى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلا و هو على حكم الاصل، و يمكن حمل كلامه على صورة عدم الاذن من الامام عليه السلام حال حضوره، و يحتمل ارادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك و قال فى الدروس لا يجوز التصرف فيها المفتوحة عنوة الا باذن الامام سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما، نعم فى حال الغيبة ينفذ ذلك و اطلق فى المبسوط ان التصرف فيها لا ينفذ، و قال ابن إدريس انما نبيع و توقف تحجيرنا و بنائنا و تصرفنا لا نفس الارض انتهى.

و قد استدل به كل من القائلين بالمنع - و الجواز اما القائل بالجواز فقد استدل، بجملتين منه الاولى صدره الظاهر فى تقريره عليه السلام شراء ارض الخراج الثانية حكمه عليه السلام بان اجرة البيوت لهم بعد الشرط فلو لم يكن الارض لهم لم تكن الاجرة لهم فان قيل انه على فرض ملكية الارض ما ذا وجه السؤال عن كون المنفعة لهم توجه عليه ان وجه السؤال احتمال كون منفعة الارض كخراجها للمسلمين فجوابه عليه السلام ينطبق عليه و انه ليست المنافع كالخراج بل هى تابعة لملكية الرقبة و لكن يرد على الثانية ان السؤال ليس عن كون الاجرة له أو للمسلمين بل انما هو عن اخذ الاجرة - و الظاهر ان منشأ هذا السؤال ان الذمى إذا ادى الجزية هل هو كالمسلم يستحق النزول على اهل الاراضى الخراجية ام لا فأجاب عليه السلام بان له اخذ اجرة النزول بعد الشرط و القرار و أما الاولى فحيث انها ليست فى مقام البيان من جهة جواز الاثراء فقابلته للحمل على ارادة الشراء على الوجه السائغ و هو شراء الآثار و العمارة - فهذا الخبر لا يدل على الجواز بل يدل على المنع من جهة فرض كون الارض خراجية بعد الشراء فانه يسأل عن استحقاق اهل الذمة للنزول على اهل الخراج.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٦١

و قد ينسب الى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبة و الحضور فيجوز التصرف فى الأول و لو بالبيع و الوقف لا فى الثانى الا باذن الامام عليه السلام. و كذا الى جامع المقاصد، و فى النسبة نظر بل الظاهر موافقتها لفتوى جماعة من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبة باحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعا للآثار فيفعل ذلك بالأرض تبعا للآثار، و المعنى انها مملوكة ما دام الآثار موجودة. قال فى شرح قول المحقق و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها، انتهى.

ان المراد لا - يصح ذلك فى رقبه الارض مستقلة، اما فعل ذلك بها تبعا لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجائز على

الأقوى قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل في المبيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقيا، فإذا ذهبت اجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمع وعليه العمل، انتهى.

لو سلم دلالة على الجواز فالنسبة بينه وبين نصوص المنع المتقدم بعضها والآتي آخر عموم مطلق - فإنه اعم من المفتوحة عنوة وغيرها من ارض الخراج فيقيد اطلاقه بها والايراد على الخبر بضعف السند - من جهة ان الكليني والشيخ يرويان الحديث عن الحسن بن محمد بن سماعة وهو يروي عن غير واحد - وهم مجهولون في غير محله فان الحسن هذا ذكروا في حقه انه نقي الفقه حسن الاعتقاد والظاهر من ذلك انه لا يروي الا عن المقبولين لا سيما إذا روى عن غير واحد فالحديث معتبر سنداً. له ومنها خبر ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله عليه السلام لا تشتري من ارض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة فانما هو فيء للمسلمين (١)

و ابو الربيع، والراوى عنه خالد بن جرير - وان لم يوثق، الا ان الراوى عن خالد هو الحسن بن محبوب الذي هو من اصحاب الاجماع فالخبر صحيح سنداً، ويدل على المنع عن بيع الارض المفتوحة عنوة

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع و شروطه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٢

نعم ربما يظهر من عبارة الشيخ في التهذيب جواز البيع والشراء في نفس الرقبة حيث قال: ان قال قائل ان ما ذكرتموه انما دل على اباحة التصرف في هذه الأرضين، ولا يدل على صحة تملكها بالشراء والبيع ومع عدم صحتها لا يصح ما يتفرع عليها، قلنا انا قد قسمنا الأرضين على ثلاثة اقسام ارض اسلم اهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وارض يؤخذ عنوة أو يصلح اهلها عليها فقد ابحنا شراءها وبيعها، والبيع لأن لنا في ذلك قسماً لأنها ارضي المسلمين. وهذا القسم ايضا يصح الشراء والبيع فيه على هذا الوجه. و أما الانفال وما يجري مجراها فلا يصح تملكها بالشراء وانما ابيح لنا التصرف فيها حسب. ثم استدلل على ارضي الخراج برواية ابي بردة السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الأرض ودليله قرينة على توجيه كلامه، وكيف كان، فما ذكره من حصول الملك تبعاً للآثار، مما لا دليل عليه ان أرادوا الانتقال.

نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجوداً (١) فالذي ينبغي ان يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذي يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص.

والاستثناء انما يكون من جهة ان الارض المفتوحة عنوة ان ابقيت في يد من كانت له ذمة تكون ملكاً لأربابها فيجوز بيعها، وهذا يدل على ان بعض قطعات ارض السواد هكذا.

وربما يستدل على جواز البيع بجملة من النصوص «١» واكثرها وارده في ارض الجزية وارض من له ذمة وهي ملك لأربابها - ولو فرض كون موردها أو بعضها الارض المفتوحة عنوة فللنصوص المتقدمة تحمل على ارادة البيع بالنحو المتقدم وهو بيع الآثار والعمارة أو تطرح فالظاهر عدم جواز بيعها لا مستقلاً ولا تبعاً للآثار.

التاسعة - في ان من عمر الارض هل له حق الاختصاص والاولوية بها ام لا -

(١) صرح المصنف قدس سره بالاول والحق ان يقال ان المراد به ان كان عدم جواز مزاحمة

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٣

فنقول اما في زمان الحضور و التمكّن من الاستئذان، فلا ينبغي الاشكال في توقف التصرف على اذن الامام، لأنه ولى المسلمين، فله نقلها عينا و منفعة، و من الظاهر ان كلام الشيخ المطلق في المنع عن التصرف محمول على صورة عدم اذن الامام عليه السلام مع حضوره. و أما في زمان الغيبة ففي عدم جواز التصرف الا فيما اعطاه السلطان الذي حل قبول الخراج و المقاسمة منه، أو جوازه مطلقا، نظرا الى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعة، لا خصوص الموات التي هي مال الامام عليه السلام، و ربما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كأجرة الارض، فيجوز التصرف في عينها مجانا أو عدم جوازه الا باذن الحاكم الذي هو نائب الإمام، أو التفصيل بين من يستحق اجرة هذه الارض فيجوز له التصرف فيها لما يظهر من قوله عليه السلام

الغير لمن بيده الارض، فهو ثابت- فانه إذا اذن من له الاذن في تقبلها تكون هي كسائر الاعيان المستأجرة فكما انه لا يجوز لأحد مزاحمة المستاجر- كذلك لا يجوز هنا مزاحمة المتقبل، و ان كان المراد به ثبوت حق اعتباري في العين قابل للنقل و الانتقال فهو مما لا دليل على ثبوته إذ تقبل الارض كاستيجارها يوجب وجوب تسليم العين مقدمة للانتفاع بها و لا يدل على ثبوت حق و امر اعتباري فيها.

العاشرة المنصوص عليه «١» كون ارض العراق التي يعبر عنها بارض السواد- من جهة ان الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الارض و التفاف شجرها سموها السواد لذلك (مفتوحة عنوة و انها فيء للمسلمين، و لكن جرت السيرة العملية القطعية على المعاملة معها معاملة الاملاك الشخصية و يمكن دفع هذه الشبهة بانه قد ثبت كون كثير من تلك الاراضي لأربابها لا للمسلمين منها الموات حال الفتح فانها ملك الامام عليه السلام و يملكها من احيائها و الظاهر ان المشاهد المشرفة و جملة من البلاد المستحدثة من هذا القبيل- و على هذا فلا حاجة الى الاستدلال على جواز بيع ما يعمل من التربة الحسينية بالسيرة

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٤

للمخاطب في بعض اخبار حل الخراج و ان لك نصيبا في بيت المال. و بين غيره الذي يجب عليه حق الأرض. و لذا افتى غير واحد على ما حكى بأنه لا يجوز حبس الخراج و سرقة «عن» على السلطان الجائر و الامتناع عنه، و استثنى بعضهم ما إذا دفع الى نائب الامام عليه السلام أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيأة حال الفتح و بنين الباقية على عمارتها من حين الفتح، فيجوز احياء الأول لعموم ادلة الأحياء، و خصوص رواية سليمان بن خالد و نحوها وجوه أو فقها بالقواعد، الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس، و مما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة (١) كاوراق الاشجار و اثمارها و اخشاب الابنية و السقوف الواقعة و الطين المأخوذ من سطح الأرض، و الجص، و الحجارة و نحو ذلك، فان مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكا للمسلمين.

بتوهم ان بها يقيد اطلاق نصوص المنع و منها الخمس من تلك الاراضي فانه يملكها المستحق للخمس فينتقل الى غيره بالمعاملة أو الارث و منها الاراضي التي اقيت في يد اهل الذمة فانها ملك لأربابها و عليهم الجزية و قد تقدم في خبر ابي الربيع وجود هذه الارض في ارض العراق و على هذا فان ثبت كون ارض بالخصوص من المفتوحة عنوة المحيأة حال الفتح لم يجز بيعها و ما لم يثبت فيه ذلك جاز لانحلال العلم الاجمالي لعدم كون جميع اطرافه محل الابتلاء لا سيما و ان الاراضي الخراجية التي يضرب عليها الخراج من اراضي المزارع كثيرة الى الآن و امرها بيد السلطان.

ما ينفصل من المفتوحة عنوة

(١) قوله و مما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة محصل الكلام- ان ما

ينفصل من المفتوحة عنوة- ان صار موجود ابعده الفتح كالشجر و الزراعة المتحققين بعد الفتح و كان ذلك بعد التقبل و الاجارة، لا كلام في انه ملك للمستاجر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٥

و لذا صرح جماعة كالعلامة و الشهيد و المحقق الثاني و غيرهم على ما حكى عنهم بتقيد جواز رهن ابناء الأرض المفتوحة عنوة، بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم: الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنه مما ينقل و حينئذ فمقتضى القاعدة عدم صحة اخذها الا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع مع امكان ان يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لأن القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض لا أجزائها، الا ان يكون الاخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز، و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به. (١) و يؤديه بل يدل عليه استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الامور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأواني و ما عمل من التربة الحسينية و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

و المتقبل و ما كان قبله فهو ملك للمسلمين بتبع الارض، و ان كان موجودا حال الفتح- أو وجد بعد و كان تابعا للارض، فهو على اقسام احدها ما يكون مقوما للارض كأجزاء الدار ثانيها ما يعد من منافعتها و ان كان من الاعيان كالشجر النابت فيها ثالثها ما يكون منفصلا عن الارض حين الفتح رابعها ما يكون مدفونا فيها اما القسم الاول- فهو ملك للمسلمين بنفس ملكية الارض و بعد الانفصال. لا دليل على خروجه عن ملكهم غاية الامر حيث لا ينتفع به مع اجارته يباع و يصرف ثمنه فيما يصرف فيه عوض الارض-

(١) و احتمال- كونه من المباحات لعموم من سبق المتقدم كما في المتن لا أرى وجهها له بعد اختصاص الحديث بما لا يكون مملوكا لأحد و أما القسم الثاني- فهو ايضا لكونه منافع الارض تابع لها و ملك للمسلمين و حكمه ما تقدم و أما القسم الثالث- فهو من المنقول الموجود حال الفتح فيكون لخصوص المقاتلين و أما القسم الرابع- فلا تأمل في عدم كونه تابعا للارض و ملكا للمسلمين- لكونه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٦

[مسألة من شروط العوضين كونه طلقا]

إشارة

و اعلم انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا (١) و فرّعوا عليه عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى و لا الرهن الا باذن المرتهن أو اجازته، و لا أم الولد الا في المواضع المستثناة، و المراد بالطلق تمام السلطنة على الملك (٢) بحيث يكون للمالك ان يفعل بملكه ما شاء و يكون مطلق العنان في ذلك. لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله، و يكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون اذن

من المنقول الموجود حال الفتح و في شمول ما دل على ان المنقول لخصوص المقاتلين.

له وجهان- و ان لم يكن شاملا له فهو من المباحات- و قيام السيرة على تملك جميع الاقسام بالحيازة- غير ثابت و الله تعالى اعلم.

اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقا

(١) وقد ذكر العلامة قدس سره و المحقق و جمع ممن تأخر عنها في شروط العوضين بعد الملكية: كونه طلقا، و ابدله في محكى القواعد بكونه تاما. و فرعوا على ذلك عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى، و لا الرهن الا باذن المرتهن أو اجازته. و تنقيح القول بالبحث في المراد من الطلقة ثم في مسألة بيع الوقف و بيع الرهن.

(٢) اما الاول فالمراد من الطلقة ان لا- يكون في المبيع مانع عن التصرف، لانها من الاطلاق توضيح ذلك ان عدم السلطنة على التصرف في الشيء ربما يكون لخلل في المتصرف، اما لعدم المقتضى كما إذا لم يكن ملكا له، أو لمانع كما إذا كان المالك محجورا عن التصرف لفلس و نحوه، و ربما يكون لخلل في ما يتصرف فيه و ذلك ايضا قد يكون لعدم المقتضى كما إذا لم يكن مالا، و قد يكون للمانع كما إذا كان وقفا أو رهنا. و عدم ملك التصرف من الناحية الأولى لرجوعه الى المتصرف ذكر في شروط المتعاقدين، و عدم الملك من الناحية الثانية لرجوعه الى المتصرف فيه ذكر في شروط العوضين منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٧

ذى الحق لمرجعه الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا (١) و هذا لا- محصل له، فالظاهر ان هذا العنوان ليس في نفسه شرطا لیتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة و غيرها، مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوهما، و هذا العنوان منتزع (٢) من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطلق ان يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه الاحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه. فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر في الفرعية و الاصل بالعكس، ثم ان اكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة، ثم عنونا حق الجاني و اختلفوا في حكم بيعه، و ظاهر ان الحقوق المانعة اكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، و قد انهاها بعض من عاصرناه الى ازيد من عشرين، فذكر بعد الاربعة المذكورة في عبارة الأكثر النذر المتعلق بالعين قبل البيع، و الخيار المتعلق به، و الارتداد، و الحلف على عدم بيعه، و تعيين الهدى

فملكية الشيء ربما تكون محفوفة بالوقفية أو الرهنية أو غيرهما من الموانع، و ربما تكون مطلقة، و قد انعقد هذا البحث لاعتبار كونها مطلقة و غير محفوفة بشيء من الموانع و من الواضح ان هذا المعنى غير كون البائع مستقلا بنقله و نقله ماضيا فيه.

فلا يرد عليهم ما اورده المصنف قدس سره عليهم: بان مرجع هذا الشرط

(١) الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا.

و هل يكون هذا شرطا خاصا واحدا معتبرا في البيع و يترتب عليه، عدم جواز بيع الوقف و الرهن و نحوهما،

ام هو عنوان انتزاعي مما هو مانع لا انه بنفسه مانع فيتفرع هذا العنوان على مانعية تلك الخصوصيات تفرع الأمر الانتزاعي على منشأ انتزاعه؟ وجهان.

(٢) مختار المصنف قدس سره هو الثاني،

و عن المحقق الخراساني قدس سره: اختيار الأول و استدلاله: بان المبرهن في محله ان الواحد لا يصدر الا عن الواحد، فإذا كان

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٨

للذبح، و اشتراط عتق العبد في عقد لازم، و الكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة الى ما لم يتحرر منه حيث، ان المولى ممنوع عن التصرف باخراجه عن ملكه قبل الاداء، و التدبير المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلك، فإذا مات المولى و لم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرف فيه،

و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله، بناء على منع الوارث من التصرف قبله. و تعلق حق الشفعة بالمال،

فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها، و تغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمه حبلى فوطئها فأنت بالولد بناء على عدم جواز بيعها و كونه مملوكا ولد من حر شريك فى امه حال الوطى، فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه الا- بتقويمه واخذ قيمته و تعارض السبب المملك و المزيل للملك، كما لو قهر حربى اباه و الغنيمه قبل القسمه بناء على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمه لاستحالة بقاء الملك بلا مالك و غير ذلك مما سيقف عليه المتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الاصحاب من ذكر الوقف، ثم ام الولد، ثم الرهن، ثم الجنایة انشاء الله تعالى

الاثر واحدا كشف ذلك عن وحدة المؤثر، فان كان المؤثر بحسب الصورة متعددا لا بد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بينها، ففى المقام لا بد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بين الأعدام الخاصة و ان المانع هو الجامع بين تلك الموانع. و فيه: ان هذا البرهان لو تم و كان جاريا فى الأحكام الشرعية- من جهة انه و ان لم يكن فيها تأثير و تأثر، و ان مقتضى الجعل ارادة الجاعل، الا انه بلحاظ المصالح و الملاكات يجرى فيها هذا البرهان، فان المولى الحكيم إذا لم يكن شىء دخيلا فى الملاك لما كان آخذا اياه فى الموضوع فانما هو فى خصوص المقتضى الذى يترشح منه المقتضى، و لا يتم فى الشرائط الدخيلة فى فعلية الأثر من المؤثر و الموانع، و لذا لم يتوهم احد رجوع شرائط الصلاة الى شرط واحد، فلا بد من تعيين احد الوجهين من الرجوع الى الأدلة اللفظية، و هى تتضمن مانعية كل عنوان خاص و اشتراط عدمه، و ليس فى الأدلة ما يتضمن اعتبار كون الملك طلقا، و عليه فالأظهر هو الثانى.

منهاج الفقاهة (للمروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٩

مسألة لا يجوز بيع الوقف

إشارة

اجماعا محققا فى الجملة و محكيا (١)

بيع الوقف

(١) مسألة: لا يجوز بيع الوقف اجماعا محققا فى الجملة و محكيا.

حق القول فى المقام يقتضى البحث فى موردين:

الاول: فى اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها أو بلازمها لعدم جواز البيع.

الثانى: فى الأدلة الخاصة.

اما المورد الأول: فالوقف لغة: هو ايقاف الشىء و حبسه المساوق للسكون فى قبال الجريان فى التقلبات و ليس له فى الاصطلاح معنى آخر، بل ذكروا فى حقيقته انه تحبب الأصل و تسبيل المنفعة.

و فى النبوى: انه حبس الأصل و سبل الثمرة «١»

و المراد من التحبب: اما الممنوعية عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء و صاحب الجواهر،

أو قصر الملك على شخص أو جهة مثلا بحيث لا يتعداهما، و على التقديرين يثبت المطلوب،

اما على الأول: فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعية من التصرف، و مقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف و به يظهر وجه ما

افاده صاحب الجواهر قدس سره من: ان الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه،

بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه جواز بيعه. انتهى.

و أما على الثانى: فلأن حقيقة الملك لا تختلف فى الوقف و غيره، فحيشة عدم التعدى عن موضوعه راجعة الى عدم نفوذ التصرف فيه شرعا بالانتقال من موضوعه.

و أما المورد الثانى: فقد استدل لعدم جواز بيع الوقف بوجوه:

(١) المستدرک باب من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧٠

لعموم قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها. (١)

و رواية ابى على بن راشد، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام قلت جعلت فداك: انى اشترت أرضا إلى جنب ضيعتى، فلما عمرتها خبرت انها وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك ادفعها الى ما اوقفت عليه، قلت: لا اعرف لها ربا قال تصدق بغلتها (٢)

(١) الاول: عموم قوله عليه السلام الوقوف يكون على حسب ما يوقفها اهلها.

ففى مكاتبه الصفار الى ابى محمد الحسن بن على عليهم السلام فى الوقف و ما روى فيه عن آباءه عليهما السلام فوقع عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله تعالى «١».

و فى اخرى: الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله. و قد استدل به المصنف قدس سره.

وفيه: ان الظاهر منه ارادة لزوم العمل بالوقف على الكيفية التى قررها الواقف من القيود و الشروط فى الموقوف عليه و العين الموقوفة و صرف المنافع، و ليس المراد به ان الوقوف يجب ابقائها، و عليه فان كان عدم البيع مأخوذا فى حقيقة الوقف فلا وجه للاقتصار على هذا الخبر بل كان الاولى ان يتمسك اولا بالعمومات الأولية من قبيل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره و ان لم يكن مأخوذا فيها كما هو مسلك المصنف قدس سره على ما يصرح به فى الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف. فهذا الخبر لا يدل على ترتيبه على الوقف.

(٢) الثانى: خبر ابى على بن راشد المذكور فى المتن.

و هذا الخبر مروى فى الكافى و الفقيه، و هو فى الأول مجهول، و فى الثانى صحيح،

فلا خدشة فيه سندا. و أما من حيث الدلالة فقد يقال: انه يدل - بقرينة ذيله - على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه، و هذا مما لا كلام فيه، انما الكلام فى الشراء من الموقوف عليه.

و لكن يرد عليه: ان الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفا لا صدور البيع من غير اهلها، مع ان ترك الاستفصال فى الصدر فى مقام الجواب كاف فى اطلاق المنع

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧١

و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام و غيره من الأئمة صلوات الله عليهم اجمعين (مثل ما عن ربعى بن عبد الله عن ابى عبد الله عليه السلام فى صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن ابى طالب عليه السلام و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا تباع و لا توهب، حتى يرثها الله الذى يرث السماوات. و الأرض و

اسكن فلانا هذه الصدقة ما عاش و عاش عقبه، فإذا انقضوا فهي لذوى الحاجة من المسلمين الخبر (١) فان الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها،

إذ السؤال لم يكن مقيدا في الصدر و انما قيده بعد جوابه عليه السلام، فجوابه مطلق فهذا الخبر من ادلة عدم جواز بيع الوقف.

(١) الثالث: ما روى «١» في صدقات أمير المؤمنين عليه السلام المذكور في المتن.

بدعوى ان الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها.

الذى يظهر من كلمات المصنف قدس سره و غيره ابتذر الاستدلال به على ذلك، و ان الأمر يدور بين كون الوصف صفة لنوع الصدقة أو لشخصها.

و حق القول في المقام ان يقال: انها ليست صفة لنوع الصدقة، لأنها عبارة عن التملك المتقرب به الى الله تعالى، و لها نوعان:

احدهما: ما هو قسيم للوقف و هو يمتاز عن الوقف بفصل عدمى و هو عدم كونه بحيث لا يباع و لا يوهب.

ثانيهما: الوقف، و هو ما يكون متفصلا بكونه بحيث لا يباع و لا يوهب و عليه فالصدقة بمنزلة الجنس و بالفصلين تصوير وقفا و بالآخر

صدقة خاصة فقوله عليه السلام لا يباع و لا توهب ليس وصفا لنوع الصدقة قطعا. اللهم الا ان يقال: ان مرادهم من صفة نوع الصدقة

كونه وصفا للنوع من الصدقة، فلا يرد عليهم هذا اليراد.

ثم ان مرادهم من كونه وصفا للنوع اعم من كونه فصلا مقوما للنوع و كونه

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٢

و يبعد كونها شرطا خارجا عن النوع مأخوذا في الشخص (١) مع ان سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد أعنى الموقوف

عليهم، خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم

لازما للوقف.

فلا يرد على المصنف قدس سره التهافت في كلماته، حيث استظهر في المقام كونه صفة لنوع الصدقة، و يصرح فيما بعد بعد كون

المنع من الانتقال مأخوذا في حقيقة الوقف كما لا يخفى.

(١) و المراد من كونه وصفا للشخص كونه وصفا له بنحو الاشتراط، إذ لو لم يكن ذلك فصلا أو لازما للنوع يمتنع كونه مقوما

للشخص بما انه فرد لهذا النوع، و ليست هذه الحيثية من مشخصات الفرد فيتعين جعله مشخصا بنحو الاشتراط و الالتزام، فالأمر يدور

بين كونه وصفا للنوع و كونه وصفا للشخص بنحو الاشتراط.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: ان الظاهر من قوله عليه السلام لا يباع كونه بنفسه وصفا للصدقة لا التزاما و جعلاً.

الثاني: انه لو كان شرطا و التزاما في ضمن التزام كان المتعين عدم ذكره الا بعد تحقق الالتزام الأول بما له من الأركان التي منها

الموقوف عليه، سيما و ان الالتزام يكون على الموقوف عليه، فلا معنى لذكره قبل ذكره.

الثالث: ان الظاهر من صورة الوقف انه في مقام انشاء الوقف كتيباً مطابقاً للانشاء اللفظي الذي انشأه في الخارج، و إذا لم يكن عدم

جواز البيع من لوازم الوقف و كان شرطا خارجيا لما صح الانشاء لما عرفت من ان الصدقة بمنزلة الجنس للوقف.

الرابع: انه لو كان شرطا كان يصدر الوصف بكلمة على أو نحو ذلك فيكون وصفا للنوع و لكن لا يدل على انحصار حقيقة الوقف

في هذا النوع الخاص، فلعل له نوعين احدهما: المتقوم بهذه الحيثية، ثانيهما: غير المتقوم بها. فمع فرض كونه وصفا للنوع لا يدل على المطلوب، اللهم الا ان يضم عدم الفصل بين أقسام الوقف، و لا بأس به.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٣

مع انه لو جاز البيع في بعض الاحيان كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسدا، بل مفسدا (١) لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد، كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به اصلا الا ان يقال ان هذا الاطلاق نظير الاطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه الى البيع لا لعذر (٢) مع ان هذا التقييد مما لا بد منه (٣) على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا، مع احتمال علم الامام بعدم طرو هذه الامور المبيحة (٤) و حينئذ يصح ان يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا في النوع، فان العلم بعدم طرو مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد اطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى.

(١) و ذكر المصنف من مرجحات كونه وصفا للنوع ما حاصله: انه لو كان شرطا كان اطلاقه مخالفا للمشروع للجواز في بعض الاحيان فكان فاسدا بل مفسدا، و الظاهر ان الفرق بين الجواز الثابت في موارد الاستثناء، و الجواز الذي يكون في مطلق الوقف على القول به- حيث انه لم يستشكل في الشرط من الناحية الثانية و استشكل فيه من الناحية الأولى- ان الجواز في موارد الاستثناء يكون عن اقتضاء للجواز بخلاف الجواز في مطلق الوقف، فانه يكون عن عدم ما يقتضى للمنع، فشرط خلاف الأول مخالف للمشروع دون شرط خلاف الثاني فتأمل.

و كيف كان فدفعه بوجهين

(٢) احدهما انصراف البيع بوجهين

(٣) ثانيهما لزوم هذا التقييد سواء كان الوصف للنوع أو شرطا خارجيا- و يرد عليه: ان الشرط ان كان عدم جواز البيع كان مخالفا للمشروع على جميع التقادير، و ان كان عدم الفعل لم يكن مخالفا له، فان شرط عدم فعل ما هو جائز ليس مخالفا للكتاب و السنة.

(٤) و ربما يذكر من مرجحات كونه شرطا خارجيا ما محصله: انه لو كان شرطا.

يمكن حفظ اطلاقه من جهة علمه عليه السلام بعدم طرو المسوغات المنافية للاشتراط.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٤

فظهر ان التمسك باطلاق المنع على البيع على كون الوصف داخلا- في اصل الوقف، كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر، و ان كان الانصاف مما ذكرنا من ظهور سياق الاوصاف في كونها اوصافا للنوع، و مما ذكرنا ظهر ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة: (١) حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها، و حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق و التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات، فان الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب، و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه، و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي و قد يرتفع كلها و سيجيء التفصيل.

و لو كان صفة للنوع لم تجد هذه الجهة، إذ علمه عليه السلام بان شخص هذه الصدقة لا يطرأ عليه المسوغ لا يجوز توصيف الطبيعي بوصف يختص بهذا الشخص.

(١) ذكر المصنف قدس سره تبعا لبعض الاساطين: ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة:

حق الواقف، حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق، و التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات.

فلا بد لنا من تحقيق حال الموانع الثلاثة فنقول:

اما كونه متعلقا لحق الواقف، فتقريبه: ان الواقف يجعل العين وقفا يجعلها صدقةً جاريةً ينتفع انتفاعا اخرويا بانتفاع الموقوف عليهم، و البيع يوجب انقطاع تلك المثوبات لانقطاع الانتفاعات.

و فيه: ان مجرد انتفاع الواقف اخرويا بعد خروج الملك عن ملكه لا يصلح مانعا عن البيع، فان هذا لا يوجب حدوث حق اعتبارى فى العين مانع عن بيعها، و تفويت الغرض ليس كتفويت الحق مانعا عن البيع،

مع ان متعلق البيع نفس العين، و المثوبات انما تكون بازاء الانتفاعات، فلا- مانع من بيع العين و بقاء حق الموقوف عليهم فى استيفاء المنافع الموجب لانتفاع الواقف متعلقا بها. فتأمل.

لا- يقال: ان المراد ان هذا غرض معاملى للواقف حيث انه انشأ الوقف ببقاء العين و تسهيل المنفعة و قد أمضى الشارع هذا المعنى بقوله: الوقوف على حسب ما يقفها اهلها.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧٥

ثم ان جواز البيع لا- ينافى بقاء الوقف الى ان يباع. فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز ابطال وقفها الى بدل أو لا إليه،

فإن مدلول صيغة الوقف و ان اخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضة عليه، الا- انه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الانشاء، كما ان مقتضى العقد الجائر كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه، فتأمل.

الا- انه ذكر بعض فى هذا المقام. ان الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه ان الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه، ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغه لبيعه، و قد سبقه الى ذلك بعض الاساطين فى شرحه على القواعد.

فانه يرد بان المانع عن البيع على هذا هو حقيقة الوقف لمنافاتها مع جواز البيع لا حق الواقف.

و أما كون العين موردا لحق الله سبحانه،

فتقريبه: ان الوقف صدقة فى سبيله تعالى و هى له، و بهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص كالخمس.

و فيه: ان غاية ما هناك تقرب الواقف بالعمل، و اعطائه تعالى الثواب جزاء للصدقة الجارية، و هما متحققان فى جميع العبادات، و لا يوجبان سيرورة العين متعلقة لحق مقابل للحكم.

و أما كون العين موردا لحق البطون اللاحقة فتقريبه: ان الواقف جعل الوقف ملكا لهم بعد وجودهم، فلهم قبل ذلك حق متعلق بالعين، و هو يمنع عن البيع.

و فيه: ان ما يثبت للبطون اللاحقة لا- محالة يكون بإنشاء الواقف، و من الواضح انه انما انشأ الملكية خاصة، فليس هناك امر آخر اعتبارى يعبر عنه بالحق يمنع عن البيع و أما الملكية فحيث انها تثبت لهم بعد وجودهم، فقبله لا تكون العين موردا للملكية لهم، فلا مانع من البيع من هذه لا جهة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧٦

حيث استدلل على المنع عن بيع الوقف بعد النص و الاجماع، بل الضرورة: بأن البيع و اضراجه ينافى حقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه، و ان نفي المعاوضات مأخوذة فيه ابتداء. (١)

و فيه انه ان اريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع، فهذا لا محصل له فضلا عن ان يحتاج الى نظر، فضلا عن امعانه، و ان اريد به انتفاء

اصل الوقف كما هو ظاهر من كلامه، حيث يجعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف. ففيه مع كونه خلاف الاجماع إذ لم يقل احد ممن اجاز بيع الوقف في بعض الموارد (٢) ببطلان الوقف

نعم يمكن ان يذكر وجه آخر للمنع، و هو: ان البطن الموجود انما يملك العين بالملكية المحدودة لا- المرسله، فان تلك كانت للواقف، و قد قسمها على البطون، فكل بطن يملك العين في مدة محدودة، و البيع هو التمليك مرسلا مطلقا، فالمالك بالملكية المحدودة ليس له البيع.

(١) و قد وقع النزاع بين صاحب الجواهر قدس سره و شيخه، و بين المصنف قدس سره

(١) فقد ذهب الاولان الى ان الوقف يبطل بنفس جواز البيع،

(٢) و خالفهما المصنف قدس سره و ذهب الى بقاءه ما لم يتحقق البيع، و به يبطل.

و قد يقال: انه لا ثمره لهذا النزاع، فانه قبل طروء المسوغ لا يجوز البيع و بعده يصح،

و لكن إذا طرأ المسوغ و لم يبع ثم ارتفع السبب المجوز على القول بارتفاع صفه الوقفية لا مورد لتوهم ارتفاع الجواز، فان الوقف لا يعود بارتفاعه و أما على القول ببقائه يمكن القول بارتفاع الجواز لدورانه مدار السبب المسوغ اللهم الا ان يقال: ان دليل عدم جواز بيع الوقف حيث لا عموم ازمانى له فبعد خروج قطعة من الزمان عنه يكون المحكم بعد تلك استصحاب الجواز لا إطلاق دليل المنع، فلا تكون هذه ثمره فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٧

و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه الى ملك الواقف ان المنع عن البيع ليس مأخوذا في مفهومه، بل هو في غير المساجد و شبهها قسم من التمليك.

و لذا يطلق عليه الصدقة و يجوز ايجابه بلفظ تصدقت، الا ان المالك له بطون متلاحقة، فإذا جاز بيعه مع الابدال كان البائع وليا على جميع الملاك في ابدال ما لهم بمال آخر، و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق ابطال الوقف ببيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل. و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع، أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله. و لذا صرح في جامع المقاصد، بعد جواز رهن الوقف و ان بلغ حدا يجوز بيعه معللا- باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند ارادة بيعه في دين المرتهن.

إذا عرفت ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم ان لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالا: (١)

فان هذا لا يتم على ما سلكناه من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام.

و كيف كان: فقد عرفت ان ما اختاره صاحب الجواهر اقوى.

الوقف قد يكون تمليكا و قد يكون فكا

(١) إذا عرفت ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم: ان لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالا. و لا يخفى ان استفادة الاتفاق من الأصحاب و لو في مورد خاص مشكل لاختلاف كلماتهم في اصل الخروج عن المنع و في موارد، و كلماتهم لا تخلو من الأشكال و التشويش، و قد بذل جمع - منهم المصنف قدس سره - جهدهم في استقصائها، شكر الله مساعيهم و انما اكتفى بنقل كلمات المصنف من دون اظهار النظر في شيء منها و اليك نص ما افاده.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٨

احدها: عدم الخروج عنه اصلا و هو الظاهر من كلام الحلى حيث قال فى السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره و الذى يقتضيه مذهبا انه بعد وقفه و تقييذه لا- يجوز الرجوع فيه و لا- تغييره عن وجوهه و سبله و لا- بيعه سواء كان بيعه ادر «أعود» عليهم ام لا، و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان و غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً ام لا، قال الشهيد رحمه الله بعد نقل اقوال المجوزين و ابن ادريس سد الباب و هو نادر مع قوته، و قد ادعى فى السرائر عدم الخلاف فى المؤبد قال: ان الخلاف الذى حكيناه بين اصحابنا انما هو إذا كان الوقف على قوم، و من بعد هم على غيرهم، و كان الواقف قد اشترط رجوعه الى غيره الى ان يرث الله الأرض، لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى.

و فيه نظر يظهر مما سيأتى من ظهور اقوال كثير من المجوزين فى المؤبد. و حكى المنع مطلقاً عن الاسكافى و فخر الإسلام ايضا، الا فى آلات لموقوف و اجزاء التى انحصرت طريق الانتفاع بها فى البيع، قال الاسكافى على ما حكى عنه فى المختلف ان الموقوف رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله الى زوال ما سبله من منفعته،

فلا بأس ببيعه و ابدال مكانه بثمانه ان امكن أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعته،

اورد ثمنه على منافع ما بقى من اصل ما حبس معه إذا كان فى ذلك صلاح، انتهى.

و قال فخر الدين فى الايضاح فى شرح قول والده قدس سره و لو خلق حصير المسجد و خرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به فى غير الاحراق، فالاقرب جواز بيعه، قال بعد احتمال المنع بعموم النص فى المنع: و الاصح عندى جواز بيعه و صرف ثمنه فى المماثل ان امكن و الا فى غيره، انتهى.

و نسبة المنع اليهما على الاطلاق لا بد ان يبنى على خروج مثل هذا عن محل الخلاف و سيظهر هذا من عبارة الحلبى و الكافى ايضا فلاحظ

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧٩

الثانى: الخروج عن عموم المنع فى المنقطع فى الجملة خاصة دون المؤبد، و هو المحكى عن القاضى حيث قال فى المحكى المذهب: إذا كان الشىء وقفا على قوم و من بعدهم إلى غيرهم، و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فان كان وقفا على قوم مخصومين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه، و حصل الخوف من هلاكه أو فساد، أو كان باربابه حاجة ضرورية يكون بيعه اصلح لهم من بقاءه عليهم، أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساد،

فإنه حينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه فى مصالحهم على حسب استحقاقهم، فان لم يحصل شىء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، و لا يجوز هبة الوقف و لا الصدقة به ايضا، و حكى عن المختلف و جماعة نسبة التفصيل إلى الحلبى. لكن العبارة المحكية عن كافي لا تساعده بل ربما استظهر منه المنع على الاطلاق فراجع.

و حكى التفصيل المذكور عن الصدوق و المحكى عن الفقيه انه قال: بعد رواية على بن مهزيار الآتية ان هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم و لو كان عليهم و على اولادهم ما تناسلوا و من بعد على فقراء المسلمين الى ان يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجز بيعه ابدا. ثم ان جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة فى المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضى كما لا يخفى.

ثم ان هؤلاء ان كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع الى ورثه الموقوف عليه فللقول، بجواز بيعه وجه، اما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه الى الواقف أو ورثته، فلا وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه فى مصالحهم. و قد حكى القول بهذين عن القاضى إلا أن يوجه بأنه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حتى يكون حبسا بل هو وقف حقيقى و تملك للموقوف عليهم مدة وجودهم، و حينئذ فيبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق سائر حق البطن فى الوقف

المؤبد. لكن هذا الوجه لا يدفع الاشكال عن الحلبي المحكى عنه القول المتقدم حيث انه يقول ببقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٠

الثالث: الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز في المؤبد في الجملة و أما المنقطع فلم ينصوا عليه و ان ظهر من بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناء على قوله برجوع المنقطع الى ورثة الواقف كالشيخ و سلالر قدس سره، و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد ابى المكارم بن زهرة فلازمه جعله كالمؤبد و كيف كان فالمناسب اولاً نقل عبائر هؤلاء. فنقول قال المفيد في المقنعة: الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها الا ان يحدث الموقوف ادر «اعود» عليهم و انفع لهم من تركه على حاله و إذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع في شىء منه و لا- تغيير شرائطه و لا- نقله عن وجوهه و سبله متى اشترط الواقف في الوقف انه متى احتاج إليه في حياته لفقر كان له بيعه و صرف ثمنه في مصالحه جاز له فعل ذلك و ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف ان يتصرفوا فيه ببيع أو هبة أو يغيروا شيئاً من شروطه الا ان يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً لهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه. كذلك ان حصلت لهم ضرورة الى ثمنه، كان لهم حله و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرنا من الاسباب و الضرورات انتهى كلامه رحمه الله.

وقد استفاد من هذا الكلام في غاية المراد تجوز بيع الوقف في خمسة مواضع و ضم صورة جواز الرجوع و جواز تغير الشرط الى المواضع الثلاثة المذكورة، بعد وصول الموقوف الى الموقوف عليهم و وفات الواقف فلاحظ و تأمل.

ثم ان العلامة ذكر في التحرير ان قول المفيد بأنه لا- يجوز الرجوع في الوقف الا- ان يحدث الى قوله انفع لهم من تركه على حاله متأول، و لعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد، و قال في الانتصار على ما حكى عنه، و مما انفردت الامامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا- يجدى نفعاً، جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه، و ان ارباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة الى ثمنه جاز لهم بيعه و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨١

ثم احتج باتفاق الامامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيد و رده بكونه مسبوقة و ملحوقاً بالاجماع، و انه انما عول في ذلك على ظنون له و حسبان اخبار شاذة لا يلتفت الى مثلها انتهى.

ثم قال: و أما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى او دعت اربابه الضرورة الى ثمنه لشدة فقرهم فالاحوط ما ذكرناه من جواز بيعه، لأنه انما جعل لمنافعهم فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه، و لم يبق منفعة فيه الا من الوجه الذى ذكرناه، انتهى.

وقال في المبسوط و انما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، و هو انه إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان باربابه حاجة شديدة و لا يقدر على القيام به، فحينئذ يجوز لهم بيعه و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى.

ثم احتج على ذلك بالاخبار، و قال سلالر فيما حكى عنه: و لا- يخلو الحال في الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التى وقف فيها، أو يتغير الحال فان لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف، و لا هبته و لا تغيير شىء من احواله، و ان تغير الحال في الوقف حتى لا- ينتفع به على اى وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو انفع لهم انتهى.

وقال في الغنية على ما حكى عنه: و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا- يجدى نفعاً و خيف خرابه أو كانت باربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة الى بيعه بدليل اجماع الطائفة و لأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فإذا لم يبق له منفعة الا على الوجه الذى ذكرناه جاز، انتهى.

وقال في الوسيلة و لا- يجوز بيعه يعنى الوقف الا بأحد شرطين: الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه، شديدة لا يمكنه معها القيام به، انتهى.

وقال الراوندى فى فقه القرآن على ما حكى عنه: وانما يملك بيعه على وجه عندنا و هو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان باربابه حاجة شديدة.

وقال فى الجامع على ما حكى عنه: فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجة شديدة أو خيف وقوع فتنه لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨٢

وعن النزهاء: لا- يجوز بيع الوقف الا ان يخاف هلاكه، أو يؤدى المنازعة فيه بين اربابه الى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة، و يكون بيع الوقف اصلح لهم، انتهى.

وقال فى الشرائع و لا يصح بيع الوقف ما لم يؤدى بقاءه إلى خرابه، لخلف بين اربابه و يكون البيع أعود.

وقال فى كتاب الوقف: و لو وقع بين الموقوف عليه خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، و لو لم يقع خلف و لا خشى خرابه، بل كان البيع انفع لهم قيل:

يجوز بيعه و الوجه المنع، انتهى.

و مثل عبارة الشرائع فى كتابى البيع و الوقف عبارة القواعد فى الكتابين. و قال فى التحرير لا يجوز بيع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف، و لم يجر بيعها و لو وقع خلف بين ارباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا، ثم

ذكر كلام ابن ادريس و فتواه على المنع مطلقا، و تنزيه قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، و نفيه الخلاف على المنع فى المؤبد، ثم قال: و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعه بالكلية، كدار انهدمت و عادت مواتا و لم يتمكن من عمارتها و يشتري بثمنه ما

يكون وقفا كان وجهها،

انتهى.

وقال فى بيع التحرير، و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامرا، و لو ادى بقاءه إلى خرابه جاز، و كذا يباع لو خشى وقوع فتنه بين اربابه مع بقاءه على الوقف انتهى.

و عن بيع الارشاد، لا- يصح بيع الوقف الا- ان يخرب أو يؤدى الى الخلف بين اربابه على رأى، و عنه فى باب الوقف: لا- يصح بيع الوقف الا- ان يقع بين الموقوف عليه خلف و يخشى به الخراب، و قال فى التذكرة فى كتاب الوقف على ما حكى عنه: و الوجه ان

يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمكن من عمارته أو خوف فتنه بين اربابه يحصل باعتبارها فساد، انتهى.

وقال فى كتاب البيع، لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه إذ القصد منه التأيد، نعم لو كان بيعه أعود عليهم لوقوع خلف بين اربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنه بسببه جوز أكثر علمائنا بيعه، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨٣

وقال فى غاية المراد: يجوز بيعه فى موضعين خوف الفساد بالاختلاف و إذا كان البيع اعود مع الحاجة، و قال فى الدروس لا يجوز بيع الوقف الا إذا خيف من خرابه أو خلف اربابه المؤدى إلى فساد. و قال فى اللمعة: لو أدى بقاءه إلى خرابه لخلف اربابه فالمشهور

الجواز، انتهى.

وقال فى تلخيص الخلاف على ما حكى عنه: ان لأصحابنا فى بيع الوقف اقوالا متعددة أشهرها جوازه إذا وقع بين اربابه خلف و فتنه و خشى خرابه و لا يمكن سد الفتنه بدون بيعه و هو قول الشيخين.

و اختاره نجم الدين و العلامة، انتهى.

وقال فى التنقيح على ما حكى عنه إذا آل الى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به اصلا جاز بيعه.

و عن تعليق الارشاد يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه النفس، و عن ايضاح النافع انه جوز بيعه إذا اختلف اربابه اختلافا يخاف معه

القتال. و نهب الاموال و لم يندفع الا بالبيع، قال: فلو امكن زواله و لو بحاكم الجور، لم يجز. و لا اعتبار بخشية الخراب و عدمه، انتهى.
 و مثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرائع.
 و قال فى جامع المقاصد بعد نسبة ما فى عبارة القواعد الى موافقة الأكثر:
 ان المعتمد جواز بيعه فى ثلاثة مواضع:

احدها: إذا خرب و اضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد إذا اندرست و جذوعه إذا انكسرت.
 ثانيها: إذا حصل خلف بين اربابه يخاف منه تلف الأموال و مستنده صحيحة على بن مهزيار و يشتري بثمنه فى الموضعين ما يكون
 وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان، و يتولى ذلك الناظر الخاص ان كان و إلا فالحاكم.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٤

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلة و غيرها، لرواية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام
 انتهى كلامه رفع مقامه.

و قال فى الروضة: و الاقوى فى المسألة ما دل عليه صحيحة على بن مهزيار عن أبى جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه إذا وقع
 بين اربابه خلف شديد،

علله عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الاموال و النفوس. و ظاهره ان خوف ادائه اليهما و الى احدهما ليس بشرط بل هو مظنة
 لذلك، قال و لا- يجوز بيعه فى غير ما ذكرناه و ان احتاج إليه ارباب الوقف و لم يكفهم غلته أو كان يبيعه اعود أو غير ذلك مما قيل
 لعدم دليل صالح عليه، انتهى.

و نحوه ما عن الكفاية، هذه جملة من كلماتهم المرئية أو المحكية، و الظاهر ان المراد بتأدية بقاء الوقف الى خرابه حصول الظن
 بذلك الموجب لصدق الخوف لا- التأدية على وجه القطع، فيكون عنوان التأدية فى بعض تلك العبارات متحداً مع عنوان خوفها و
 خشيتها فى بعضها الآخر، و لذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا و اخرى بذلك، كما اتفق للفاضلين و الشهيد و نسب بعضهم عنوان
 الخوف الى الأكثر،

كالعلامة فى التذكرة و إلى الأشهر كما عن ايضاح النافع، و آخر عنوان التأدية الى الأكثر، كجامع المقاصد، أو إلى المشهور كاللمعة،
 فظهر من ذلك ان جواز البيع بظن تأدية بقائه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهرة بين المجوزين لكن، المتيقن عن
 فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف اربابه، اللهم الا ان يستظهر من كلماتهم كالتص كونه الاختلاف من باب المقدمة و أن الغاية
 المجوزة هى مظنة الخراب

و ان شئت الاطلاع على نظرات الفقهاء العظام فانظر الى ما جمعه المصنف قدس سره فانه رحمه الله قد استقصى الكلام فى ذلك
 بنحو لم يبق مورد له دخل فى كيفية الاستنباط الا و قد اشار إليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٥

إذا عرفت ما ذكرنا

فيقع الكلام تارة فى الوقف المؤبد و اخرى فى المنقطع.

[الوقف المؤبد]

إشارة

اما الأول فالذى ينبغي ان يقال فيه ان الوقف على قسمين:

احدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم استجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.

و الثانى: ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير، (١) كما فى المساجد و المدارس و الربط بناء على القول بعدم دخولها فى ملك المسلمين،

كما هو مذهب جماعة فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه احد بغير حق فالظاهر انه ليس عليه اجرة المثل.

و الكلام يقع تارة: فى الوقف المؤبد، و اخرى: فى المنقطع.

(١) اما الاول: ففي المكاسب: ان الوقف على قسمين: احدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، و الثانى: ما لا يكون ملكا لأحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير...

تنقيح القول فى المقام: ان الكلام يقع اولاً: فى انه هل يخرج الملك عن ملك الواقف ام لا؟ ثم فى انه على فرض الخروج هل يدخل فى ملك الموقوف عليه خاصة أو عاماً اولاً،

ام يفصل بين العام و الخاص؟ اما الموضع الأول: فقد استدلل لعدم الخروج الذى ذهب إليه أبو الصلاح: بقوله صلى الله عليه و آله: حبس الأصل و سبل الثمرة «١». و بقول الفقهاء: انه تحييس الأصل و تسبيل الثمرة. بتقريب: ان الظاهر من الحبس ابقائه على حاله و ملك مالكة.

و فيه ان الظاهر من الحبس بقرينه تسبيل المنفعة، الحبس على الموقوف عليه كما ان التسبيل له لا التحبس على الواقف.

و قد استدلل للخروج عن ملكه بوجوه بينة الفساد و الصحيح ان يستدل له: بان الملكية من الاعتبارات، و الاعتبار لا بد و ان يكون بلحاظ الآثار، فالاعتبار الذى لا يترتب عليه اثر لغو لا يصدر من العقلاء و الشارع

(١) المستدرک باب ٢ من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨٦

...

و حيث ان اعتبار كون المال ملكا للواقف مع كونه ممنوعاً من التصرفات و رجوع منافعه الى الموقوف عليه لغو و بلا اثر، فلا يصدر من العقلاء و الشارع، فلا محالة بالوقف يخرج عن ملكه.

و يمكن ان يستدل له بما اشتمل من النصوص «١» على كيفية الوقوف و صدقات المعصومين عليهما السلام من قولهم بتا بتلا اى منقطعاً عن الواقف و مبانا عنه، لأن البت و البتل بمعنى القطع.

و أما الموضع الثانى:

فعن الأكثر - بل المشهور - انتقاله الى الموقوف عليه، و نقل الحلّى عن بعضهم:

اختيار انتقاله الى الله تعالى، و عن المبسوط: نسبتة الى قوم، و عن الشهيد الثانى فى المسالك، و العلامة فى القواعد: التفصيل بين العام و الخاص.

و قد استدلل لصيرورته ملكا للموقوف عليه بوجوه:

الأول: ان المتلف للعين الموقوفة يكون ضامناً للموقوف عليه، فلو لم يكن ملكاً له لما كان وجه للضمان.

وفيه: انه يكفي في الحكم بالضمان اضافتها إليه و لو بكونها محبوسة عليه لينتفع بها، فيكون البديل كالمبدل موردا و مصرفا لانتفاعه به.

الثاني: ان فائدة الملك- و هي استحقاق النماءات و المنافع- تكون له، فيكشف ذلك عن ملك العين.

وفيه ان ملكية المنافع و النماءات ان لم يتعلق بها انشاء مستقل كانت تابعة لملكية العين، و أما إذا تعلق الانشاء بها مستقلا- كما في باب الإجارة- فلا تكشف عن ملكية العين،

و المقام من هذا القبيل، فان الوقف تسبيل المنافع بالاستقلال.

الثالث: ان الوقف من اركانه الموقوف عليه، اما خاصا أو عاما، و لو كان مجرد

(١) الوسائل باب ٦ و ١٠- من ابواب الوقوف و الصدقات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٧

...

فك الملك لما احتاج إليه.

وفيه: ان الاحتياج إليه انما هو من جهة كونه مالكا للمنافع أو الانتفاع لا من حيث كونه فكا للملك.

الرابع: ان الوقف لو كان فكا لا تملكا لما احتاج الى القبول كالتعق، مع انه يتوقف عليه.

وفيه: ان الاحتياج الى القبول انما هو من جهة كون الموقوف موردا و مصرفا للنماءات و الانتفاعات.

و استدلل للقول بانتقاله الى الله تعالى: بان الوقف ازاله الملك عن المالك على وجه القربة، فيكون منتقلا الى الله تعالى، و هو كما ترى.

و استدلل للقول الثالث: في الخاص بما تقدم، و في العام و الجهات بتساوي نسبة كل واحد من المستحقين، و استحالة ملك كل واحد أو واحد معين أو غير معين للاجماع،

و استحالة الترجيح و لا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر به، فيتعين ان يكون لله.

وفيه: اولاً: انه لا مانع من الالتزام بانه مال لا مالك له.

و ثانياً: انه يمكن الالتزام بكون المالك هو الكلي كما في الخمس و الزكاة.

و الحق ان يقال: ان الوقف على اقسام:

احدها: ما يملك الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة، فيجوز له نقلها باجارتها و نحوها كالأوقاف الخاصة أو ما يشبهها من الأوقاف العامة كالبيستان الموقوف على الطلاب.

ثانيها: ما يملك الموقوف عليه الانتفاع بها و لا يملك المنفعة، كان ملك الانتفاع بانشاء الواقف كالمدارس و الخانات، أو بحكم من الشارع كالمسجد، فانه لم يقصد به

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٨

و الظاهر ان محل الكلام في بيع الوقف انما هو القسم الأول.

و أما الثاني: فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك. (١)

و بالجملة فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا،

و حينئذ فلو خرب المسجد، و خربت القرية، و انقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه

الا جعله مسجداً، و قد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون ان يجعله الواقف وقفا على المصلين.
 ثالثها: ما لا يترتب عليه ملك المنفعة و لا الانتفاع، كما في المعلقة الموقوفة على الروضات و المشاهد المقدسة.
 اما فى الأخيرين: فالأظهر عدم الملك، فانه من عدم ملكية المنفعة يستكشف عدم ملكية العين، إذ لو كانت العين ملكا كانت المنفعة ايضاً ملكا.
 و أما فى الأول: فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه، للتعبير عن ذلك فى النصوص بالصدقة التى هى الاعطاء مجاناً بقصد القرية، سيما و فى بعضها مثل ما تضمن «١»
 صدقة الإمام الكاظم عليه السلام نسبتها الى جميع حقه من الأرض الموقوفة، فانه لا ينبغى التوقف فى استفادة الملك من ذلك كما لا يخفى.

بيع الوقف مع عدم كونه ملكا

إذا عرفت ان للوقف قسمين: احدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، و ثانيهما: ما لا يكون ملكا لهم بل هو فك و تحرير، فاعلم: انه يقع الكلام فى مقامين:
 الأول: فى بيع ما لا يكون ملكا فى الموارد التى لو كانت ملكا كان يجوز بيعها.
 الثانى: فى ما يكون ملكا لهم.
 (١) اما المقام الاول: فقد قال المصنف قدس سره و أما الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه لعدم الملك.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨٩

و صرف ثمنه فى احداث مسجد آخر أو تعميره.

و الظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد.

نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر انه لا يصح بيع الوقف العام لا لعدم تامة الملك، بل لعدم اصل الملك برجوعها الى الله و دخولها فى مشاعره انه مع اليأس عن الانتفاع به فى الجهة المقصودة يؤجر للزراعة و نحوها، مع المحافظة على الآداب اللازمة لها ان كان مسجداً مثلاً، و احكام السجلات لئلا يغلب اليد، فيقضى بالملك و تصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب و الأوج و الافضل احتياطاً، و مع التعارض فالمدار على الراجح، و ان تعذر صرف الى غير المماثل، كذلك فإن تعذر صرف فى مصالح المسلمين. و أما غير الأرض من الآلات و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها، فإن بقيت على حالها و امكن الانتفاع بها فى خصوص المحل الذى اعدت له كانت على حالها، و الا جعلت فى المماثل، و الافقى غيره، و الافقى المصالح على نحو ما مر.

الكلام فى هذا المقام يقع فى موارد:

احدها: فى حكم الأوقاف العامة غير المسجد كالحانات و المدارس و نحوها.

ثانيها: فى حكم المسجد.

ثالثها: فى اجزاء المسجد.

رابعها: في ثوب الكعبة.

اما المورد الأول: فان قلنا بانه يعتبر في البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين قبل البيع، لم يصح بيعها بوجه لعدم الملك، ولا إجارتها لعدم ملك المنفعة على الفرض. فما عن بعضهم من جواز الإجارة حتى في مثل المسجد إذا خرب لا ينطبق على هذا المبني، و أما على المختار من عدم اعتبار ذلك و انه يكفي كونه مالكا للبيع و مسلطا على التمليك - كما في بيع الكلى في الذمة و اجارة الحر نفسه - فلا اشكال في جواز البيع، إذ كما يقال في الوقف الخاص: ان العين بشخصها محبوسة ما دام الى ذلك سبيل و الا فهي محبوسة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٠

و ان تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها، أو ما قام مقامه اشبهت الملك بعد اعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع الى حكم الاباحة و العود ملكا للمسلمين ليصرف في مصالحهم و العود الى المالك، و مع اليأس عن معرفته يدخل في مجهول المالك. و يحتمل بقاؤه على الوقف و يباع احترازا عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و تصرف مرتبا على النحو السابق، و هذا هو الاقوى،

كما صرح به بعضهم، انتهى.

و فيه ان اجارة الأرض و بيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونه ملكا للمسلمين (١) و لو على نحو الأرض المفتوح عنوة، لكنه غير ثابت و المتيقن خروجه عن ملك مالكة. و أما دخوله في ملك المسلمين فممنوع بالأصل، نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لأصالة الاباحة، و لا يتعلق عليهم اجرة،

بمالياتها دون شخصها فتبدل بعين اخرى تجعل مكانها كذلك يقال في الوقف العام ان العين محبوسة بشخصها ما دام يمكن الانتفاع بها، و الا فهي محبوسة بمالياتها و مطلقة من جهة شخصيتها بلا تفاوت بينهما اصلا.

و بما ذكرناه يظهر حال الإجارة، و انها تصح، بل هي اولى بذلك من البيع، فان فيها الحفظ على محبوسية العين بما لها من الشخصية. (١) كما انه ظهر حكم حصر المسجد، فانه كسائر الاوقاف العامة، و لا يتوقف جواز بيعه على كونه ملكا للمسلمين كما افاده المصنف قدس سره.

كما انه ظهر حكم الأوقاف العامة التي ليست لأجل انتفاع المسلمين بل لغرض آخر كالتزين، فانها و ان لم تكن مملوكة لأحد لعدم الدليل الا انه يجوز بيعها في موارد جواز البيع لو كانت مملوكة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩١

ثم انه ربما ينافي ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته (١) مثل رواية مروان بن عبدا لملك، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام:

عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضى ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده هل يصلح ان يبيع ما اراد؟ قال: يبيع ما اراد و يهب ما لم يرد و ينتفع به و يطلب بركته،

قلت: أ يكفن به الميت؟ قال: لا، قيل: و في رواية اخرى يجوز استعماله و بيع نفسه،

و كذلك ما ذكروه في بيع حصر المسجد إذا خلقت و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع.

اللهم الا ان يقال ان ثوب الكعبة و حصر المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبذولان للبيت و المسجد فيكون كسائر اموالهما. و معلوم ان وقفية اموال المساجد و الكعبة من قبيل القسم الأول، و ليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العام التصرف فيه بالبيع. نعم فرق بين ما يكون ملكا طلقا كالحصير المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة و لو لم

يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديدا غير مستعمل و بين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد، كالحصير الذي يشتريه الرجل و يضعه في المسجد، و الثوب الذي يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه، الا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

و أما المورد الثاني: فملخص القول فيه: ان للمسجد- مع قطع النظر عن كونه من الأوقاف العامة و يجوز انتفاع المسلمين به في الصلاة و غيرها- حيثية اخرى، و هي حيثية المسجدية و احكام خاصة من حرمة تنجيسه و وجوب ازالة النجاسة عنه و نحوهما، و هذه الحيثية- اي حيثية كون الأرض بيت الله- قائمة بشخص هذه الأرض لا بما لها من المالية، و هذه الحيثية تمنع عن بيعه. و أما اجارته فبما انه لا تنافي هذه الحيثية، و من حيث انه وقف عام ايضا لا مانع لفرض كون المورد من موارد الجواز، فلا محذور فيها.

و بذلك ظهر تمامية ما افاده كاشف الغطاء قدس سره.

(١) قوله ما ورد في بيع ثوب الكعبة «١» سيأتى البحث فيه في المورد الرابع

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٢

ثم الفرق بين ثوب الكعبة و حصير المسجد، ان الحصير يتصور فيه كونه وقفا على المسلمين، و لكن يضعه في المسجد، لأنه احد وجوه انتفاعهم كالماء المسبل الموضوع في المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به و لو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به في غيره و لو مع حاجته لكن يبقى الكلام في مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيرا في المسجد أو وضع حب ماء فيه. و ان كان الظاهر في الأول الاختصاص و اوضح من ذلك الترب الموضوعه فيه.

و في الثاني: العموم فيجوز التوضى منه و ان لم يرد الصلاة في المسجد،

و الحاصل ان الحصر و شبهها الموضوعه في المساجد و شبهها يتصور فيها اقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، و ليست من قبيل نفس المسجد و اضرايه فتعرض الاصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا. نعم ما ذكرنا لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان مع ان المحكى عن العلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني جواز بيعه، و ان اختلفوا في تقييد الحكم و اطلاقه، كما سيجيء الا ان نلتزم بالفرق بين ارض المسجد. فإن وقفها و جعلها مسجدا فك ملك، بخلاف ما عداها من اجزاء البنيان كالأخشاب و الاحجار فإنها تصير ملكا للمسلمين، فتأمل.

و كيف كان فالحكم في ارض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو ابقاؤها مع التصرف في منافعها، كما تقدم عن بعض الاساطين أو بدونه. و أما اجزائه كجذوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة في صرف عينه

و أما المورد الثالث: فالظاهر ان حالها حال المسجد، فانها من اجزائه، و تجمعها و العرصه صيغته واحده، و بناء الأصحاب على ترتب احكام المسجد عليها من حرمة التنجيس و وجوب ازالة النجاسة و غيرها ما لم يصرح بعدم دخولها في المسجد، و عليه فلا يجوز بيعها بوجه. فان امكن الانتفاع بها في ذلك المسجد، و الا ينتفع بها في مسجد آخر، و ان لم يمكن صرفت في سائر مصالح المسلمين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٣

يجب صرف عينه فيه، لان مقتضى وجوب ابقاء الوقوف و اجرائها على حسب ما يوقفها اهلها و وجوب ابقائه جزءا للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال، و ان لم يكن مصلحة في رده جزءا للمسجد، فبناء

على ما تقدم من ان الوقف في المسجد و اضرابه فك ملك لم يجز بيعه لفرض عدم الملك، و حينئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لأجر المسجد و نحو ذلك، كما عن الروضة و الا صرف في مسجد آخر، كما في الدروس، و الا صرف في سائر مصالح المسلمين، قيل: بل لكل احد حيازته و تملكه. و فيه نظر، و قد الحق بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، و الكتب الموقوفة على المشتغلين و العبد المحبوس في خدمة الكعبة و نحوها، و الاشجار الموقوفة لانتفاع المارة و البواري الموضوعه لصلاة المصلين و غير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين و نحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالاجارة

و ما عن كاشف الغطاء من ان لكل احد حيازتها و تملكها- من جهة ان للموقوف عليهم الانتفاع بها و منها التملك بالحيازة. ضعيف لما عرفت من عدم قابلية المسجد لذلك.

كما ان ما عن جماعة من الفرق بين عرصه المسجد و بنيانه، في غير محله.

و أما المورد الرابع: فقد دلت النصوص «١» على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو المرسوم من البيع بعد سنه، و لا- يهمننا البحث في تطبيقها على القواعد.

و ما افاده المحقق الايرواني قدس سره من: ان عنوانه ليس عنوان الوقف بل هو مبذول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعد مدة معينة ثم يصرف ثمنه في الخدمة،

فالعين باقية على ملك مالكةا و قد اذن في التصرف كذلك.

غير تام، فان لازمه عدم جواز البيع لو رجع صاحبه عن اذنه أو مات و انتقل الى وراثه و لم يرضوا به أو كان فيهم صغير.

(١) الوسائل باب ٢٦- من ابواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٤

و نحوها و صرفها في مصارفها، كما في الحمامات و الدكاكين و نحوها، لأن جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالاصل اللازم ابقاؤها على الاباحة، كالطرق العامة و الأسواق.

و هذا كله حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك لا تملكها. و لو اتلف شيئا من هذه الموقوفات أو اجزائها متلف، ففي الضمان

وجهان (١) من عموم على اليد، فيجب صرف قيمته في بدله، و من ان ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه (٢)

و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهها ظالم، كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزا، و ان الظاهر عن التأديه في حديث اليد الايصال الى المالك، فيختص باملاك الناس (٣) و الأول احوط و قواه بعض إذا عرفت جميع ما ذكرنا.

و ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره من: أنه ليس حبسا مؤبدا مع وضوح ان المرسوم في ثوب الكعبة تجديده في كل عام، بل لا قصد لمعطيه الا تزيين الكعبة مدة ثم يكون لقيم البيت و سدنته أو لعامة المسلمين، اقرب الى الصواب.

(١) قوله و لو اتلف شيئا من هذه الموقوفات أو اجزائها متلف ففي الضمان وجهان.

قد استدلل لعدم شمول على اليد «١» له بوجه.

(٢) الاول: ما في المتن و هو: ان ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهها ظالم.

و فيه: ان هذه الملازمة لم يدل عليها دليل، بل لا ملازمة، فان المنافع الفائتة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونه، مع ان العين

التالفه تحت اليد مضمونه.

(٣) الثاني: ما فى المتن ايضا و هو: ان الظاهر من التأديئه الايصال الى المالك،

فيختص باملاك الناس.

و فيه: ان الظاهر منها التأديئه الى اهله كان هو مالكا أو موردا للانتفاع به.

الثالث: ان الضمان انما هو بمعنى اشتغال الذمه بالبدل، فلا بد و ان يفرض شخص مالكا ليكون هو من له الذمه، و مع عدمه لا معنى

لاشتغال الذمه.

(١) المستدرک باب ١ من كتاب الغصب حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٥

فاعلم ان الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور:

[الصورة الأولى: ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه (١)]

اشارة

كالحيوان المذبوح و الجذع البالى و الحصير الخلق، و الاقوى جواز بيعه وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم،

و فيه: اولاً: معنى الضمان كون العين فى العهده و اثرها وجوب رد العين، و مع تلفها رد بدلها، و القائم مقامها ملكا أو موردا للانتفاع.

و ثانياً: انه لا مانع من اعتبار كون الكلى فى ذمه الذى هو مورد لملك الانتفاع،

و تقوم بمن له الذمه يكفى فيه هذا المقدار. فالأظهر هو الضمان بالإتلاف أو التلف.

صور بيع الوقف - الصورة الأولى

و قد اتفقت كلماتهم على جواز بيع الوقف فى موارد، فلا بد من البحث فيها.

و تنقيح القول فيه بالبحث فى صور المسأله.

(١) الاولى: ان يخرب الوقف فى موارد، فلا بد من البحث فيها.

و قد استدلت المصنف قدس سره لجواز البيع فى هذه الصورة بطريقتين:

الأول: ان المقتضى موجود و المانع مفقود.

الثانى: الاستدلال و اقامه الدليل على الجواز.

اما الأول: فبتقريب: ان المقتضى للجواز و هو الملك موجود، فيعمه المقتضى فى مقام الأثبات و هو ادله نفوذ البيع و المانع مفقود-

بالتفصيل الذى سيمر عليك - فلا بد من البناء على الجواز.

و اورد عليه: بان الوقف بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع الا ببطلان الوقفيه، و هو خلاف الفرض، إذ المفروض جواز بيع

الوقف و تبديله و سرايه الوقفيه الى بدله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٦

لعدم جريان ادله المنع. اما الاجماع فواضح (١) و أما قوله لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه الى غير هذه الحاله. (٢) و أما قوله عليه

السلام الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها، فلا يدل على المنع هنا، لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيه المرسومه فى انشاء الوقف

(٣) و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف،

وان ذكر في متن العقد للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه. وقد تقدم ذلك و تضعيف قول من قال ببطان العقد إذا حكم بجواز بيعه، ولو سلم ان المأخوذ في الوقف ابقاء العين، فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا. (٤)

و لكن يدفعه: ان المصنف قدس سره لا يسلم المبنى، مع انه على هذا المبنى ايضا يمكن ان يقال بعدم المنافاة كما سيمر عليك. وقد ذكر في وجه عدم جريان ادلة المنع: ان ادلة المنع ثلاثة: الإجماع، وقوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف «١». وقوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله «٢». و شيء منها لا يجري في المقام. (١) اما الاجماع فواضح. (٢) و أما الثاني: فلانصرافه الى غير هذه الحالة. (٣) و أما الثالث: فلانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف و ليس عدم البيع منها. (٤) مع انه لو سلم اخذ ابقاء العين في الوقف فحيث ان الوقف تحبب العين و تسبيل الثمرة، فهو يختص بصورة امكان الانتفاع، فكما انه في اول الأمر مع عدم وجود الثمرة لا يتحقق الوقف، كذلك يتوقف بقائه على استدامة ذلك، فبنفاد الثمرة يبطل الوقف.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٧

...

و لكن: يرد على ما ذكره من الانصراف: ان الانصراف الناشئ عن قلة وجود الفرد لا يصلح لتقييد الاطلاق، مع ان كل عين موقوفة مآلها الى الخراب بحسب العادة، فليست حالة الخراب قليلة بالإضافة الى حالة العمارة.

و أما الايراد عليه: بان مورده الأرض الخربة لقوله: فلما عمرتها ... الخ فكيف يدعى الانصراف؟ فيمكن الجواب عنه: بان المدار على عدم امكان الانتفاع لا على صدق الخراب،

و ارض الزراعة انما لا يمكن الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها و نحوه لا بعدم كونها مشغولة بالزراعة.

و يرد على الوجه الأول الذي ذكره في قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ... الخ: ان هذا ينافي استدلاله قده بهذا الخبر على عدم جواز البيع.

مضافا الى فساد ذلك لما عرفت من ان عدم جواز البيع ليس حكما شرعيا محضاً مترتباً على الوقوف، بل عدم البيع مأخوذ في حقيقته.

و يرد على الوجه الثاني: ان الوقف عبارة عن تحبب العين دائماً، و تسبيل مالها من المنفعة كائنه ما كانت لا تسبيلها دائماً.

و قد يقال في وجه عدم مانعية الوقف عن البيع كما عن المحقق النائيني قدس سره: بان قوام الوقف بامرین: بقاء العين الموقوفة، و كونها ذات منفعة، لأنه عبارة عن حبس العين و تسبيل الثمرة، و إذا خرب الوقف بنحو لا ينتفع به لا محالة تتبدل الصورة النوعية للعين

الموقوفة الى صورة نوعية اخرى عرفا. مثلاً: النخلة الموقوفة إذا قلعت تعد عرفاً مباينةً للنخلة، و بالتبدل - اي تبدل الصورة النوعية التي تعلق الوقف بها - يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع.

و بعبارة اخرى: الوقف متعلق بعنوانين خاصة كعنوان الشجر و الحمام و البستان و امثال ذلك، و مع الخراب لا تبقى هذه العناوين و لا

تصدق اساميتها، و الوقف يدور

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٨

...

مدار صدق الاسم.

وفيه: ان الوقف كسائر المعاملات من البيع والهبة، فكما انه يتعلق بالعناوين الخاصة، كذلك المعاملات تتعلق بها، فكما ان تبدل الصورة النوعية لا يوجب زوال الملكية كذلك لا يوجب تبدل الوقف الذي هو تملك خاص.

و بالجملة تبدل الصورة النوعية لا يؤثر في الملكية، فلا وجه لبطلان الوقف من هذه الجهة.

و ان شئت قلت: ان الوقف يتعلق بالموجود الخارجى بما له من الحالات، و لذا لو تبدلت صورته النوعية الى صورة نوعية اخرى ينتفع بها لا إشكال فى عدم جواز بيع الوقف مع ان لازم هذا الوجه و الوجه الثانى الذى افاده الشيخ قدس سره هو بطلان الوقف و عود العين الموقوفة الى الواقف أو ورثته، أو بقائها ملكا طلقا للموقوف عليه الموجود، أو كونها من المباحات الأصلية التى تملك بالحيازة لا جواز بيع الوقف و سراية الوقفية الى بدلها و عوضها.

فالصحيح فى وجه عدم المنع ان يقال: ان حقيقة الوقف لما كانت تحبب العين و تسهيل المنفعة، كان الواقف بحسب ارتكازه حينما يوقف ما لا ينتفع به بشخصه الى الأبد قاصدا لأن تكون العين الموقوفة محبوسة بشخصها ما دام الى الانتفاع بها سبيل، و بما لها من المالية إذا لم يمكن الانتفاع بها مع بقائها بشخصها.

و عليه فإذا سقطت العين الموقوفة عن قابلية الانتفاع كان لازم الوقف على حسب ما يوقفها تبديلها بما يماثلها فى المالية، لأن ذلك فى نظر العقلاء من انحاء حفظ المال بما هو مال.

و بالجملة: تسليط الموقوف عليهم على الانتفاع الى الأبد يوجب التوسعة فى الموقوف، و حبسه انما يكون بما ذكرناه، فالتبديل ليس ازالة للحبس بل هو حفظ للمال بما هو مال عند العقلاء الذى هو غرض الواقف المعامل. فتدبر فيما ذكرناه فانه دقيق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٩

و الحاصل ان جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف فى وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع اذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، و هو الحاكم أو المتولى.

و الحاصل ان الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكل (١) و الأول تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه،

و بهذا البيان يظهر الوجه فى دعوى انصراف لا يجوز شراء الوقف عن مثل الفرض،

فالأظهر جواز البيع فى هذه الصورة.

و أما الطريق الثانى: فقد استدلل للجواز.

(١) بان الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف، و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الجميع.

و الأول تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليهم. و الثانى مناف لحق سائر البطون، مع انه يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين اتلافه و نقله.

و الثالث هو المطلوب.

و لكن يرد على ما افاده فى الشق الأول و هو ان تعطيله حتى يتلف مناف لحقوق الله تعالى و الواقف و الموقوف عليه امران:

الأول: ما تقدم من انه لا أصل لهذه الحقوق و هي غير ثابتة، و ليس هناك الا التعبد بعدم البيع أو اخذه في مفهومه.
الثاني: انه لو سلم هذه الحقوق فهي متعلقة بالعين الموقوفة و تتوقف على ثبوت المنفعة فيها، و الا- فلا حق للموقوف عليه باعتبار الانتفاع دينويا، و لا للواقف اخرويا مترتبا على الدينوى، و لا لله تعالى لعدم المصرف للملك، فلا حق كى يجب تبديل العين رعاية لذلك الحق. اللهم الا ان تكون الحقوق قائمة بالأعم من العين و المالية لكن ذلك اول البحث.

و أما مسألة كون الابقاء تضييعا فيرده: ان كون مثل هذا التضييع حراما غير مسلم،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٠

و به يندفع استصحاب المنع مضافا الى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و هو انتفاع جميع البطون بعينه، و قد ارتفع قطعا، فلا يبقى ما كان فى ضمنه. (١) و أما الثانى فمع منافاته لحق ساير البطون يستلزم جواز بيع البطن الاول إذ لا فرق بين اتلافه و نقله و الثالث هو المطلوب.

مع انه لو سلم فلا- اشكال فى ان حرمة التضييع مقيدة بما إذا لم يكن ذلك بتجويز من الشارع فمع فرض عموم دليل المنع عن بيع الوقف يكون هذا التضييع بحكم الشارع نظير اتلاف آلات اللهو، فلا وجه لحرمة.

و يرد على ما افاده فى الشق الثانى- مضافا الى ما مر.

ان جواز الإتلاف لا يستلزم جواز البيع، فان جواز الإتلاف يكفى فيه الملكية الفعلية، و جواز البيع لا يكفى فيه تلك، بل يتوقف على كونها ملكية مرسله غير محدودة،

و سيأتى ان ملكية البطن الموجود ليست كذلك.

و أما استصحاب المنع فرده المصنف قدس سره.

(١) بان المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و قد ارتفع يقينا فلا يبقى ما كان فى ضمنه.

وفيه: انه ان اراد بذلك انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الكلى.

فيرد عليه: ان انتفاع البطون بالعين مع لزوم ابقائها و المنع عن نقلها من قبيل اللازم و الملزوم، أو المتلازمين لا من قبيل الكلى و الفرد.

و ارتفاع الملزوم أو الملازم لا يقتضى ارتفاع اللازم أو الملازم الآخر لامكان قيامه بملزوم آخر.

و ان اراد به ارتفاع الموضوع.

فيرد عليه: ان العين المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العين التى لا ينتفع بها،

و الانتفاع من الحثيات التعليلية لا التقيدية،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠١

نعم يمكن ان يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداد العادى الى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم (١) بتبديله بما يبقى لهم فينتهى ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه، فتأمل.

و كيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا- وجه لترخيص البطن الموجود فى اتلافه، و مما ذكرنا يظهر ان الثمن على

تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود (٢) وفاقا لمن تقدم ممن يظهر منه ذلك كالاكافى و العلامة و ولده و الشهيدان و المحقق

الثانى، و حكى عن التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة لاقتضاء البدلية ذلك، فإن المبيع إذا كان ملكا للموجودين بالفعل، و

للمعدومين بالقوة، كان الثمن كذلك (٣) فإن الملكية اعتبار عرفى أو شرعى يلاحظها المعبر عند تحقق أسبابها، فكما أن الموجود

مالك له فعلا ما دام موجودا بتمليك الواقف. فكذلك المعدوم مالك له شأنه بمقتضى تمليك الواقف و عدم تعقل الملك للمعدوم

انما هو فى الملك الفعلى لا الثانى، و دعوى ان الملك الثانى ليس شيئا محققا موجودا

فالصحيح في وجه المنع من الاستصحاب الوجه الأول بضميمة ما ذكرناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام.

(١) قوله نعم يمكن ان يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى ... فلا وجه لمراعاتهم.

و فيه ما تقدم من ان تسبيل المنفعة موسع لدائرة الحبس و يوجب كون الحبس متعلقا بالعين بما لها من الخصوصية الشخصية ما دام الى الانتفاع بها كذلك سبيل - و بها بعنوان انها مال إذا لم يمكن ذلك فراجع.

حكم الثمن على تقدير البيع

و تمام الكلام ببيان امور.

الاول في حكم الثمن على تقدير البيع قال.

(٢) و مما ذكرناه يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود.

و قد استدل المصنف قدس سره لعدم الاختصاص بوجهين:

(٣) احدهما: ان البدلية تقتضى ذلك، لان المبيع ملك للموجودين بالفعل، و ملك للمعدومين بالقوة، و شأننا بمقتضى تمليك الواقف، فكذلك الثمن.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٢

يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود فلو جاز ان تخرج العين الموقوفة الى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدوم على نهج دخول المعوض، جاز ان تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود (١) و إليه اشار الشهيد قدس سره في الفرع الآتي حيث قال: انه يعنى الثمن صار مملوكا على حد الملك الأول، إذ يستحيل ان يملك لا على حده خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة.

و دعوى انه لا تحقق للملك الشأني.

يكذبها انشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود، و عليه فحيث ان المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات فلا بد و ان يدخل العوض في ملك الجميع.

و فيه: ان الملكية امر اعتباري، و هي اما متحققة أو لا. و ليست الملكية الشأني سنخا من الملكية الاعتبارية، بل ليس معنى ذلك سوى القابلية لأن يصير ملكا، و انشاء الواقف انما يكون سببا لحصول الملكية للطبقة اللاحقة حين وجودها بلا حالة منتظرة كما في الوجوب المعلق على امر متأخر. فكون الانشاء موجودا لا يلزم كون المنشأ كذلك.

و بالجملة: المتحقق بالنسبة الى البطن اللاحق ليس الا القابلية لا الملكية الاعتبارية، و عليه فحقيقة المعاوضة لا تقتضى الاشتراك، و مجرد القابلية لا يكون من الحقوق التي تكون متعلقة بالمبيع ليسرى الى بدله بالمبيع.

(١) الثاني: ان ملكية كل بطن للعين الموقوفة ليست ملكية مرسله غير محدودة بزمان أو زماني، بل هي بحسب انشاء الواقف محدودة ببقاء ذلك البطن و حياته.

و بعبارة اخرى: الواقف انما انشأ ملكية كل طبقة بانسباط ماله من الملكية المرسله على جميع الطبقات، فلكل طبقة ملكية محدودة بحياتها، و عليه فإذا اعطى البطن الموجود ماله من الملكية لم يكن ذلك بيعا.

مع ان لازمه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا، و ان اعطى الملكية المرسله المنبسطة بالنسبة الى مقدار ملكية البطن اللاحقة اما بالولاية أو باذن المتولى أو اذن الحاكم الشرعي فلا محالة يدخل الثمن

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٣

و اختاره المحقق في الشرائع في دية العبد الموقوف المقتول. و لعل وجهه ان الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلق حق البطون اللاحقة، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن الى من هو مالك له فعلا و لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن و لا دليل عليه، و مجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم، إذ لا عموم لفظيا يقتضى البدلية و التنزيل، بل هو بدل له في الملكية و ما يتبعها من حيث هو ملك. و فيه ان ما ينقل الى المشتري ان كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق،

فلا- يملكه المشتري ملكا مستمرا و ان كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا- يزول الا- بالناقل، فهو لا يكون الا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له فالثمن لهم على نحو المثل. و مما ذكرنا تعرف ان اشتراك البطون في الثمن اولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول، حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف (١) فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة إليه بخلاف الثمن،

فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية

في ملك الجميع على النحو الذي كان المثل ملكا لهم.

مع انه: ان كان جواز البيع من جهة ما ذكرناه من انه ابقاء الوقف و حفظ الموقوف بما هو مال، أو من جهة ما ذكره المصنف اخيرا و هي رعاية الحقوق، فلا اشكال في عدم الاختصاص كما لا يخفى.

(١) قوله حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف.

دية العبد المقتول ان جعل بعنوان البدلية لم يعقل الفرق بينها و بين المقام فان جعل البدل كان هو الله تعالى أو العبد لا يصلح فارقا. و ان كان لا بعنوان البدلية بل بالتعبد المحض كان الفرق واضحا.

و به يظهر ان مجرد كون البدلية شرعية لا يوجب الاولوية كما ان تأخر صيرورته بدلا لا يصلح لذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٤

فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض، و من هنا اتضح ايضا ان هذا اولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهنا، لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث انه ملك لمالكه الأول (١) فجاز ان يرتفع الى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بانشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه في الوجود.

و قد تبين مما ذكرنا ان الثمن حكمه حكم الوقف، في كونه ملكا لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان مما يمكن ان يبقى و ينتفع منه البطون على نحو المبدل. و كانت مصلحة البطون في بقائه ابقى، و إلا ابدل مكانه ما هو اصلح. و من هنا ظهر عدم الحاجة الى صيغة الوقف في البدل (٢) بل نفس البدلية تقضى كونه كالمبدل، و لذا علله الشهيد رحمه الله في غاية المراد بقوله لأنه صار مملوكا على حد الملك الأول، إذ يستحيل ان يملك لا على حده.

ثم ان هذا العين حيث صارت ملكا للبطن فلهم، أو لوليهم ان ينظر فيه

و يتصرف فيه بحسب مصلحة جميع البطون و لو بالابدال بعين اخرى اصلح لهم،

(١) قوله لان حق الرهنية متعلق بالعين من حيث انه ملك لمالكه الاول.

محصله- ان حق الرهنية متعلق بما هو ملك للراهن و متفرع عليه فلا محالة يزول بزوال الملك و حدوثه بحدوث ملك البدل يحتاج الى دليل- و هذا بخلاف ملك الطبقات اللاحقة فانه لا يكون متفرعا على ملك الطبقة الموجودة ليزول بزواله بل يكون ملك الجميع

فى عرض واحد فى مقام الانشاء فإذا زالت جميعها بالبيع كان بدلها للجميع.

حكم بدل العين الموقوفة

(٢) الثانى: انه قد ظهر مما ذكرناه: انه لا حاجة الى صيغة الوقف فى البديل.

وقد يقال: ان الوقف إذا كان عين تملك الطبقات على التدرىج و كان عدم جواز البيع من آثار هذا التملك الخاص فتتحقق الوقفية بمجرد المبادلة بلا احتياج الى اجراء صيغة منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٠٥

بل قد يجب إذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق و ليس مثل الأصل ممنوعا عن بيعه إلا لعذر (١) لأن ذلك كان حكما من احكام الوقف الابتدائى و بدل الوقف انما هو بدل له فى كونه ملكا للبطون فلا يترتب عليه جميع احكام الوقف الابتدائى و مما ذكرنا ايضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف. (٢) كما هو ظاهر التذكرة و الارشاد و جامع المقاصد و المقتصر و مجمع الفائدة، بل قد لا يجوز إذا كان غيره اصلح، لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين، فاللازم ملاحظة مصلحتهم خلافا للعلامة و ولده و الشهيد و جماعة فوجبوا المماثلة مع الامكان، لكون المثل اقرب الى مقصود الواقف. (٣) و فيه مع عدم انضباط غرض الواقف إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عينا خاصة و قد يتعلق بكون منفعة الوقف مقدارا معيناً من دون تعلق غرض بالعين و قد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته، فيبيع فدار الأمر بين ان يشتري بثمانه بستانا فى موضع لا يصل

الوقف، و أما ان كان الوقف هو حبس العين فما يحصل بالبيع هو تملك الطبقات تدرىجا من دون حصول عنوان الحبس، فلا بد من انشائه بالصيغة. و لكن هذا لو تم فانما هو بناء على كون دليل الجواز هو وجود المقتضى و عدم المانع. و أما بناء على ما اخترناه فى وجه الجواز من كونه ابقاء للوقف و حفظا للموقوف بما هو مال، فعدم الاحتياج الى اجراء الصيغة واضح. (١) الثالث: الظاهر ان البديل ليس مثل الاصل ممنوعا عن بيعه، و الوجه فى ذلك ما تقدم من ان الخصوصية الشخصية للعين الموقوفة سقطت عن الوقفية بواسطة تعذر الانتفاع و حدوث الخراب، فما بقى على الوقفية هو المالية. و خصوصية الثمن لا تكون وقفا كما كانت كذلك فى المثل حسب انشاء الواقف، فيجوز تبديله و بيعه ما لم يضر بالمالية.

(٢) الرابع: انه قد ظهر ايضا مما ذكرناه: عدم وجوب شراء المماثل للوقف، و لكن قد استدلل لوجوب شرائه بوجوه.

(٣) الاول: ان المثل اقرب الى مقصود الواقف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٠٦

إليهم إلا- قيمة الثمرة، و بين ان يشتري ملكا آخر يصل إليهم اجرة منفعتهم. فإن الأول: و ان كان مماثلا الا انه ليس اقرب الى غرض الواقف انه لا دليل على وجوب ملاحظة الاقرب الى مقصوده، انما اللازم ملاحظة مدلول كلامه فى انشاء الوقف ليجرى الوقف على حسب ما يوقفها اهلها.

فالحاصل ان الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه الا مدلول كلام الواقف، و إذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم (١) لم يلاحظ فيه الا مصلحتهم،

هذا قال العلامة فى محكى التذكرة: كل مورد جوزنا بيع الوقف فإنه يباع و يصرف الثمن الى جهة الوقف، فان امكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به، كان اولى، و إلا جاز شراء كل ما يصح وقفه،

وفيه: اولاً: ان غرض الواقف لا ضابط له.

و ثانياً: انه لا دليل على لزوم مراعاة غرض الواقف ما لم يكن ذلك غرضاً عقدياً و مصباً للعقد.

الثاني: انه لا إطلاق للأدلة المجوزة، و المتيقن منها هو البيع بالمماثل أو الشراء بالمماثل.

وفيه: ان مدرك الجواز لم يكن دليل خاص كى يجرى فيه ذلك، بل كان عدم شمول دليل المنع، فلا وجه لهذه الدعوى.

الثالث: و هو الصحيح، هلصحو: ان الواقف حينما وقف العين التى لها مالىة،

و خصوصيات نوعية، و خصوصيات شخصية، قد حبس الجميع ما دام الى الانتفاع بها سبيل، و الا فالجهتان الأوليتان محبوستان، و عليه فلا بد من رعاية الخصوصيات النوعية.

اللهم الا ان يقال: ان المعلوم من حال الواقف لحاظ مالىة العين و الخصوصيات الشخصية،

اما لحاظ الخصوصيات النوعية و تعلق انشاء الوقف بها فغير معلوم، و الأصل عدمه،

و الأحوط الأول.

(١) و على اى تقدير: يجوز بيعه بالنقود و شراء المماثل أو غيره بها، و قد فرضه المصنف قدس سره فى المقام، و الوجه فيه تعارف

البيع بالنقود و تعسر بيعه بالمماثل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٠٧

و الا صرف الثمن الى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء، لأن فيه جمعا بين التوصل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام

و بين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشخص و امكن بحسب النوع

و جب، لأنه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الاول الذى وقع العقد عليه و مراعاة الخصوصية الكلية يفضى الى فوات الغرض

بأجمعه، و لأن قصر الثمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع انهم يستحقون من الوقف، كما

يستحق البطن الأول و تعذر وجودهم حال الوقف لا يخرجهم عن الاستحقاق.

قال بعض علمائنا و الشافعية: ان الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكا على رأى انتهى.

و لا- يخفى عليك مواقع الرد و القبول فى كلامه رحمه الله (١) ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل

سائر البطون (٢) و يحتمل ان يكون هذا الى الناظر ان كان (٣) لانه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة الى الوقف، الا ان يقال بعدم

انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف الى التصرف فى نفس العين.

و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف و يحتمل بقاءه، لتعلق حقه بالعين الموقوفة فيتعلق ببديلها،

(١) قوله و لا يخفى عليك موارد الرد و القبول فى كلامه.

موقع القبول حكمه بالبيع و شراء عين اخرى مكانه.

موقع الرد حكمه بوجوب شراء المماثل - كما تقدم.

و حكمه بصرف الموقوف عليهم للثمن مع تعذر شراء عين اخرى - فانه يجب التأمين و الصبر الى ان يتيسر الشراء كما سيجىء.

من له ولاية البيع

(٢) الخامس: ما افاده بقوله ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم

القيم.

و فى المقام قولان آخران:

(٣) احدهما: ان يكون ذلك الى الناظر ان كان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٨

ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالتقدين (١)

فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود، لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطن، و حيثئذ فتوضع عند امين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار الى مدة و لو طلب ذلك البطن الموجود، فلا- يبعد وجوب اجابته و لا- يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

ثانيهما: عدم الاحتياج الى الضميمة.

و استدلل للأخير: بان الموقوف عليهم الموجودين هم المالكون، فلا يحتاج بيعهم الى ضم شخص آخر.

و فيه: ان ملكيتهم محدودة، و اعطاء الملكية المرسله اعطاء لما ليس لهم.

و استدلل للقول الأول: بان الحاكم ولى المعدومين، اما من باب كون الحاكم ولى القاصر، أو لكونه ولى الممتنع، الشامل للممتنع عن اختيار أو اضطرار.

و بان ذلك احد الأمور الحسبية.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن المعدوم في المقام لا يكون من القاصر و لا الممتنع، لأن السالبة هنا بانتفاء الموضوع.

و أما الثاني: فلتوقفه على لزوم البيع و عدم ثبوت هذا الحق للناظر.

و الأول غير ثابت، و الثاني فاسد كما ستعرف.

فالأظهر هو القول الثاني، إذ لا وجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحق له سوى ما افاده المصنف قدس سره، و حاصله: ان الناظر له التصرف في نفس العين، و لا- دليل على نظارته على البدل. و لكن يدفعه: ان بيع الوقف يكون حفظاً للوقف بعنوان انه مال، فيكون ذلك من اهم الأمور الملحوظة للواقف. فالأظهر كون ذلك على الناظر لو كان. نعم مع عدمه تصل التوبة الى الحاكم الشرعي.

(١) السادس: إذا بيعت العين الموقوفة بما لا ينتفع به كالتقدين و لم يمكن شراء ما ينتفع به، فهل يدفع الثمن الى البطن الموجود لا بأن يكون له خاصة فانه لا يجوز قطعاً

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٩

نعم لو رضى الموجود بالاتجار به و كانت المصلحة في التجارة، جاز مع المصلحة الى ان يوجد البدل و الربح تابع للأصل (١) و لا يملكه الموجودون لانه جزء من المبيع و ليس كالنماء الحقيقي،

بعد اشتراك جميع الطبقات فيه، بل ليكون تحت يده حتى يوجد ما ينتفع به، ام يوضع عند امين، ام عند الناظر لو كان؟ وجوه.

قد استدلل لعدم جواز الدفع الى الموجود: بانه مال مشترك بينه و بين سائر البطن فلا يجوز جعله تحت سلطنته، و انما كان يدفع العين إليه لسلطنته على الانتفاع بها فعلاً بلا مزاحم، و كذلك بدلها الذي ينتفع به. و أما البدل الذي لا ينتفع به فلا سلطنته له على الانتفاع به كي تكون له السلطنة على البدل فيدفع إليه لذلك.

و فيه: ان الثمن و ان كان لا ينتفع به الا انه ملك للبطن الموجود و ليس كالمملك المشترك عرضاً، بل الاشتراك طولي، فهو في هذه الحال ملك للبطن الموجود خاصة،

و لازم ذلك سلطنته على امساكه.

و لو تنزلنا عن ذلك فالمتعين دفعه الى الناظر لأنه المنصوب لذلك، و الا فيوضع عند امين.

و إذا لم يمكن شراء شيء ينتفع به بدون الخيار، و امكن شراء ما ينتفع به مع الخيار،

هل يجوز ذلك ام لا؟ ربما يقال بالثاني نظرا الى ان البديل وقف و الوقف عبارة عن تحييس العين، و هذا ينافي مع الخيار، إذ الحبس الى ان يفسخ حبس موقت لا دائمي.

و لكن يدفعه: ان وقف البديل- كما تقدم- غير وقف الأصل، فان وقف البديل انما هو حبسه بما انه مال و لا- دخل لخصوصياته الشخصية في الوقف، و لذا بينا على جواز التبديل اختيارا، و الخيار لا ينافي حبسه بما هو مال، إذ غايته الفسخ و التبديل بعين اخرى، و عليه فيجوز ذلك، و لو طلب البطن الموجود ذلك و جب حفظا لحق الانتفاع به.

(١) و لو رضى البطن الموجود في الاتجار، و كان ذلك صلاحا لجميع البطن، جاز الاتجار به و يكون الربح مشتركا بين البطن، لأن مجموع ما اشترى بالثمن و بيع بالثمن

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٠

ثم لا- فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكله أو بعضه (١) فيباع البعض المخروب، و يجعل بدله ما يكون وقفا و لو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعته جاز مع رضا الكل لما عرفت من كون الثمن ملكا للبطن، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة، و منه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم و لو خرب بعض الوقف، و خرج عن الانتفاع و بقي بعضه محتاجا الى عماره لا- يمكن بدونها انتفاع البطن اللاحقه، فهل يصرف ثمن المخروب الى عماره الباقي، و ان لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان فيما إذا احتاج اصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطن اللاحقه الى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود، إذا لم يشترط الواقف اخراج مئونة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم و هنا فروع اخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

وقع بازاء ما هو بدل الوقف، فلا- محالة يشترك فيه الجميع، و ليس الربح من المنافع كي يختص به البطن الموجود، بل هو زيادة حصلت بالتجارة و وقعت بازاء المائيه التي كانت وقفا، فإلى اي مرتبه وصلت المائيه تكون باقيه على الوقفيه.

(١) السابع الظاهر عدم الفرق في جواز البيع بين خراب الجميع أو البعض، كما لا ينبغي الأشكال في جواز صرف الثمن في الباقي، أو وقف آخر عليهم.

انما الكلام فيما إذا كان انتفاع البطن اللاحقه بالباقي محتاجا الى ذلك، و لم يرض البطن الموجود به، هل يجوز الصرف ام لا؟ و قد يقال بالجواز نظرا الى تعارض الضررين.

و لكن الحق عدم الجواز، لأن الضرر في نفسه متوجه الى البطن اللاحقه، و لا يجب على البطن الموجود تحمل الضرر لدفعه عنهم. فالأظهر عدم الجواز. نعم لو قامت القرينه على شرط الواقف ذلك تعين.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١١

الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفا انه لا منفعة فيه (١) كدار انهدمت فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئا معتدا به، فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كان منفعته كمنفعة العرصه فلا ينبغي الا اشكال في عدم الجواز و ان كان يعطى بثمنه ما يكون منفعته اكثر من منفعة العرصه، بل يساوي منفعة الدار، ففي جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع و هو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه حيث لا يجدي نفعا.

وقد تقدم التصريح من العلامة في التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف و لم يجز بيعها. اللهم إلا أن يحمل النفع المنفى في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين. فإن الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صارت عرصه، تؤجر كل سنة خمساً دراهم أو عشرة لغرض جزئى، كمجمع الزبائل و نحوه، يصدق عليه انه لا يجدى نفعاً، و كذا القرية الموقوفة، فإن خرابها بغور انهارها و هلاك اهلها، و لا تكون تسلب منافع أراضيها رأساً، و يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير من جعل عرصه الدار المنهدمة مواتاً لا ينتفع بها بالكلية، مع انها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئية.

الصورة الثانية

(١) الصورة الثانية: ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفاً انه لا منفعة فيه كدار انهدمت و صارت عرصه تؤجر باجرة غير معتد بها.

و الكلام فيها يقع فى موارد:

الأول: ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع عرفاً و كان ماله من المنفعة قليلة جداً بحيث تلحق بالمعدوم.

الثانى: ما إذا خرب بحيث سقط عن المنفعة المعتد بها و لو تكن المنفعة بالغه هذه المرتبة من القلة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤١٢

فالظاهر دخول الصورة المذكورة فى اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً، و يشمل الاجماع المدعى فى الانتصار و الغنية، لكن الخروج بذلك عن عموم ادله و جوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين و عموم قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف مشكل.

و يؤيد المنع حكم اكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة،

بناء على جواز الانتفاع بها فى وجه اخر كالتسقيف، و جعلها جسراً و نحو ذلك.

بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلى رحمه الله لفظياً، حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم امكان الانتفاع به فى منفعة أخرى، الاتفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع و لو قليلاً، كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً. نعم لو كان قليلاً فى الغاية، بحيث يلحق بالمعدوم، امكن الحكم بالجواز لانصراف قوله عليه السلام لا-يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحالة. و كذا حبس العين و تسبيل المنفعة إنما يجب الوفاء به ما دام المنفعة المعتد بها موجودة، و إلا فمجرد حبس العين و امساكه و لو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصورة الاولى.

الثالث: فى وقف العنوان.

اما المورد الأول: فالظاهر جواز البيع لجريان جميع ما ذكر فى الصورة الأولى من انصراف ادله المنع و غيره من الوجوه فى هذا المورد، لا سيما ما ذكرناه من ان البيع ابقاء الوقف و حفظ الموقوف بما هو مال.

و أما المورد الثانى: فقد يستظهر من القائلين بالجواز فى الصورة الأولى الجواز فى هذا المورد بحمل قولهم لا يجدى نفعاً على ارادة عدم النفع المعتد به.

كما انه قد يستظهر المنع بحمله على ارادة عدم النفع بالمره.

و كيف كان: فالمتبع هو الدليل.

و غاية ما قيل فى وجه الجواز ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، و حاصله: ان غرض الواقف من الوقف امران: حفظ خصوصية العين الموقوفة، و حفظ خصوصية الانتفاع،

و حيث ان الغاية المقصودة الانتفاع الخاص، و حبس العين بما هي مقصود بالتبع و لا- يكاد يزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود بالأصالة فلا محالة يقدم الأول فيجوز البيع
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٣

ثم ان الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه. ثم انك قد عرفت فيما سبق انه ذكر بعض ان جواز بيع الوقف لا- يكون إلا مع بطلان الوقف، و عرفت وجه النظر فيه. ثم وجه بطلان الوقف في الصورة الاولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء و الاستدامة، و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها (١) و فيه ما عرفت سابقا من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا- وجه له في الوقف المؤبد، مع انه لا- دليل عليه، مضافا الى انه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإن الشرط في العقود الناقلة يكفى وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المالىة و لا يخرج بذلك عن ملك المشتري، مع ان جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز كما تقدم. ثم ذكر انه قد يقال بالبطلان ايضا بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانية. فخرت حتى خرجت عن قابلية ذلك، فإنه و ان لم تبطل منفعتها اصلا لا مكان الانتفاع بها دارا مثلا، لكن ليس من عنوان الوقف و احتمال بقاء العرصه على الوقف، باعتبار انها جزء من الوقف و هي باقية و خراب غيرها و ان اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها يدفعه ان العرصه كانت جزءا من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا.

و اشتراء ما ينتفع به بمثل تلك المنفعة الخاصة.

و فيه: ان غرض الواقف العقدي انما هو تسهيل المنفعة لا مرتبة خاصة من الانتفاع، فمع بقاء المنفعة و امكان الانتفاع لا وجه لجواز التبديل كما لا يخفى.
 فالأظهر عدم الجواز في هذا المورد.

(١) و أما المورد الثالث: فقد اختار صاحب الجواهر قدس سره صحته و بطلان الوقف بانعدام العنوان، و خالفه المصنف قدس سره.

لا إشكال في ان وقف العنوان من حيث هو لا يصح لعدم وجود الثمرة المسبلة له، و لا اظن ذهاب احد الى جوازه، و الظاهر ان نظر صاحب الجواهر قدس سره الى انه يمكن وقف
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٤

فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه، و لو فرض إرادة وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف.
 و ربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكره فى باب الوصية (١) من انه لو اوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى، بطلت الوصية لانتفاء موضوعها.

نعم لو لم يكن الدارية و البستانية و نحو ذلك مثلا- عنوانا للوقف، و ان قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير احواله، ثم ذكر ان فى عود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه، بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين: اقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الاجماع على ان انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع و ان اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى

العين الخاصة ما دامت معنونه بعنوان البستانية مثلا.

و الكلام فى ذلك تارة: فى مقام الثبوت، و اخرى: فى مقام الأثبات.

اما فى مقام الثبوت: فلا ارى فيه محذورا، فان الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان أو الزمانى، بان تعتبر ملكية الشىء ما دام معنونا بالبستانية.

و يمكن تأييده بملكية الخل ما دام خلا و إذا انقلب خمرا خرجت عن الملكية، و بملكية الأرض المحيأة على القول بدوران الملكية مدار الحياة، و كذلك الأمر فى الحبس ملكا، و مقتضى عمومات الوقف و المعاملات صحة مثل هذا الوقف فىكون كالوقف المنقطع الآخر. و دعوى انه يدل على بطلانه ما دل على اعتبار التأيد فى الوقف. مندفعه بانه لا دليل عليه سوى الإجماع، و هو مختص بالتأيد من حيث الزمان. و تمام الكلام فى محله.

و أما فى مقام الأثبات: فلا يبعد ظهور جعل الوقف متعلقا بالعنوان فى كونه للإشارة الى المعنون، و ان تمام الموضوع هو المعنون، فلو قصد وقف العنوان بالنحو المعقول لا بد من ذكره و التصريح به. (١) قوله و ربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكره فى باب الوصية.

لا يخفى انه فى باب الوصية فرق الاصحاب فيما لو اوصى بدار فانهدمت - بين ما منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤١٥

انه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لانه ان اريد بالعنوان ما جعل مفعولا فى قوله:

وقفت هذا البستان فلا شك انه ليس الا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته. فإن التمليك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان. فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجى و ان لم يكن فى ضمن عنوان البستان، و ليس التمليك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات، و ان اريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف و العلم (١) و لا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا فى الموضوع زيادة على عنوانه. و أما تأييد ما ذكر بالوصية فالمناسب ان يقايس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته، و قبول الموصى له، فهل يرضى احد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصه. نعم الوصية قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات اخرى. (٢) ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه ابدا.

ما لو كان الانهدام قبل موت الموصى - و بين ما إذا كان بعد موته - و بنوا على بطلان الوصية فى الاول دون الثانى.

و قد أيد صاحب الجواهر قدس سره ما ذكره فى المقام بما ذكره فى الانهدام قبل الموت وجه التأيد واضح حيث ان الوصية إذا لم تكن متعلقة بالعنوان و دائرة مداره لما كان وجه للبطلان.

و المصنف قدس سره اورد عليه بالنقض بما ذكره فى المسألة الثانية و تمام الكلام فى محله.

(١) قوله و ان اريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف و العلم.

و فيه ان صاحب الجواهر يدعى ان المراد بالعنوان ما جعل مفعولا - فى قوله وقفت هذا البستان و ظاهر ذلك دخالة العنوان فى موضوعيته للوقف.

و لا يقاس ذلك به بيعت هذا البستان إذ البيع لا يحدد من حيث الزمان أو الزمانى و هذا بخلاف الوقف و قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى فلا نعيد.

(٢) قوله يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات اخرى.

لم يذكروا وجهها للبطلان فيما إذا كان الانهدام بغير اختيار سوى انعدام العنوان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٦

الصورة الثالثة: أن تخرب بحيث يقل منفعه لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم (١)

و الأقوى هنا المنع و هو الظاهر من الاكثر في مسألة النخلة المنقلعة، حيث جوز الشيخ في محكي الخلاف بيعها محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها، الا على هذا الوجه، لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل و لا- يرجى عوده و منعه الحللى قائلا- و لا- يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستندا الى وجوب ابقاء الوقف على حاله مع امكان الانتفاع و زوال بعض المنافع لا- يستلزم زوال جميعها، لامكان التسقيف بها و نحوه و حكي موافقته عن الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و اكثر المتأخرين، و حكي فى الايضاح عن والده قدس سره ان النزاع بين الشيخ و الحللى لفظى و استحسنته لأن فى تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها و الحللى فرض وجود منفعة و منع لذلك بيعها و قيل: يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ، و لا يخلو عن تأمل.

و كيف كان فالأقوى هنا المنع و أولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب (٢) فلا يجوز بذلك البيع، الا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان اعود و سيجىء تفصيله.

الصورة الثالثة

(١) الصورة الثالثة: ان يخرب بحيث تقل و هى تنحل الى صورتين:

احدهما: ان تقل المنفعة التى لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها. كان الملحوظ جميع المنافع أو نوع خاص منها.

ثانيتها: ان تزول المنفعة التى لاحظها الواقف بالمرء مع وجود غيرها.

اما فى الصورة الأولى: فلا ينبغى التوقف فى عدم الجواز لأدلة المنع عن بيع الوقف.

و المصنف ذكر هذه الصورة فى ذيل كلامه قال.

(٢) و أولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب.

و أما فى الصورة الثانية: فالأظهر انه بناء على خروج العين عن الحبسية بانتفاء منفعته بالمرء، تخرج عنها فى هذه الصورة، إذ المنفعة المقصودة تكون منتفية بالمرء،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٧

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه. (١)

و ظاهر المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه، و قد نسب جواز البيع هنا الى المفيد. و قد تقدم عبارته فراجع،

و زيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الى البطن الموجود. و قد تلاحظ بالنسبة الى جميع البطن، إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه، و الاقوى المنع مطلقاً. وفاقاً للأكثر بل الكل بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك و على تقديره، فقد تقدم عن التحرير ان كلام المفيد متأول، و كيف كان فلا اشكال فى المنع لوجود مقتضى المنع و هو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف،

و حيث ان المنفعة الاخرى ليست متعلقة للوقف و غرض الواقف فخرج العين عن الوقفية بقول مطلق و يكون حكم هذا الوقف حينئذ حكم الوقف المنقطع الآخر.

و على ذلك فيمكن بناء نزاع المصنف قدس سره و الحلّي قدس سره في مسألة النخلة المنقلعة على ذلك، و يكون نظر المصنف قدس سره في افتائه بالجواز الى الصورة الثانية، و نظر الحلّي قدس سره الى الصورة الاولى، و يكون النزاع بينهما لفظيا.

الصورة الرابعة

(١) الصورة الرابعة: ان يكون بيع الوقف انفع و اعود للموقوف عليه.

لم ينقل القول بجواز البيع في هذه الصورة عن احد سوى المفيد، و لم يرض العلامة قدس سره باسناده إليه، و عليه فلا قائل به. و كيف كان: فالعمدة في المقام خبران:

احدهما: خبر «١» جعفر بن حنان عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن ثانيهما التوقيع الشريف «٢» المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٩.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٨

و قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف و غير ذلك و عدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب، عن علي بن رثاب عن جعفر بن حنان. قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابته من ابيه، و قرابته من امه و اوصى لرجل و لعقبه من تلك الغلة ليس بينه و بينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة و يقسم الباقي على قرابته و قرابته من امه، فقال جاز للذي اوصى له بذلك قلت: أ رأيت ان لم تخرج من غلة تلك الأرض التي اوقفها الا خمسمائة درهم فقال: أ ليس في وصيته أن يعطى الذي اوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم، و يقسم الباقي على قرابته من ابيه و أمه. قلت: نعم قال: ليس لقرابته ان يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم. ثم لهم ما يبقى ذلك، قلت: أ رأيت ان مات الذي اوصى له، قال: ان مات كانت له ثلاثمائة درهم لو رثته يتوارثونها ما بقى احد منهم، فإن انقطع ورثته و لم يبق منهم احد كانت ثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد الى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلة. قلت: فللورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلة. قال: نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا و الخبر المروى عن الاحتجاج ان الحميري كتب إلى صاحب الزمان جعلني الله فداه. أنه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور ان الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز ان يشتري عن بعضهم و ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لا يجوز؟ إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذي لا يجوز بيعه فأجاب عليه السلام إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين. إن شاء الله.

دلت على جواز البيع، أما في خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح.

و أما مطلقا بناء على عموم الجواب، لكنه مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر كما انه يمكن حمل اعتبار رضا الكل في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما في بيع كل واحد بقريته رواية الاحتجاج، و يؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصّة ضيعه الامام عليه السلام من الوقف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٩

و الجواب: اما عن رواية جعفر، فبأنها انما تدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم (١) لا لمجرد كون البيع انفع. فالجواز مشروط بالامرین كما تقدم عن ظاهر النزّهة و سيجىء الكلام في هذا القول بل يمكن ان يقال ان المراد بكون البيع خيرا لهم مطلق النفع (٢) الذي يلاحظه الفاعل، ليكون منشئا لإرادته، فليس مراد الامام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعبدًا، بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل،

يعنى إذا كان الامر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه جاز،

اما خبر جعفر فاورد عليه بايرادات.

الأول: ضعف السند لجهالة جعفر.

وفيه: ان من رجال السند الحسن بن محبوب الذى هو من اصحاب الإجماع.

الثانى: انه جمع فيه بين الوقف و الوصية، فان الوقف ان كان مقدما بطلت الوصية،

وان كانت الوصية مقدمة كان الوقف فسخا لها، وان كانا متقارنين بانشاء واحد، فمضافا الى عدم معقوليته، لزم بطلان الوصية لتوقف نفوذها على الموت دون الوقف، فيتم سبب الوقف فلا يبقى موقع لنفوذ الوصية.

وفيه: انه يمكن فرض صدور الوصية بعنوان الشرط على الموقوف عليهم فى ضمن عقد الوقف على ان يعطوا المقدار المعين للموصى له، فإذا مات الموصى له عادت جميع المنافع الى الموقوف عليهم كما هو المفروض فى الخبر.

(١) الثالث: ما فى المتن، و هو: انه يدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا لمجرد كون البيع انفع، فالجواز مشروط بالأمرين.

وفيه: ان هذا الجواب يكفى الزاما للخصم، و الا فيمكن الالتزام باعتبار الحاجة،

اي الحاجة الى نفع زائد ليقى بمثونته، و هذه غير الحاجة الشديدة المعدودة من المسوغات بنفسها.

(٢) الرابع: ما ذكره المصنف قدس سره ايضا، و هو: ان المراد بالخير يحتمل ان يكون هو الخير الذى بلحاظه يكون الفعل اختياريا، و هو طلب خير الفعل لما فيه من الداعى الموافق لغرضه، و الجواز فى هذا الفرض مما لم يقل به احد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٢٠

كما يقال: إذا اردت البيع و رأيتة اصلح من تركه فبع. و هذا مما لا يقول به احد،

و يحتمل ايضا ان يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجة التى فرضها السائل. (١)

و عن المختلف و جماعة: الجواب عنه بعدم ظهوره فى المؤبد لاقتصاره على ذكر الاعقاب (٢) و فيه نظر، لأن الاقتصار فى مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص، إذ يصح ان يقال فى الوقف المؤبد انه وقف على الأولاد مثلا،

و حينئذ فعلى الامام عليه السلام ان يستفصل إذا كان بين المؤبد و غيره فرق فى الحكم فافهم. و كيف كان ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الأشكال على جواز البيع بمجرد الانفعالية اشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة.

و مما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى (٣) ثم لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز

وفيه: ان السائل سأل عن البيع الاختيارى الموافق لغرضه، و ليس هذا امرا مبهما كى يحتاج الى تكراره فى الجواب.

(١) الخامس: ما ذكره المصنف قدس سره ايضا، و هو: انه يحتمل ارادة الخيرية بلحاظ ما فرضه السائل من رفع الحاجة. و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(٢) السادس: ما عن المختلف و جماعة، و هو ظهور فى الوقف المنقطع، و محل الكلام الوقف المؤبد لاقتصاره على ذكر الاعقاب.

وفيه: ان مقتضى اطلاقه على هذا هو جواز البيع فى الطبقات المتوسطة قبل الانقراض، و من الواضح عدم الفرق بينه و بين المؤبد حينئذ، إذ الفرق انما يصلح فى الطبقة الأخيرة أو بعد انقراضهم كما لا يخفى.

فالحق فى الجواب عنه هو: اعراض الأصحاب و عدم افتائهم بمضمونه.

(٣) و أما الخبر الثانى: فالكلام فيه تارة: فى ما ارسله عن الامام الصادق عليه السلام،

و اخرى: فيما اجاب عليه السلام به اخيرا.

اما الأول: فهو يدل على جواز البيع إذا كان اصلح، و هو المدعى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢١

كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء و منه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد (١) فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدله كذلك، كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع فيكون تجويز البيع في هذه الصورة و التصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حق اللاحقين آنا ما قبل البيع نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب، لثلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا.

و اورد عليه بجملة من الايرادات الواردة على الخبر الأول، و قد تقدم ما فيها.

و قد يقال: انه يقيد اطلاقه بمفهوم الخبر الأول من حيث التقييد بالحاجة، فيكون اخص من المدعى.

و فيه - مضافا الى ما تقدم - انه لا - مفهوم لكلام الامام عليه السلام كى يقيد به اطلاق هذا الخبر، إذ الشرط انما ذكر في السؤال لا الجواب.

فالحق في الجواب عنه: انه معرض عنه عند الأصحاب.

و أما الثاني: فيرد عليه - مضافا الى ذلك - انه في مقام البيان من حيث الاجتماع و التفرق لا في مقام بيان جواز بيع الوقف من حيث هو كى يتمسك باطلاقه.

(١) ما ذكره من مخالفة الروايتين للقواعد اشكال آخر غير ما تقدم.

و حاصله: ان ظاهره بيع الوقف و صرف ثمنه كيف شاء، و هذا ايضا مما لا يمكن الالتزام به، إذ كون المبدل مشتركا و البديل مختصا غير معقول.

و فيه: ان الظاهر منه - كما تقدم - بيع الوقف إذا كان الثمن ازيد نفعا. فراجع.

و عن المحقق النائيني الجواب عنه بوجه آخر، و هو: انه يدل على جواز بيع الوقف مطلقا، فالنسبة بينه و بين ادلة المنع هي التباين، و إذا خصصت ادلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بينهما الى عموم مطلق فيخصص اطلاقه بها.

و فيه: انا لا نقول بانقلاب النسبة فى شىء من الموارد، فإذا كانت النسبة هي التباين تعين طرحه لوجوه لا تخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٢

الصورة الخامسة: ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة (١)

و قد تقدم عن جماعة تجويز البيع فى هذه الصورة بل عن الانتصار و الغنية: الاجماع عليه،

و يدل عليه رواية جعفر المتقدمة (٢) و يرد ان ظاهر الرواية انه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الأرض لمثونه سنة الموقوف عليهم كما لا يخفى. و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى و المأخوذ من عبائر من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة و الحاجة الشديدة و بينها و بين مطلق الفقر عموم من وجه (٣) إذ قد يكون فقيرا و لا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه، و قد يتفق الحاجة و الضرورة الشديدة فى بعض الأوقات لمن يقدر على مثونه

الصورة الخامسة

(١) الصورة الخامسة: ان تلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة.

فقد ذهب جماعة الى جواز البيع فى هذه الصورة، و عن الانتصار و الغنية دعوى الإجماع عليه.

و استدلل له: بالإجماع.

و بان الضرورات تبيح المحظورات.

(٢) و بخبر جعفر «١» المتقدم الدال على جواز البيع مع الحاجة، بعد تقييد الحاجة بالشديدة للاجماع على عدم كفاية ما دونها من المرتبة.

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلأن مصطلحهم في الإجماع غير مصطلح المتأخرين فلا يركن إليه.

و أما الثاني: فلانه يوجب الضرورة رفع الحرمة لا الحكم الوضعي.

و أما الثالث: فلما مر من ان الظاهر منه الحاجة الى البيع للتبديل بما هو انفع من حيث وفاء النفع بمثونته لا الحاجة الى البيع لصرف الثمن في رفع الحاجة التي هي محل الكلام.

(٣) و اجاب المصنف قدس سره عنه بجواب آخر.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٨.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٣

سنته. فالرواية بظاهرها غير معمول بها، مع انه قد يقال ان ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكل و كون البيع انفع، و لو لم يكن حاجة. و كيف كان، فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الاجماعان المعتضدان بفتوى جماعة و في الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع، و عن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود، مع وهنه بمصير جمهور المتأخرين، و جماعة من القدماء الى الخلاف، بل معارضته بالاجماع المدعى في السرائر، اشكال.

الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة (١)

أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود، أو جميع البطون أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلفت كلمات العلامة و من تأخر عنه في ذلك، فقال في الارشاد: و لو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمانه، فالوجه الجواز انتهى.

و حاصله ان: ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلة الأرض لمثونة سنة الموقوف عليهم في جواز البيع، و هذا اقل مراتب الفقر الشرعي، و النسبة بينه و بين الحاجة الشديدة هي العموم من وجه، إذ قد يكون فقيرا لا مثونة له و لا حاجة شديدة الى البيع لتتميم مثونته من مال الفقراء، و قد تكون له حاجة شديدة و له مثونة سنة، و قد يتفقان.

و يمكن دفعه: بان الحاجة الى تتميم المثونة بالبيع ان كانت مسوغه للبيع كانت الحاجة الشديدة اولى بذلك. فتأمل.

و كيف كان: فالأظهر المنع لعموم الأدلة.

الصورة السادسة

(١) الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٤

و في القواعد و لو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج و شبهه و شراء غيره بثمانه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع

أو قلّه نفعه. ففي صحة الشرط اشكال و مع البطلان ففي ابطال الوقف نظر، انتهى.

و ذكر في الايضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى و في وجه المنع ان الوقف للتأييد و البيع ينافيه،

قال و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى.

و قال الشهيد في الدروس و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز، انتهى.

و يظهر منه ان للشرط تأثيرا و انه يحتمل المنع من دون الشرط و التجويز معه، و عن المحقق الكركي انه قال: التحقيق ان كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف بجواز اشتراط البيع في الوقف، إذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد، و ليس بمناف للتأييد المعتبر في الوقف، لانه مقيد واقعا بعدم حصول احد اسباب البيع، و الا فلا للمنافاة فلا يصح حينئذ حسبا. لأن اشتراط شراء شيء بضمنه يكون وقفا مناف لذلك لاقتضائه الخروج من المالك فلا- يكون وقفا و لا حسبا، انتهى. اقول يمكن ان يقال بعد التمسك في الجواز بعموم الوقف على حسب ما يوقفها اهلها- و المؤمنون عند شروطهم (1)

في المسألة اقول:

نفوذ الشرط و جواز البيع: ذهب إليه العلامة في محكي الإرشاد و توقف فيه في محكي القواعد.

عدم نفوذ الشرط مع افساده للوقف و عدمه: ذهب إليه جماعة.

التفصيل بين شرط البيع عند عروض المسوغ له فيجوز و بين غيره فلا: ذهب إليه في محكي جامع المقاصد.

(1) مقتضى عموم دليل الوقف، و نفوذ الشرط - صحة الوقف و الشرط.

و لكن تنقيح القول في المقام بالبحث.

في موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج 4، ص: 425

بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف. (1) فلعله مناف لإطلاقه، و لذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته، فإن

التحقيق كما عرفت سابقا ان جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه - فإذا بيع خرج عن كونه وقفا.

اما الأول: فقد يقال بفساد الشرط لوجهين:

الأول: انه مخالف لمقتضى العقد اما من جهة ان الوقف بمعنى الحبس و الممنوعية من التصرفات فينافيه شرط البيع، أو من جهة ان

الوقف للتأييد و الوقف الى مدة باطل و التأيد مناف لجواز البيع.

و المصنف قدس سره تصدى للجواب عن ذلك حيث قال.

(1) بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف الثاني: انه مخالف للسنة لما دل من النصوص «(1) على عدم جواز بيع الوقف.

و الحق انه ان كان الشرط بيعه عند تحقق شيء من المسوغات فلا اشكال فيه اصلا، إذ الجواز حاصل و الشرط مؤكد له. و ان كان

بيعه لا عند تحقق شيء من المسوغات، فاما ان يكون الشرط مطلقا، و أما ان يكون معلقا على تقدير خاص، و على التقديرين اما ان

يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفا، و أما ان يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفا.

فان كان الشرط مطلقا مع عدم كون الثمن وقفا لا ينبغي التوقف في فساد الشرط لكونه منافيا لمقتضى العقد - بناء على ما عرفت من

أخذ عدم البيع في مفهومه - و مخالفا للسنة لما دل على عدم جواز بيع الوقف من السنة.
و ان كان مطلقا مع كون العوض وقفا فالأظهر صحته لأول ذلك الى وقف الشيء بما انه مال، اى يكون الوقف الجامع بين المال و بدله، فيكون الشرط منافيا لمقتضى اطلاق الوقف لا أصله.
و ان كان معلقا فان كان الشرط بيعه و جعل ثمنه وقفا صح، فانه يؤول الى وقف العين بما انها مال مع خصوصية الى زمان حصول ذلك التقدير، و بعده تكون وقفا بما انها مال، فهذا ايضا مناف لمقتضى اطلاق العقد لا أصله،

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٤ - ١ - و - باب ١٧ - من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٦

ثم انه لو سلم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود و اكل ثمنه. و أما تبديله بوقف آخر فلا - تنافى بينه و بين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبسا كونه محبوبا من ان يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق. و أما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الابدال شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالاشرط في متن العقد فتأمل.
ثم انه روى صحيحا في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف ماله في عين ينبع (١) و فيه فان اراد يعنى الحسن عليه السلام ان يبيع نصيبا من المال ليقضى به الدين فليقل ان شاء لا حرج عليه فيه، و ان شاء جعله شروى الملك و ان ولد على و موالهم و اموالهم الى الحسن بن على، و ان كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقة فبدا له ان يبيعها فليبيعها ان شاء، و لا حرج عليه فيه، فإن باع فانه يقسم ثمنها ثلاثة اثلاث فيجعل ثلثا في سبيل الله و يجعل ثلثا في بنى هاشم و بنى المطلب و ثلثا في آل أبى طالب و أنه يضعه فيهم حيث يراه الله.

و ادلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط كى يكون الشرط منافيا للسنة.

و ان كان معلقا و كان الشرط بيعه و صرف ثمنه اى عدم كونه وقفا.

فان قلنا بان عدم البيع ماخوذ في حقيقة الوقف صح ذلك، فانه يرجع الى انه وقف ما لم يتحقق التقدير الخاص الذى علق عليه جواز البيع، و إذا تحقق فلا وقف، و مقتضى اطلاق ادلة الوقف و نفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف.
و دعوى: انه مناف للتأييد المعبر في الوقف.

مندفعة بعدم الدليل على اعتباره، و انه يصح الوقف مع عدمه، لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع و عدمه.

و ان قلنا بانه من احكامه لا من مقوماته. فالأظهر عدم الصحة الا مع انشاء الوقف الى زمان حصول ذلك التقدير، فان عدم جواز بيع الوقف و لزومه ليس من الحقوق بل من الأحكام، فالشرط مناف للسنة.
و بما ذكرناه يظهر ما في كلمات المصنف قدس سره.

(١) و أما الثانى اى ما يقتضيه النص الخاص و هو الصحيح الحاكي لوقف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٧

ثم قال: و إن حدث في الحسن أو في الحسين حدث فإن الآخر منهما ينظر في بنى على الى ان قال: فإنه يجعله في رجل يرضاه من بنى هاشم. و انه يشترط على الذى يجعله إليه ان يترك هذا المال على اصوله، و ينفق الثمرة حيث امره من سبيل الله و وجهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب، و القريب و البعيد، لا يباع شيء منه، و لا يوهب و لا يورث. الرواية و ظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلا عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه فيما ينتفعون به (١) و السند صحيح

أمير المؤمنين عليه السلام ما له يبيع: المذكور في المتن «١».

(١) وهذا ايضا يدل على الجواز، و مورد الاستدلال به قوله عليه السلام: فان اراد ان يبيع نصيبا من المال ... الخ. و اورد عليه بايرادات:

الأول: انه يدل على جواز بيع الوقف عند الحاجة، فيخرج عن محل الكلام.

وفيه: انه ظاهر في كونه في مقام اعطاء السلطنة للموقوف عليه في ضمن الوقف على البيع، وهذا هو الاشتراط.

الثاني: انه محمول على الوصية نظرا الى ما في صدره من قوله عليه السلام: هذا ما اوصى به و قضى في ماله عبد الله على، و قوله في آخره: و لا يحل - الى قوله - ان يغير شيئا مما اوصيت به.

وفيه: انه ينافيه قوله عليه السلام: الذي كتبت من اموالي هذه صدقة واجبة بتله حيا انا أو ميتا. و لا تكون الوصية بتله واجبة في حياته، بل الوقف كذلك، و اطلاق الوصية على جميع ما يدبره الانسان من شئون ماله بنحو الايضاء به لمن يقوم بعده بالأمر شائع،

و اختصاص الوصية بالمعهودة انما هو في لسان الفقهاء خاصة.

الثالث: انه قابل للحمل على ارادة قضاء الدين من حاصل الوقف.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٨

و التأويل مشكل و العمل به اشكل (١)

وفيه: انه مناف لقوله ان يبيع، و لقوله جعله شروى الملك اى ملكا نفيسا لنفسه.

الرابع: ان مورده الوقف العام، و لا إشكال في عدم جواز البيع فيه. و قد تقدم الجواب عنه، و انه لا فرق بين الوقف العام و الخاص.

(١) قوله و التأويل مشكل و العمل به اشكل و لكن الانصاف ان الخبر لا إشكال فيه دلالة، كما لا إشكال فيه سندا، فيدل على جواز البيع مع الشرط، إذ قد عرفت انه مقتضى القاعدة.

و ربما يستدل للجواز بجملة اخرى من الرواية، و هي قوله عليه السلام فبدا له ان يبيعها فليبيعها ان شاء لا حرج عليه.

و لكن يمكن الايراد عليه: بعدم ثبوت كون مورده وقفا.

و ذلك لوجهين:

الأول: قوله و ان كان دار الحسن بن على غير دار الصدقة اى غير الصدقات العامة،

و هذا كما يمكن حمله على ما إذا كانت من الأوقاف الخاصة على الذرية، يمكن حمله على دارا لصدقة التي فوض امرها إليه و جعل له سكنها ما دامت الحاجة و بعده بعنوان الوصية يفعل ما امره به.

اللهم الا ان يقال: ان المراد بهذه الجملة انه ان كان دار الحسن التي هي مسكنه غير دار الصدقة و لم يكن له حاجة الى دار الصدقة و رأى المصلحة في بيعها فليبيعها ان شاء و يصرف ثمنها في المصارف المذكورة.

الثاني: ان تلك الدار لم تكن داخله فيما وقفه في اول هذا الخبر، فان الموقوف هو ماله يبيع و ما حولها و بوادى القرى و بديمة و باذينة، و كل تلكم ليست الا المزارع و ليست الدار داخله فيها و لكن في الجملة الأولى كفاية.

الصورة السابعة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٩

الصورة السابعة: ان يؤدي بقاءه الى خرابه علما أو ظنا و هو (١)

المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبائر المتقدمة و الاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه و قد يكون لا له، و الخراب المعلوم و المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتداً به، و قد يكون على وجه نقص المنفعة. و أما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر، كانتفاعه السابق أو ازيد فلا يجوز بيعه الا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا من ان تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه، و قد عرفت ضعفه، و قد عرفت من عبائر جماعة تجوز البيع في صورة التأديء إلى الخراب، و لو لغير الاختلاف، و من أخرى تقيدهم به.

الصورة الثامنة: ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا- يؤمن معه تلف المال و النفس، و ان لم يعلم أو يظن بذلك، فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: ان يلزم فساد يستباح منه الأنفس، و الأقوى الجواز مع تأديء البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، و المنع في غيره من جميع الصور اما الجواز في الأول. فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع،

(١) الصورة السابعة: ان يؤدي بقاءه الى خرابه علما أو ظنا.

و قد ذهب جماعة منهم المانعون عن بيع الوقف مطلقا، و المفيد و الديلمي و الفاضلان في اكثر كتبهما، و الشهيدان في غير الدروس، و المحقق الكركي و غيرهم: الى المنع، و عن الشيخ في النهاية، و ابن سعيد في كتابيه، و الطوسي و العلوي و العلامة في بيع التحرير، و الشهيد في الدروس و غيرهم: اختيار الجواز، و اختاره المصنف قدس سره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٠

فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثاني أولى، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلا.

و أما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الاجماع، و انصراف النصوص الى غير هذه الصورة. و أما الموقوف عليهم فالمفروض اذن الموجود منهم و قيام الناظر العام و الخاص مقام غير الموجود. (١) نعم قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة الى الباقي،

و قد استدلل للجواز بوجوه.

(١) ما افاده المصنف قدس سره و قصوده دفع الموانع عن التمسك بعمومات نفوذ البيع و حاصله: ان المانع عن التمسك بها في

الوقف امور:

احدها: حق الواقف.

ثانيها: حق الموقوف عليه.

ثالثها: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

و شيء منها لا يصلح للمنع في المقام.

اما الأول: فلأن غرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين فائت لا محالة لأوله الى الخراب، و غرضه المتعلق بالانتفاع به بما انه مال يتوقف على البيع، فالبيع ليس منافيا لغرضه.

و أما الثاني: فلأن المفروض ان انتفاع الموقوف عليهم لا يفوت لانتفاعهم بالبدل،

و الانتفاع بشخص العين غير ممكن، و أما حقهم في تصدى البيع فالمفروض انه يباع باذن البطن الموجود و اولياء البطن اللاحقة.

و أما الثالث: فلانصراف الأدلة عن صورة اول العين الى الخراب المخرج اياها عن حد الانتفاع.

و فيه: ان هذا يتم في صورة الخراب، و أما قبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين ممكن، و حق الموقوف عليهم في

الانتفاع به كذلك، و الأدلة غير منصرفه،

فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسك بالعمومات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣١

و مما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه، و مع فوته ففي تقديم البيع إشكال، و

لو دار الأمر بين بيعه و الأبدال به، و بين صرف منفعة الحاصلة مدة من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حق البطن الذي يفوته المنفعة أو

حق الواقف و سائر البطن المتأخره المتعلق بشخص الواقف وجهان، لا يخلو اولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف اصلاح الوقف من

منفعته مقدما على الموقوف عليه. و قد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح، من ان بقاء الوقف على حاله، و الحال هذه

اضاعة و اتلاف للمال، و هو منهي عنه،

شرعا فيكون البيع جائزا. (١) و لعله اراد الجواز بالمعنى الأعم فلا يرد عليه انه يدل على وجوب البيع، و فيه ان المحرم هو اضاعه المال

المسلط عليه، لا ترك المال الذي لا سلطان عليه الى ان يخرب بنفسه و الا لزم وجوب تعمير الاوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع

مهما امكن مقدما على البيع أو إذا لم يمكن البيع.

و الحاصل ان ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، و يتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير، و يتلوه في الضعف ما

عن المختلف و التذكرة و المذهب و غاية المرام، من ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه. و قد تعذرت،

فيجوز اخراجه عن حده، تحصيلاً للغرض منه، و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض (٢) كما انه لو تعطلت الهدى ذبح في

الحال و ان اختص بموضع،

فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المتعذر

(١) الثاني ما عن التنقيح و هو: ان ابقاء الوقف على حاله، و الحال هذه اضاعه و اتلاف للمال و هو منهي عنه شرعا، فيكون البيع جائزا.

و فيه: ما تقدم من ان التضييع المحرم هو ما لم يكن بامر من الشارع، و حيث ان ابقاء الوقف يكون بامر منه فلا يشمل دليل حرمة

التضييع.

(٢) الثالث ما عن: المختلف و التذكرة و المذهب و غيرها، و هو: ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه، و قد تعذرت فيجوز اخراجه

عن حده تحصيلاً للغرض منه،

و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض.

و فيه: ان هذا لو تم فانما هو في آخر ازمته بقائه الذي خرجت العين فيه عن

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٢

و فيه ان الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لانه الذي دل عليه صيغة الوقف، و المفروض تعذره، فيسقط و قيام

الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص، لكونه اقرب الى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الاقرب الى غرض الواقف

بعد تعذر اصل الغرض، فالاولى منع جريان ادلة المنع من خوف الخراب المسقط للمنفعة رأسا، و جعل ذلك مؤيدا.

و أما المنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة و فيما عداها من الصور اللاحقة لها، فلعموم قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف و

لا- تدخل الغلة في ملكك، فإن ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة و عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحة، يدل على ان الوقف ما دام له غلة لا يجوز بيعه، وكذا قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله،

و ما دل على انه يترك حتى يرثها وارث السموات و الأرض، هذا كله مضافا الى الاستصحاب في جميع هذه الصور، و عدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتب المشهورة (١) التي انحصرت تمسك كل من جوزه في هذه الصور فيها

حيز الانتفاع، و أما قبله فالغرض. من الوقف الاستيفاء من شخص العين و هو ممكن فلا يجوز.

الرابع: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه إذا احتمل احتمالا عقليا تأديته الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه، جاز بيعه لأن حكم الاحتمال حكم الخراب، و لكن من حيث كونه طريقا، لأنه بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا.

وفيه: ان هذا لو تم فانما هو في احتمال الخراب الفعلي لا في احتمال تأديته الى الخراب، لأن هذا الاحتمال ليس طريقا الى الخراب بالفعل كما هو واضح.

(١) الخامس: ما كتبه عليه السلام في جواب ابن مهزيار «١» المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٣

و هي مكاتبه ابن مهزيار. قال كتبت الى ابي جعفر الثاني عليه السلام: ان فلانا ابتاع ضيعة فوقفها، و جعل لك في الوقف الخمس و يسألك عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفه، فكتب إلى اعلم فلانا اني امره ببيع حصتي من الضيعة، و ايصال ثمن ذلك الى ان ذلك رأيي انشاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه ان كان ذلك اوفق له، قال: فكتب «فكتبت» إليه ان الرجل ذكر ان بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا شديدا، و انه ليس يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته فكتب بخطه و أعلمه أن رأى أن كان قد علم الاختلاف بين ارباب الوقف ان يبيع الوقف امثل فليبيع فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس (١) الخبر. حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعة،

بناء على ان قوله فانه الى آخره تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، و ان المراد بالمال هو الوقف، فان ضم النفوس انما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا ان المناط في الحكم هو اجتماع الامرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل انه كل ما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

(١) بتقريب: ان قوله عليه السلام: فانه... الخ تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، و ان المراد من المال الوقف، فان ضم النفوس انما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، إذ على ذلك يصير المتحصل من الرواية: انه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه: ان كون المراد من المال العين الموقوفة مما لم يشهد به شاهد، بل بقرينة ضم النفوس الى الأموال يصير ظاهرا في المال الآخر، إذ الاختلاف يوجب صرف المال في الغلبة على الخصم و ادائه الى المقابلة الموجبة لإتلاف النفوس، و هذا بخلاف تلف الوقف الذي هو اجنبي عن تلف النفس.

فالأظهر عدم جواز بيع الوقف ان خيف اوله الى الخراب، لا سيما إذا كان الخراب المترقب بعد مدة طويلة. نعم يجوز البيع في آخر ازمته بقاءه، إذ لا منفعة حينئذ

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٤

و فيه ان المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه الى الخراب علما أو ظنا، لا مجرد كونه ربما يؤدي إليه المجمع للاحتمال المساوي أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظ ربما، كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالته، ولا أظن احدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال اداء بقاءه الى الخراب، لأن كلمات من عبر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم أدى بقاءه إلى خرابه، وبين قولهم يخشى أو يخاف خرابه،

و الخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد اطلاقاتهم مثل قولهم يجب الافطار و التيمم مع خوف الضرر، و يحرم السفر مع خوف الهلاك، لا يتحقق الا بعد قيام اماره الخوف، هذا، مع ان مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأسا. و هو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف، مع انه لا وجه بناء على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف.

الصورة الثامنة

الصورة الثامنة: ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال.

فكلمات القوم في هذه الصورة متشبهة، فلا يصغى الى نقل شهرة في الباب.

فالمهم صرف عنان الكلام الى الحجج و الأدلة.

وقد استدلل للمنع في المكاسب: بعموم ادلة المنع عن بيع الوقف «١» و بالاستصحاب.

صرح في بيان الحكم في الصورة السابعة ان عموم الادلة، و الاستصحاب دليلان للمنع في الصور اللاحقة.

ما ذكره قدس سره من عموم الأدلة متين في نفسه.

و أما الاستصحاب فغاية ما يمكن ان يقال في تقريبه: ان عموم دليل نفوذ البيع خصص بما دل على عدم جواز بيع الوقف، و هو و ان اختص بما قبل وقوع الاختلاف المزبور و لم يكن له عموم شامل له، الا انه من جهة كون دليل نفوذ البيع و الوفاء بالعقد مما لا عموم ازماني له، بل هو متضمن لبيان حكم واحد مستمر لكل فرد من افراد البيع و العقد، و مع الشك في ان الخارج هو في زمان أو دائما يجري الاستصحاب، و لا يكون مورد التمسك بالعموم.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٤ - ١ و - باب ١٧ - من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٥

و أما تقريب الاستدلال بالمكاتبه على جواز البيع في الصورة الثامنة و هي صورة وقوع الاختلاف الذي ربما اوجب تلف الأموال و النفوس، فهو ان الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، الا ان قوله فإنه ربما الخ مقيد بالاختلاف الخاص،

و هو الذي لا يؤمن معه من التلف لأن العلة يقيد المعلول كما في قولك لا تأكل الرمان لأنه حامض، و فيه أن اللازم على هذا تعميم الجواز في كل مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم،

فيجوز بيع الوقف لاصلاح كل فتنه، و ان لم يكن لها دخل في الوقف (١) اللهم الا ان يدعى سوق العلة مساق التقريب لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى الى جميع موارد، لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن، ممنوع و هو الذي فهمه

الشهيد رحمه الله في الروضة، كما تقدم كلامه، لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا يبقى حينئذ وثوق بالرواية، بحيث يرفع اليد بها عن العمومات والقواعد،

وفيه: - مضافا الى عدم تمامية المبنى كما حققناه في الأصول- انه لا يكون منطبقا على المقام من جهة انه ليس هناك فرد واحد يكون خارجا عن تحت عموم دليل نفوذ البيع في زمان ويشك بعده في خروجه، بل البيع قبل عروض العارض المشكوك الحال فرد مقدر الوجود، و البيع بعد العروض فرد مقدر آخر. و عليه فمع عدم شمول دليل المخصص يتعين الرجوع الى عموم دليل النفوذ للشك في التخصيص الزائد، بل لو لم يكن هناك عموم لما كان مورد لإجراء الاستصحاب. و استدلال للجواز: بمكاتبة ابن مهزيار المتقدمة في الصورة السابقة:

(١) و اورد عليه المصنف قدس سره بما حاصله ان فقوله عليه السلام: فانه ربما جاء في الاختلاف ... الخ اما ان يكون تعليلا لجواز البيع عند الاختلاف، أو يكون حكما له. و على الأول:

يتعين البناء على جواز بيع الوقف إذا لزم تلف المال و النفس، و لو لا لدخل فيه، لأن العلة كما تخصص تعميم. و على الثاني: يتعين البناء على جواز البيع مع الاختلاف مطلقا، و شيء منهما لا يمكن الالتزام به لعدم افتاء المشهور به.

وفيه: انه يحمل على التعليل كما هو ظاهره، و لكن العلة هي لزوم تلف المال

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٦

مع ما فيها من ضعف الدلالة كما سيجيء إليه الاشارة. و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة و رده. (١)

و النفس من ترك البيع و ابقاء الوقف على حاله، فان الظاهر منها ان عليه ما ذكر من جهة ان الوقف صدقة جارية يتقرب بها الى الله تعالى، و هذا لا يلائم مع تلف المال و النفس، و لا مانع من الالتزام بالتعميم على هذا، اي الالتزام بجواز البيع في كل مورد لزم من بقائه تلف المال و النفس.

و دعوى انها معرض عنها و لم يعمل بها الأصحاب، قد تقدم ما فيها، فالمكاتبة تدل على الجواز في هذه الصورة هذا مع قطع النظر عن الاشكالات المشتركة بين جميع الصور التي سيتعرض لها المصنف قدس سره، و ستعرف عدم ورود شيء منها. فالأظهر هو جواز البيع فيها.

و ربما يستدل له بحديث «١» لا ضرر الحاكم على الأدلة الواقعية.

وفيه: ان الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال و النفس، و في مثل ذلك لا يوجب الحديث رفع التكليف الواقعي.

و به يظهر ما في الاستدلال له بدليل وجوب حفظ النفس فيما إذا لزم من ترك البيع تلف النفس.

الصورة التاسعة

الصورة التاسعة: ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم.

(١) و قد استدلل للمنع عن البيع في هذه الصورة بعموم الأدلة.

و الاستصحاب.

و قد تقدم ان الاستدلال بالعموم متين.

و لكن الاستدلال بالاستصحاب في غير محله.

و قد استدلل للجواز بوجهين:

الأول: لا ضرر. وقد تقدم ما فيه.

الثاني: مكاتبه ابن مهزيار المتقدمة، بدعوى انه يستفاد منها ان ذكر تلف النفس و المال انما يكون من باب المثال لمطلق الضرر العظيم، و الاحتياط سبيل النجاة

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٧

و أما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة، فهو ان ضم تلف النفس إلى تلف الأموال، مع ان خوف تلف النفس يتبعه خوف تلف المال غالباً، يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة الى حيث يخاف منه تلف النفس (١) و لا- يكفي بلوغها الى ما دون ذلك، بحيث يخاف منه تلف المال فقط. و فيه ان اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة (٢) مع ان ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الاموال و النفوس. و المقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة: هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الأنفس.

و الحاصل ان جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف، الراجعة الى اعتبار اداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً الى مطلق الفساد أو فساد خاص،

الصورة العاشرة

الصورة العاشرة: ان يلزم فساد تستباح منه الأنفس.

و قد استدلل للمنع بما تقدم، و للجواز بما ذكرناه آنفاً.

(١) و تقريب الاستدلال بالمكاتبه: ان ذكر تلف الأموال و ضمه الى تلف النفوس انما هو من جهة التلازم الغالبى، إذ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف الأموال لا لخصوصية فيه، بل المدار على خوف تلف النفوس خاصة.

(٢) و اورد عليه المصنف قدس سره بما تقدم من: ان مقتضى عموم جواز البيع لدفع كل فتنة مؤدية الى ذلك، و قد عرفت الجواب عنه.

فالحق في الايراد عليه - مضافاً الى منع التلازم الغالبى.

ان حمل القيد على ذلك خلاف الظاهر، فان الظاهر كون كل قيد ماخوذ في لسان الدليل للاحتراز.

مع ان لازم التمسك بالمكاتبه البناء على كفاية خوف الأداء الى استباحة الأنفس لا اعتبار الاستباحة الواقعية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٨

أو فساد خاص، أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاص، مستندة الى ما فهم اربابها من المكاتبه المذكورة و الاظهر في مدلولها هو اناطة الجواز بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، لا مطلق الاختلاف، لأن الدليل مقيد،

و لا- خصوص المؤدى علماً أو ظناً، لأن موارد استعمال لفظه ربما اعم من ذلك، و لا مطلق ما يؤدى الى المحذور المذكور لعدم ظهور الدليل في التعليل، بحيث يتعدى عن مورد النص، و ان كان فيه اشارة الى التعليل و على ما ذكرنا فالمكاتبه غير مفتى بها عند

المشهور (١) لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه الى الخراب الغير الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال و الانفوس، فيكون النسبة بين فتوى المشهور و مضمون الرواية عموماً من وجه.

لكن الانصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية، و قصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة، لأن اختلاف فتاوى المشهور

إنما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أنيط به الجواز، من قوله عليه السلام: ان كان قد علم الاختلاف المنضم الى قوله: فإنه ربما جاء في الاختلاف. و أما دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي على تقدير قصورها منجبره بالشهره، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالته من جهات مثل عدم ظهورها في المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق (٢) و ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم

و ربما اورد على الاستدلال بالمكاتبه في هذه الصور بايرادات:

(١) الاول اعراض الاصحاب عنها و قد عرفت ان الأصحاب عملوا بها، و انما الخلاف بينهم في موضوع الجواز من جهة اختلافهم في فهم المراد منها.

(٢) الثاني: ان الظاهر من عدم ذكر الاعقاب فيه كون الوقف منقطعاً لا مؤبداً الذي هو محل البحث.

و فيه: ان عدم ذكر الأعقاب انما هو من جهة عدم الاحتياج إليه، فلو لم ندع ان اطلاق الوقف ظاهر في المؤبد، لا كلام في ان مقتضى ترك الاستفصال البناء على عدم

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٩

و عدم تمام الوقف، كما عن الايضاح (١) و أوضحه الفاضل المحدث المجلسي،

و جزم به المحدث البحراني، و مال إليه في الرياض. قال الأول في بعض حواشيه على بعض كتب الاخبار أنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعه الموقوفه عليهم و لم يدفعها إليهم. و حاصل السؤال ان الواقف يعلم انه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف، و يشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعه أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفه و يدفعها إليهم؟ أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم ثمنها، أيهما أفضل. انتهى موضع الحاجة و الإنصاف أنه توجيه حسن لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب، كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

و الحاصل ان المحتاج إلى الانجبار بالشهره ثبوت حكم الروايه للوقف التام المؤبد، لا تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه،

أو غير ذلك، مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشهره من جهة اخرى،

الفرق في ذلك بين المؤبد و المنقطع.

(١) الثالث: ما عن الايضاح، و هو ظهورها في عدم اقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف، و عن المحدث المجلسي و البحراني: الجزم به، و احتمله سيد العروه، فهي تدل على جواز البيع ما لم يتحقق الوقف، و محل الكلام هو بيع الوقف.

و فيه: اولاً: ان الظاهر من الوقف و الموقوف عليهم و غيرهما من التعبيرات فيها تحقق الوقف الصحيح.

و ثانياً: انه لو تنزلنا عن ظهورها في ذلك يكفي في الحكم عدم الاستفصال بين تحقق الوقف و القبض و عدمه.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٠

و هي أن مقتضى القاعدة، كما عرفت لزوم كون بدل الوقف بنفسه مشتركاً بين جميع البطون، و ظاهر الروايه تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين (١) فلا بد أما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضه إلا بتكليف سقوط حق سائر البطون عن الوقف أنا ما قبل البيع، لتقع المعاوضه في مالهم. و أما من حمل السؤال على الوقف المنقطع اعنى الحبس الذي لا إشكال في بقاءه على

ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام لعدم القبض أو لعدم تحقق صيغة الوقف و ان تحقق التوطين عليه و تسميته وقفا بهذا الاعتبار. و يؤيده تصدى الواقف بنفسه للبيع الا ان يحمل على كونه ناظرا، أو يقال انه اجنبى استأذن الامام عليه السلام فى بيعه عليهم حسبه، بل يمكن ان يكون قد فهم الامام عليه السلام من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها، مع ان المركز فى الاذهان اشتراك جميع البطون فى الوقف و بدله ان مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف لانقطاعه أو لعدم تمامه. و يؤيده ان ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو ايضا، الا ان يصلح هذا الخلل و امثاله بفهم الاصحاب الوقف المؤبد التام، و يقال انه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف، و موجبا لتكليف الالتزام لسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند ارادة البيع، أو لمنع تقرير الامام عليه السلام للسائل فى قسمة الثمن الى الموجودين.

(١) الرابع: ان الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين، مع انه مناف لحق البطون و لقول المجوزين لأنهم يقولون بجواز البيع و شراء عوض الوقف بثمنه.

و فيه: اولاً: ان عدم عمل الأصحاب بهذه الجملة لا يوجب سقوط سائر الجملات عن الحجية. و ثانياً: ان الالتزام بذلك فى خصوص مورد الوقف الذى لا يرتفع الاختلاف الا بتقسيم الثمن من جهة انه جاء من جهة الاشتراك فى الوقف، لا أرى فيه محذورا.

و ثالثاً: ان المحكى عن الأكثر العمل بها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤١

و يبقى الكلام فى تعيين الاحتمالات فى مناط جواز البيع، و قد عرفت الاظهر منها لكن فى النفس شىء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين الاحتمالات و هو الاختلاف المؤدى علماً أو ظناً الى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان اولى. و الفرق بين هذا و القسم الأول من الصورة السابعة الذى جوزنا فيه البيع، ان المناط فى ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأساً و المناط هنا خراب الوقف الذى يتحقق به تلف المال و ان لم يتلف الوقف،

فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف و ليس المراد من التلف فى الرواية تلف الوقف رأساً حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم، إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب فى تلف الضيعة التى هى مورد الرواية فإن تلفها غالباً بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها. ثم ان الظاهر من بعض العبارات المتقدمة، بل المحكى عن الأكثر:

ان الثمن فى هذا البيع للبطن الموجود. الا ان ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد: هو انه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان. و هذا منه قدس سره مبنى على وجه ظهور الرواية فى تقرير السائل فى قسمة الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير فى مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون فى البديل كالمبديل لكن، الوجه الثانى ينافى قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة تمسكاً برواية جعفر، فتعين الأول و هو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل فى الرواية.

الخامس: انه لو جاز بيع الوقف فانما يجوز للموقوف عليهم لا للأجنبى، و المكاتبه تدل على جوازه للأجنبى كما لا يخفى.

و فيه: انه يمكن ان يكون ذلك من جهة كونه ناظراً، أو انه استأذن من الامام عليه السلام فى ذلك لكونه من الأمور الحسينية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٢

و أما الوقف المنقطع، و هو ما إذا وقف على من ينقرض (١) بناء على صحته،

كما هو المعروف (٢)

الوقف المنقطع

(١) هذا كله فى الدائم، و أما الوقف المنقطع، و هو ما إذا وقف على من ينقرض.

فالكلام فيه يقع فى جهات:

الأولى: فى صحة الوقف المنقطع.

الوقف المنقطع على قسمين:

الأول: ما يجعل وقفا موقتا كما لو قال وقفت هذا عشر سنين و هذا لا- خلاف بينهم فى بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد و المسالك، بل عن الغنىة و المختلف و السرائر و الجواهر: دعوى الإجماع عليه، و كفى به مدركا.

(٢) الثانى: ما يجعل على من ينقرض غالبا، و الاظهر صحته وقفا كما هو المشهور بين الأصحاب، لأن الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها.

و دعوى: اخذ التأيد فى مفهوم الوقف.

كما ترى، لأن حقيقة الوقف حسب العين و تسبيل الثمرة- كان ذلك دائما ام موقتا.

و الإجماع على اعتبار التأيد فى الوقف و ان كان لا ينكر الا ان مراد المجمعين عدم توقيته مدة لا كونه دائما. و بعبارة اخرى: المراد به عدم الاقتران بمدة، و أما ارتفاع الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة فلا ينافى الدوام.

و يشهد لصحته صحيح الصفار: كتبت الى ابى محمد عليه السلام أسأله من الوقف الذى يصح كيف هو؟ فقد روى ان الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، و إذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: ان الموقت هو الذى يذكر فيه انه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الارض و من عليها و قال آخرون.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٣

فأما ان نقول ببقائه على ملك الواقف. و أما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم،

و على الثانى فإما ان يملكه ملكا مستقرا، بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم. و أما ان يقال بعوده الى ملك الواقف. و أما ان يقال بصيرورته فى سبيل الله (١)

هذا موقت إذا ذكر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث الله تعالى الارض و من عليها، و الذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف و لم يذكر احدا، فما الذى يصح من ذلك و ما الذى يبطل؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله «١».

فانه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيريه.

(١) الجهة الثانية: فى انه بعد الانقراض يرجع الوقف الى الواقف و ورثته أو الى ورثة الموقوف عليه أو يصرف فى وجوه البر، وجوه اقواها الأول، لأن خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به انما يكون خروجا ما داميا، اى ما دامت حياة الموقوف عليه، فلا محالة يرجع الى مالكة بموته، فانه لم يخرج عن ملكه الا الى اجل.

و دعوى ان مقتضى اطلاق ادلة الأثر انتقاله الى ورثة الموقوف عليه.

مندفعة بانها انما تدل على الأثر فيما هو للميت لاما ليس له بعد موته، و مقيد ملكيته بحياته، فانه ليس مما تركه الميت. و تمام

الكلام فى محله.

هذا على القول بخروجه عن ملك الواقف، و الا فهو ملك له من الأول و بموته ينتقل الى ورثته.

و لعل الأظهر ذلك، لأن ما ذكرناه فى وجه خروجه عن ملك الواقف فى المؤبد- من ان اعتبار الملكية له لغو، و من اطلاق الصدقة عليه لا سيما بما فى بعض النصوص من التقييد بالبتلة.

لا يجرى فى المقام. اما الأول: فواضح، و أما الثانى: فلعدم اطلاقها مع هذا القيد على الوقف المنقطع.

(١) الوسائل- باب ٧- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٤

فعلى الأول: لا- يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك، و فى جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم اشكال من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه يتنفع به (١) و لذا منع الاصحاب كما فى الايضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة مدة العدة، مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكى عن جماعة كالمحقق و الشهيدين فى المسالك و الدروس و غيرهم: صحة البيع فى السكنى الموقته بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكى التنقيح: الاجماع عليه،

الجهة الثالثة: فى جواز بيعه و عدمه.

الظاهر انه ان قلنا بانتقال الوقف الى الموقوف عليه لا- ينبغى التوقف فى عدم جواز بيعه لعموم ما دل على عدم جواز بيع الوقف «١» الشامل للمؤبد و المنقطع.

و من الغريب عدم ذكر المصنف قدس سره هذه الجهة مع هذا البسط و الاطناب.

نعم لو قلنا ببقائه على ملك الواقف لا يبعد دعوى عدم شمول الأدلة المانعة عن البيع له، اما دليل الوقف فلظهوره فى ان المنع عن البيع الذى انشأه الواقف انما هو من خصوصيات انشائه ملكية الموقوف عليهم- اى يملكهم بالملكية الراكدة غير المتعدية عنهم- فلو لم يقع اصل الملك كيف تقع خصوصياته، و أما غيره فللانصراف الى ما لو كان البيع منافيا للوقف.

و على القول بعدم شمول الأدلة المانعة له يقع الكلام فيما تقتضيه القواعد.

فالحق ان بيع الواقف حينئذ يتصور على وجوه:

احدها: ان يبيع العين الموقوفة من الأجنبى مع عدم انتقال منافعه إليه، و حيث ان المقتضى للصحة و هو الملك موجود، فلا بد من البحث فى المانع، و هو ليس الجهل بمقدار المنفعة التى يستحقها الموقوف عليه للجهل بامد انقضائها- فان الجهل بنفسه و ان كان من الموانع لصحة البيع الا انه الجهل بالمبيع و المنافع ليست داخله فيه و ان اوجبت زيادة المالىة- بل المانع هو الغرر، و قد وجهه المصنف قدس سره.

(١) بقوله بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه يتنفع به.

و اورد عليه المحقق الأصفهانى قدس سره: بانه إذا كان المبيع معلوما ذاتا و وصفا و تسليميا.

(١) الوسائل- باب ٦- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٤- ١ و- باب ١٧- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٥

ولعله اما لمنع الغرر و أما للنص و هو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل فى زمان حياته و لعقبه من بعده، قال: هى له و لعقبه من بعده كما شرط، قلت:

فإن احتاج الى بيعها «بيعها» قال: نعم، قلت: فينقض البيع السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت ابي يقول: قال أبو جعفر لا- ينقض البيع الاجارة و لا السكنى و لكن يبيعه على ان الذى يشتريه لا يملك ما اشتره حتى ينقضى السكنى على ما شرط الخبر. (١)

و مع ذلك فقد توقف فى المسألة العلامة و ولده و المحقق الثانى، و لو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف فالظاهر جوازه، لعدم الغرر، و يحتمل العدم لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق المشتري لا يوجب معرفة المبيع. و كذلك لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل الى الواقف، ثم باع صح جزماً.

و كان المجهول وقت التسليم لا- يكون ذلك غريباً، و على فرض التنزل و تسليم صدقه عليه لا- دليل على مبطلته لأن العمدة فى مانعته الإجماع، و هو غير ثابت فى المقام. و فيه: ان الجهل بوقت التسليم و الجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر. اما الثانى: فلأن الثمن انما يدفع بازاء العين بلحاظ المنافع، فالجهل بمقدارها موجب للغرر. و أما الأول: فلأنه كما يصدق الغرر مع الجهل باصل التسليم، كذلك يصدق مع الجهل بوقته. و دعوى ان عمدة دليل مانعية الغرر الإجماع غير الشامل للمقام. مندفعه بان عمدة دليبه النبوى «١» المنجبر بالعمل الشامل للمقام. فالأظهر بحسب القاعدة البطلان.

(١) و أما مصحح الحسن بن نعيم المذكور فى المتن الدال على جواز بيع المالك داره التى جعل سكنها لرجل و لعقبه من بعده، «٢» فهو يخصص دليل الغرر، و عليه فان

(١) الوسائل- باب ٤٠- من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل- باب ٢- من ابواب احكام السكنى و الحبس حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٦

و أما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبى (١) لأن المنفعة مال لهم، فلا ينتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا ان يكون على وجه الأسقاط لو صححناه منهم أو يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزعاً عليهما، و لا- بد ان يكون ذلك على وجه الصلح، لأن غيره لا- يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصاً مع جهالة المنفعة، و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من انه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز، سواء اراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدل عليه كلامه المحكى عنه فى مسألة السكنى، حيث اجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة، كما فى السكنى على قول صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل.

و تمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى و الحبس انشاء الله تعالى و على الثانى فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه، لاعتبار الواقف بقائه فى يدهم إلى انقراضهم. و على الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن اجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف فى الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً و ان اجاز الموقوف عليه، إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له فى الحال

امكن القاء الخصوصية يتعدى من مورده الى الوقف المنقطع و يحكم بجواز بيعه و الا فلا.

(١) بقى الكلام فى اجازة الموقوف عليه، و ان رضاه ببيع الواقف هل يوجب صحته ام لا؟ و المقصود من ذلك ان تكون عينه و جميع منافعه منتقلة الى المشتري، فلا يلزم الغرر. و الأظهر عدم كفايته، فان المنفعة لا تنتقل الى المشتري لا بلا عوض و لا معه الا بالصلح. اما عدم انتقالها بلا عوض فلأن الناقل اما هو الهبة أو الأسقاط أو الإبراء، و لا مورد لشيء منها فى المقام، اما الهبة: فلا اعتبار تعلقها بالعين، و أما الأسقاط: فلأنه يتعلق بالحق و المنفعة ملك، و أما الإبراء: فلأنه يتعلق بالملك الذمى كالدين و المنفعة ملك خارجى منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٧

بناء على ان الموقوف عليه هو المالك فعلا ليس له الإجازة لعدم تسلطه على النقل فإذا انقرض الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع.

ثم أنه قد أورد على القاضى قدس سره حيث جوز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع، مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف، و يمكن دفع التنافى بكونه قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة، و هو ملك الموقوف عليهم، ثم عوده إلى الواقف، إلا أن الكلام فى ثبوت هذا القول بين من اختلف فى ملك الموقوف فى الوقف المنقطع، و يتضح ذلك فى مراجعته مسأله فى كتاب الوقف. و على الرابع فالظاهر ان حكمه حكم الواقف المؤبد كما صرح به المحقق الثانى ما حكى عنه،

و أما عدم انتقالها بالعوض.

فلأن ناقلها اما الإجازة أو البيع على قول، و يعتبر فى كل منهما عدم الغرر، و فى المقام كل من المعاملتين - اى المعاملة التى يوقعها الواقف - اصالة، و التى يوقعها عن الموقوف عليه غريبه، و ان كان لا غرر بعد تمامية العقدتين فيتعين ان يكون ذلك بعنوان الصلح، و لا بأس به.

الا انه يصح صلح الواقف ماله من العين المجردة عن مقدار من المنفعة من دون حاجة الى اجازة الموقوف عليه.

ثانيها: ان يبيع العين الموقوفة من الموقوف عليهم، و قد افاد المحقق الأصفهاني قدس سره:

انه لا ينبغى النزاع فى صحتها بيعا حيث لا غرر و لا جهالة.

وفيه: ان المشتري بعد البيع و ان كان يعلم بماله من العين و المنافع الا ان الميزان فى الصحة و الفساد كون البيع بنفسه غريبا و عدمه، و هذا البيع بنفسه غررى، و العلم بعد تحققه بماله لا يوجب عدم صدق الغرر.

ألا ترى انه لو صالح احد الشريكين الذى له مقدار من العين غير المعين شخصا فباعه بعد ذلك الشريك الآخر حصته لا إشكال فى صدق الغرر و بطلان البيع، مع ان المشتري بعد البيع يعلم بما انتقل إليه و ان العين بتمامها له.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٨

لانه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه فى سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص. (١) ثم ان ما ذكرنا فى حكم الوقف المنقطع، فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذى لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف. و أما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم. فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم. و أما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون فى الوقف المؤبد فيشترك معه فى المنع فى الصور التى منعنا و فى الجواز فى الصورة التى جوزنا بالاشتراك دليل المنع و الجواز و يتشارك أيضا فى حكم الثمن بعد البيع.

ثالثها: ما إذا انتقلت منفعة العين الموقوفة الى غير الموقوف عليهم ثم بيع العين منه،

فان حكم هذه الصورة حكم الصورة المتقدمة.

رابعها: ما إذا انتقلت المنفعة الى الواقف فباع العين، لا إشكال فى الصحة لوجود المقتضى و عدم المانع.

هذا كله بناء على بقاءه على ملك الواقف، و أما لو قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه،

فلا يجوز البيع لا للواقف و لا للموقوف عليه و ذلك لوجهين:

الأول: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

الثانى: ان الواقف لا يجوز له البيع لعدم الملك، و الموقوف عليه لا يجوز له ذلك من جهة ان ملكيته محدودة ليست مرسله، فان باع

و نقل الملكية المرسله نقل ما ليس له،

و ان نقل الملكية المحدودة بطل من جهة ان البيع هو نقل الملكية المرسله.

و لا فرق فيما ذكرناه بين عود الملك الى الواقف أو انتقاله الى ورثه الموقوف عليه أو صيرورته فى سبيل الله تعالى.

(١) قوله قده: لانه حقيقه وقف مؤبد ... الخ و فيه: ان صيروره الوقف فى سبيل الله ان كانت بانشاء الواقف كان مقتضاه حبس العين و

صرف منافعها فى سبيل الله تعالى، و ان كانت من جهة انقضاء امد ملك الموقوف عليه لا مانع من صرفها بنفسها فى سبيل الله تعالى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٩

مسألة: و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا (١)

إشارة

فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون،

و حكى عن الخلاف اجماع الفرقه و اخبارهم على ذلك.

و قد حكى الإجماع عن غيره أيضا، و عن المختلف فى باب تزويج الأمة المرهونه انه ارسل عن النبى صلى الله عليه و آله: ان الراهن و

المرتهن ممنوعان من التصرف (٢).

بيع العين المرهونه

(١) قوله من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا.

فى بيع العين المرهونه اقوال:

الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، اختاره بعض المحققين من المتأخرين.

الصحة مع الوقوف على الإجازة، أو سقوط حقه، باسقاطه، أو بالفك، ذهب إليه الشيخ، و ابن حمزه، و جمهور المتأخرين عدا شاذ

منهم.

البطلان، و هو الظاهر من عبار جماعه من القدماء و غيرهم، و صرح به صاحب المقاييس قدس سره.

و الكلام يقع فى مقامين:

الأول: فى انه هل يصح بيع الراهن مستقلا ام لا.

الثانى: فى انه على فرض عدم الصحة كذلك هل يبطل رأسا ام يمكن تصحيحه بالإجازة أو سقوط حق المرتهن بالإسقاط أو الفك.

اما المقام الأول: فقد استدل لعدم الصحة:

بالإجماع على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون.

(٢) و بالمرسل عن النبي صلى الله عليه وآله الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف في الرهن «١» المنجبر ضعفه بالعمل.

و بقاعدة السلطنة «٢». إذا لبيع ينافى سلطنة المرتهن على حقه.

(١) المستدرک- باب ١٧- من ابواب كتاب الرهن حديث ٦.

(٢) البحار ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث- و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٠

و انما الكلام في ان بيع الراهن هل يقع باطلا من اصله؟ أو يقع موقوفا على الاجازة؟ أو سقوط حقه باسقاطه أو بالفك، فظاهر عبائر جماعة من القدماء و غيرهم الأول، الا ان صريح الشيخ في النهاية، و ابن حمزة في الوسيلة، و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم: هو كونه موقوفا، و هو الاقوى للعمومات السليمة عن المخصص (١) لان معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت في محله

و في الجميع نظر.

اما الأول: فلأن هذا الإجماع ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام، بل منشؤه منافاة البيع لحق المرتهن.

و بعبارة اخرى: معقد الإجماع هو عدم استقلال المالك في التصرفات المنافية لحق المرتهن، و من صرح بالبيع فانما هو من جهة انه رأى منافاته لحق المرتهن، و عليه فحيث ان البيع ليس منافيا لحقيقته الرهن و لحق المرتهن. إذ لا- يعتبر في العين المرهونة ان تكون ملكا للراهن، و قد اتفقوا على جواز استعارة عين للراهن، فإذا جاز ذلك ابتداء جاز بالاولى بيع العين المرهونة، فتنتقل العين المرهونة الى المشتري، و يكون حق الرهانة باقيا متعلقا بها. نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار.

و أما الثاني: فلأن التصرف فيه لا يعم التصرف الاعتباري كالبيع كما حقق في مبحث الفضولي.

مع انه على فرض الشمول ان النهى عنه متعلق بعنوان جامع بين التصرف الاعتباري و الخارجي، و لا يكون ظاهرا في الإرشاد، بل هو ظاهر في المبغوضية و الحرمة النفسية. و قد مر في اول الجزء الاول عدم دلالة النهى عن المعاملة على الفساد.

و أما الثالث: فلما عرفت آتفا من ان البيع ليس منافيا لسلطنة المرتهن على حقه،

فالأظهر هي الصحة و النفوذ و عدم الوقوف على الاجازة، أو سقوط حق المرتهن.

و أما المقام الثاني: فقد استدل المصنف قدس سره للصحة مع الاجازة بوجوه:

(١) الاول العمومات السليمة عن المخصص، فان معقد الاجماع و الاخبار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥١

من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا، و على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأسا، فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه. هذا كله مضافا على ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة، معللا بأنه لم يعص الله. و إنما عصي سيده (١) إذ المستفاد منه ان كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمي يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع، و حصول الرضا، و ليس ذلك كمعصية الله اصالة في ايقاع العقد التي لا يمكن ان يلحقها رضى الله تعالى.

الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال.

و اورد عليه المحقق الايرواني: بان بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع،

و المتيقن و ان كان خروج ما قبل الإجازة من المرتهن الا انه لا مجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم ازماني فيها، بل عمومها افرادى فقط بازاء كل عقد ايجاب واحد للوفاء لا ايجابات متعددة، حتى إذا خرج الفرد فى زمان صح التمسك بها فى زمان آخر. و فيه: ان خروج فرد فى زمان ان كان لأجل مانع و كان ذلك المانع مقرونا بالعقد و من حين تحققه فارتفع ذلك المانع لا مانع من شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع،

و الكبرى التى اشار إليها لو تمت انما هى فيما إذا كان خروج الفرد فى الأثناء كما حقق فى محله. فالانصاف انه بناء على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للارتفاع باذن من له الحق كما هو الحق، و لذا يجوز بيع الرهن باذن المرتهن إذا اجاز المرتهن و ارتفع المانع عن تأثير العقد و صحته. صح بمقتضى العمومات.

(١) الثانى: ان المستفاد من تعليق صحة نكاح العبد بالاجازة بانه لم يعص الله و انما عصى سيده «١». ان كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا. و اورد عليه: بان الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للارتفاع باذن من له الحق، و بعضها

(١) الوسائل - باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٥٢

هذا كله مضافا الى فحوى ادلة صحة الفضولى (١) لكن الظاهر من التذكرة، ان كل من ابطل عقد الفضولى ابطل العقد هنا. و فيه نظر لأن من استند فى البطلان فى الفضولى الى مثل قوله صلى الله عليه و آله: لا- بيع الا- فى ملكك. لا- يلزمه البطلان هنا، بل الاظهر ما سيجىء عن ايضاح النافع من ان الظاهر وقوف هذا العقد. و ان قلنا ببطلان الفضولى، و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان،

متمسكا بظاهر الاجماع و الاخبار (٢) المحكية على المنع و النهى،

لا يقبل ذلك كحق الاستيلاء و الوقف و نحوهما.

و كون الرهن من قبيل الأول غير ثابت، و مع عدم احرازه لا سبيل الى الاستدلال بعموم العلة.

و فيه: ان المستفاد من ما دل على كفاية اذن المرتهن و ان به يجوز البيع كونه من قبيل الأول.

(١) الثالث: فحوى ادلة «١» صحة الفضولى.

اورد عليه المحقق الايروانى قدس سره: بان من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق ام الولد موجبا لفساد البيع، فلا اولوية، بل و لا المساواة.

و فيه: انه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق ام الولد و كونه من الحقوق القابلة للارتفاع، و عليه فالاولوية واضحة، فان فى بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة و اللزوم: احدهما: فقدان رضا المالك. و ثانيتهما: عدم استناد البيع الى المالك. و فى المقام ينحصر المنع بالجهة الأولى فلا محالة يكون اولى.

و قد استدل صاحب المقاييس قدس سره لما ذهب إليه من البطلان بما يرجع محصله الى وجوه:

(٢) منها: ان المستفاد من ظاهر الاجماع و الاخبار المحكية تعلق النهى بالمعاملة لأمر داخل راجع الى احد العوضين لاستحقاق المرتهن اياه لا لأمر خارج كما فى البيع وقت النداء، و النهى فى المعاملات إذا كان كذلك يقتضى الفساد.

(١) راجع مبحث الفضولي من هذا الكتاب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٣

قال: و هو موجب للبطلان و ان كان لحق الغير إذ العبرة بتعلق النهى بالعقد، لا لأمر خارج منه و هو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع استوائهما في كون سبب النهى حق الغير، ثم اورد على نفسه بقوله:

فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي (١) و عقد المرتهن مع ان كثيرا من الاصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن في المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته فالفرق تحكم.

قلنا ان التصرف المنهى عنه ان كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الاجازة المتعقبه و ان كان عقدا أو ايقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا- على وجه النيابة عن المالك. فالظاهر انه كذلك، كما سبق في الفضولي، و الا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهى فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرما، و قد لا يكون كذلك.

و كذا الصادر عن المرتهن ان وقع بطريق الاستقلال المستند الى البناء على ظلم الراهن و غضب حقه، أو الى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيا عنه، و ان كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد اجراء الصيغه فلا يزيد عن عقد الفضولي،

فلا يتعلق به نهى اصلا (٢)

(١) ثم اورد على نفسه: بانه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولي

(٢) و اجاب عنه: بان الفضولي ان باع على وجه الاستقلال بطل لذلك، و ان باع على وجه النيابة عن المالك- حيث انه لا يعد تصرفا عرفا- فلا يكون منهيا عنه، فلا يكون باطلا، و لا يعقل في المقام النيابة و البيع الاستقلالي تصرف عرفا.

وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم دلالة الأدلة المشار إليها على حرمة البيع.

و ثانياً: ان النهى عن المعاملة لا يدل على الفساد.

و ثالثاً: ان ما ذكره من القسمين يتصور في بيع الراهن، فانه يمكن ان يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى الاستقلال.

و رابعاً: انه قد عرفت صحة بيع الفضولي و ان كان على وجه الاستقلال لو تعقبه الإجازة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٤

و أما المالك فلما حجر على ماله برهنه، و كان عقده لا يقع الا مستندا الى ملكه و انحصار المالكية فيه، و لا معنى لقصده النيابة فهو منهى عنه، لكونه تصرفا مطلقا و منافيا للحجر الثابت عليه، فيخصص العمومات بما ذكر، و مجرد الملك لا يقضى بالصحة، إذ الظاهر بمقتضى التأمل ان الملك المسوخ للبيع هو ملك الاصل مع ملك التصرف فيه، و لذا لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصا للمنع عن التصرف، ثم قال و بالجملة فالذى يظهر بالتتابع في الأدلة ان العقود ما لم تنته الى المالك، فيمكن وقوعها على اجازته.

و أما إذا انتهت الى اذن المالك أو اجازته أو صدرت منه و كان تصرفه على وجه الاصاله فلا تقع على وجهين، بل تكون فاسده أو صحيحة لازمة إذا كان وضع العقد على اللزوم. (١) و أما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله: لم يعص الله و انما

عصى سيده الخ. فهو جار فيمن لم يكن مالكا، كما ان العبد لا يملك امر نفسه. و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بتصرفه (٢) و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا. و انما منع الله من تفويت حقه بالتصرف،

و ما ذكرناه جار في كل مالك متمول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفلس و غيره، فيحكم بفساد الجميع

(١) و منها: ان البيع ان صدر عن غير المالك، و وقوعه موقوفا على الاجازة،

فان له بقاء، و بالإجازة يستند الى المالك فتشمله العمومات. و ان صدر عن المالك فلا مورد لتوقفه على اجازة شخص آخر، فاما ان يصح، أو يبطل و لا ثالث. و حيث انه لا يمكن الالتزام بالصحة لكونه منافيا لحق الرهانة، فلا بد من البناء على البطلان. و فيه: انه حيث يكون للعقد بقاء، فإذا صدر عن المالك و لم يؤثر لاقتراانه بالمانع، فان ارتفع المانع يؤثر اثره.

(٢) و منها: ان التعليل الوارد في نكاح العبد بغير اذن سيده من قوله عليه السلام: انه لم يعص الله و انما عصى سيده. «١» يدل على الفساد في المقام، فانه يدل على ان عصيان الله عالى موجب للفساد، و عصيان غيره لا يوجب البطلان لإمكان ارتفاعه كما في نكاح

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٥

و ربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة (١) فالقول بالبطلان هنا كما اختاره اساطين الفقهاء هو الاقوى، انتهى كلامه رفع مقامه. و يرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال، و بيعه على وجه النيابة، و منع اقتضاء مطلق النهي لا لأمر خارج للفساد: اولاً: أن نظير ذلك يتصور في بيع الراهن، فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن،

العبد و بيع غير المالك، و في المقام من جهة كونه محجورا عليه يكون عاصيا لله تعالى بتصرفه، و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و انما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، فيكون بيعه فاسدا. و فيه: ان المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفي، و الا عصيان السيد عاصيا لله تعالى لأنه امر باطاعته و نهى عن مخالفته، بل المراد به العصيان الوضعي،

فيكون مفاد التعليل انه كلما كان عدم الصحة لرعاية حق الغير القابل للإسقاط يمكن تصحيح المعاملة باسقاطه. و في المقام حيث ان عدم الصحة انما يكون لرعاية حق المرتهن فيمكن تصحيحه باجازته أو سقوط حقه، فالأظهر هي الصحة في هذا المقام ايضا.

(١) قوله ربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة.

لا يخفى ان صاحب المقاييس قدس سره، لما حكم ببطلان بيع المالك المحجور.

توجه الى اشكال، و هو ان لازم ذلك بطلان بيع السفية مع انهم حكموا بصحته لو اجازته الولي.

و اجاب عن ذلك بانه يتجه الصحة فيه من جهة ان المنع عن بيعه ليس رعاية لحق الغير بل رعاية لمصلحة نفسه.

و بهذا يظهران عبارة الكتاب غلط، و الصحيح هكذا- و ربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة نفسه كالسفة.

و أما قول فالقول بالبطلان هنا، فهو راجع الى ما قبل ربما.

و فيه: انه لو كان منشأ البطلان الوجه الثاني الذي نقلناه عنه، و هو ان بيع المالك لا يتصور فيه الوقوف على الاجازة، بل اما ان يقع

باطلا أو صحيحا، اتجه البناء على البطلان في المقام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٦

و لا ينوى الاستقلال. و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا، و لا حرمة في شيء من ذلك.

و ثانيا: ان المتيقن من الاجماع و الاخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن، على ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع و الاخبار،

اعنى قولهم الراهن و المرتهن ممنوعان.

و معلوم ان المنع فى المرتهن انما هو على وجه لا ينافى وقوعه موقوفا.

و حاصله يرجع الى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعة صاحبه فى ذلك، و اثبات المنع ازيد من ذلك يحتاج الى دليل، و مع عدمه يرجع الى العمومات. و أما ما ذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق بينهما، فلم أتحقق الفرق بينهما بل الظاهر كون النهى فى كل منهما لحق الغير، فإن منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت فى كل ما كان النهى عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولى و نكاح العبد، و بيع الراهن. و أما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد. ففيه ان الحكم فيهما تعبد و لذا لا يؤثر الاذن السابق فى صحة البيع، فقياس الرهن عليه فى غير محله.

و بالجملة فالمستفاد من طريقة الاصحاب، بل الاخبار: ان المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذى يكفى اذنه السابق لا يقتضى الابطال رأسا، بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الاثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذى الحق، و يندرج فى ذلك الفضولى و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت اخت زوجته أو اخيها و للأمة على الحره و غير ذلك. فإن النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد، بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود من العقد عرفا، و هو صيرورته سببا مستقلا لآثاره، من دون مدخليه رضاء غير المتعاقدين.

و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع (١) هنا بناء على ما سيجىء من ان ظاهرهم كون الاجازة هنا كاشفة، حيث انه يلزم منه كون مال غير الراهن و هو المشتري رهنا للبائع.

و هاهنا اشكالان آخران على القول بالصحة موقوفا على الإجازة توهم اختصاصهما بالمقام دون سائر اقسام الفضولى:

احدهما: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله.

(١) و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٥٧

و بعبارة اخرى الرهن و البيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما فى زمان واحد اعنى ما قبل الاجازة. و هذا نظير ما تقدم فى مسألة من باع شيئا، ثم ملكه (١) من انه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين فى الواقع، و يدفعه ان القائل يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن فى الواقع، و الا- لجرى ذلك فى عقد الفضولى ايضا، لأن فرض كون المميز ملكا للمبيع نافذ الاجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة. و أما ما يلزم فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه، فلا يلزم فى مسألة اجازة المرتهن. نعم يلزم فى مسألة افتكاك الرهن و سيجىء التنبيه عليه انشاء الله تعالى.

و حاصله: انه بناء على الكشف يلزم ان يكون مال غير الراهن و ثيقه للدين من غير رضا صاحبه، إذ الاجازة تكشف عن ملك المشتري للعين المرهونة من حين البيع فلا بد اما من البناء على بطلان البيع أو بطلان الرهانة.

وفيه: ان القائل بالكشف يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع و لا- يلزم محذور، مع ان هذا الايراد مشترك الورود، فانه فى المقام ان لزم اجتماع ملك الغير مع الرهن لزم اجتماع مالكين على شىء واحد فى سائر اقسام الفضولى.

ثانيهما: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

(١) و هذا نظير ما تقدم فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه.

و حاصله: ان المقام يدخل فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه، غاية الفرق انه فى تلك المسألة يصير البائع الفضولى مالكا للمبيع، و فى

المقام يصير مالكا للبيع.

و فيه: انه على الكشف نلتزم بكشف الإجازة عن حصول الملكية من حين العقد.

بيان فائدة اجازة المرتهن

و تمام الكلام فى المقام يقتضى البحث فى جهات:

الأولى: قد يقال: ان اجازة المرتهن لا شأن لها فى المقام الامن جهه دلالته على سقوط حق المرتهن، إذ الإجازة فى عقد الفضولى انما تؤثر فى استناد العقد الى المالك،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٥٨

ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفه و ناقله، هو الكلام فى مسألة الفضولى (١).

هلصحمو ان مقتضى القاعدة النقل، الا ان الظاهر من بعض الاخبار هو الكشف و القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى (٢) لأن إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى و هى هنا من قبيل رفع المانع

و بها يصير مخاطبا ب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و المرتهن لا يمكن توجه هذا الخطاب إليه فلا اثر لإجازته.

و لكنه يمكن دفعه: بان المرتهن و ان لم يكن مالكا للعين الا ان له حقا متعلقا بها،

فه سلطنة عليها من جهه كونها موضوعه حقه، و عليه فه اعمال هذه السلطنة فى موضوع حقه بان يجيز العقد و يمضيه و ان يرد العقد و يحله، و عدم توجه خطاب أَوْفُوا إِلَيْهِ لا يصلح مانعا عن كون اجازته مؤثرة فى العقد و موجبة لتمامية اركانه و مشمولاً لأدلة الصحة و النفوذ.

هذا بناء على القول بالصحة موقوفا على الإجازة، و أما على المختار من الصحة بدونها فاجازته لا شأن لها.

(١) الجهة الثانية: فى ان اجازة المرتهن كاشفه أو ناقله فعلى المختار من صحة عقد الرهن و عدم منافاة البيع لحق الرهانة لا يبقى مجال لهذا النزاع، و لا يترتب على اجازته شىء سوى انها بالملازمة تكشف عن اسقاط حقه، و لا معنى لكشف الإجازة عن الأسقاط من حين العقد.

و أما بناء على توقف الصحة على الإجازة، فعلى القول بالكشف على القاعدة نلتزم به فى المقام بعين ذلك المناط لا بالأولوية إذ كما يقال فى اجازة المالك انها امضاء للعقد من حين حصوله و تكون رضا بمضمونه و هو النقل من حينه.

كذلك يقال فى اجازة المرتهن، فانه من جهه تعلق حقه بالعين و ثبوت هذه السلطنة له له الرضا بالعقد و امضائه من حين حدوثه.

و أما ان التزمنا فى الفضولى بالكشف على خلاف القاعدة فلا يمكن البناء على الكشف فى المقام، إذ لا وجه للتعدى.

(٢) سوى ما ذكره المصنف قدس سره من الاولوية،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٥٩

و من اجل ذلك جوزوا عتق الرهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن (١) مع ان الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب، كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الرهن عن جناية الجانى على العبد المرهون، منافع لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق، مع ان العلامة قدس سره فى تلك المسألة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن، هذا إذا رضى المرتهن بالبيع و اجازته. اما إذا اسقط حق الرهن، ففى كون الاسقاط كاشفا أو ناقلا كلام يأتى فى افتتاحك الرهن أو ابراء الدين. ثم انه لا إشكال فى انه لا ينفع الرد بعد الاجازة و هو واضح،

و هل ينفع الاجازة بعد الرد (٢) وجهان، من ان الرد فى معنى عدم رفع اليد عن حقه فه اسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع

الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى احد المتعاقدين.

بتقريب: ان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى، و هى هنا من قبيل رفع المانع، فإذا كانت اجازة المالك كاشفة كانت اجازة المرتهن اولى بذلك.

و هو غير تام لما ذكرناه مرارا من ان باب العقود غير باب الأسباب الحقيقية و التأثير و التأثر، و انه لا يصح تطبيق اجزاء العلة من المقتضى و الشرط و عدم المانع على اجزاء العقد و تسميتها باسمائها، فكما ان اجازة المالك دخيلة فى الصحة من جهة كونه مالكا للمبيع، كذلك اجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلقا لحقه.

مع انه لو سلم كون اجازة المالك جزء المقتضى و اجازة المرتهن من قبيل رفع المانع، لا وجه لأسراء الحكم الثابت للمقتضى لعدم المانع، لأن مناطات الأحكام غير معلومة، فلعل المناط مختص به.

(١) و أما ما ذكره المصنف قدس سره مؤيدا لما ذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع ان الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة.

فيرد عليه: ان عدم وقوع الايقاعات مراعاة انما قلنا به للإجماع، و حيث انه ليس فى ايقاع المالك فلا وجه للبناء على عدم الوقوع، فهذا ليس تأييدا لما ذكره.

(٢) الجهة الثالثة: فى انه هل تنفع الإجازة بعد الرد ام لا؟ الظاهر بناء على عدم توقف الصحة على الإجازة- حيث انه لا معنى لرده سوى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٦٠

و قد تقرر ان رد احد التعاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر بخلافه هنا، فإن المرتهن اجنبى له حق فى العين و من ان الايجاب المؤثر انما يتحقق برضا المالك و المرتهن فرضاء كل منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر فكما ان رد المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم. كذلك رد المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم ثم ان الظاهر ان فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة (١) لسقوط حق المرتهن بذلك كما صرح به فى التذكرة.

و حكى عن فخر الإسلام و الشهيد فى الحواشى و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيتين و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد بل مطلق السقوط بالحاصل بالاسقاط أو البراء أو بغيرهما نظرا الى ان الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلك لا يؤثر فى تصحيحه و الفرق بين الاجازة و الفك ان مقتضى ثبوت الحق له هو صحة امضائه للبيع الواقع فى زمان حقه، و ان لزم من الاجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم البيع.

عدم اسقاط حقه- فله الإجازة بعد ذلك و اسقاط حقه. و أما بناء على توقفها على الإجازة فان قلنا بان الرد يكون حلا للعقد لم تنفع الإجازة و الا- كفت فى المقام، و ان لم تكف فى الفضولى، فان مدرك عدم كفايتها حينئذ الإجماع، و حيث انه ليس فى المقام اجماع،

فالأظهر كفايتها.

و أما ما ذكره المحقق النائينى قدس سره من: ان الرد انما يؤثر فى المقام فى مورد فعلية حق المرتهن، و هو ما إذا حل اجل الدين، و أما لو لم يحل فلا يؤثر، فله الإجازة بعد ذلك.

فيرد عليه: ان حق الرهانة انما يكون ثابتا من الأول و لا ربط له بحلول الدين، و هو موجب لتأثير رده.

(١) الجهة الرابعة: إذا عقد الراهن على المرهون ثم سقط حق المرتهن اما بالإسقاط، أو بإبراء الدين، أو بإدائه. فعلى القول بان حق المرتهن متعلق بالعين لا بالعقد ولا ينافى مع البيع، فمن حيث الصحة لا كلام، ولكن بما انه قد عرفت انه لو كان المشتري منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦١

و بالجمله فالاجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير اجازة المالك بخلاف الأسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه فهو اشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما، ثم تملكهما (١) وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة مضافا الى استحباب عدم اللزوم الحاكم على عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على ان هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص و ليس ذلك محل التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زمانى حتى يقال ان المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلا في العام، و يؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الاجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح. هذا و لكن الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة ان عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس الا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك لعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى. و انما هو من جهة المانع فإذا زال اثر المقتضى (٢) و مرجع ما ذكرنا الى ان ادلة سببية البيع المستفاد من نحو: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الناس مسلطون على اموالهم و نحو ذلك عامة

جاهلا ثبت له الخيار لو سقط حق الرهانة قبل اعمال خياره.

يقع الكلام في انه هل يسقط خياره ام لا- و سيأتى الكلام في ذلك في خيار العيب في مسألة ما لو زال العيب قبل اعمال الخيار و أما على القول بالمنافاة و انه لا يصح العقد بدون اجازة المرتهن، فهل يصح البيع لسقوط حقه ام لا؟ وجهان. قد استدلل للبطلان و عدم الصحة بوجوه:

(١) الأول: ان المرتهن كان شريكا في سلطان الراهن و لم يكن الراهن مالكا للبيع مستقلا، فإذا سقط حقه و صار الراهن مالكا للبيع يدخل في مسألة من باع شيئا ثم ملكه فعلى القول بالبطلان في تلك المسألة يتعين البناء على البطلان في المقام. (٢) و اجاب عن ذلك المصنف قدس سره و تبعه المحقق النائيني قدس سره بما حاصله: انه في منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦٢

و خروج زمان الرهن يعلم انه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى هو اسبق فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه (١) فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استحباب حكم الخاص، فافهم.

و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاة بين كونه عبدا و كونه زوجا

مسألة من باع شيئا ثم ملكه يكون البيع صادرا من غير المالك، فلا مقتضى للصحة، و بعد صيرورته مالكا لم يصدر عنه عقد فيحكم بالفساد. و أما في المقام فليس عدم الأثر لقصور في المقتضى و انما هو من جهة المانع، فإذا زال اثر المقتضى.

وفيه: ما تقدم من ان تطبيق اجزاء العلة من المقتضى و الشرط و عدم المانع على اجزاء العقد و ما يعتبر فيه لا مورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات و الآثار، فلا يصح ان يقال الملكية مقتضية، و حق الرهانة مانع، بل كل ما اخذ في العقد يكون اعتباره على حد

سواء، كيف و قد صرح هو قده فيما سبق بان الملكية شرط.

فالحق تمامية هذا الوجه، فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئاً ثم ملكه.

الثاني: ان العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولاً لأدلة الصحة و اللزوم،

و بعده يشك في بقاء حكم الخاص فيجري الاستصحاب، و لا مورد للتمسك بعموم العام لعدم عموم زمانى له.

(١) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بانه من جهة العلم بمناط المستصحب و ان الخارج انما يكون من جهة حق الرهانة، فبعد سقوطه

لا وجه لإجراء الاستصحاب، و يكون المقام من باب وجوب العمل بالعام.

وفيه: انه قده صرح في الأصول بان العام المخصص في زمان إذا لم يكن له عموم ازماني لا يتمسك به بعد مضي الزمان المتيقن و ان

لم يجر الاستصحاب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦٣

و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثم انعتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف هذا، و لكن مقتضى ما

ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الأسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلاً و مؤثراً من حينه لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين

وقوعه (١) خصوصاً بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا من ان مقتضى مفهوم الاجازة امضاء العقد

من حينه. فإن هذا غير متحقق في افتكاك الرهن فهو نظير بيع الفضولى، ثم تملكه للمبيع حيث انه لا يسع القائل بصحته الا التزام تأثير

العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا- من حين العقد و الا لزم في المقام كون ملك الغير رهناً لغير مالكة كما يلزم في

تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الاجازة للتأثير من حين العقد هذا، و لكن ظاهر كل من قال بلزوم

العقد هو القول بالكشف. و قد تقدم عن القواعد في مسألة عفو الراهن عن الجاني على المرهون ان الفك يكشف

فالحق في الجواب ان يقال: ان المقام حيث يكون التخصيص من الأول، تعين الرجوع في غير مورد التخصيص الى عموم العام و ان لم

يكن له عموم زمانى.

الثالث: ان ظاهر بعض النصوص «١» ان نكاح العبد لا يصح بدون اذن سيده و ان اعتق، و يكون المقام نظير ذلك.

وفيه: ان عدم نفوذ تصرف العبد ليس لأجل كونه تصرفاً في مملوك المولى خاصة بل المتصرف ايضاً مملوك، و لذا لو كان

موضوع التصرف غير مال المولى توقف على اجازته ايضاً.

فالصحيح الاستدلال له بالوجه الأول.

(١) الجهة الخامسة: في ان سقوط حق الرهانة هل يجرى فيه نزاع الكشف و النقل ام لا.

الظاهر انه لا بد من البناء على النقل في المقام، و ان قلنا بالكشف في الاجازة فان الاجازة امضاء و انفاذ للعقد الذى هو النقل من حينه.

و أما سقوط الحق فهو رفع للمانع، فالعقد من حين السقوط يكون مشمولاً لدليل الصحة، فلا وجه للقول بحصول الملكية من الأول.

(١) الوسائل - باب ٢٦- من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦٤

عن صحته و يدل على الكشف ايضاً ما استدلوا به على الكشف في الفضولى من ان العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره في الروضة و

جامع المقاصد. ثم ان لازم الكشف كما عرفت في مسألة الفضولى لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشترى الاصيل

فلا يجوز له فسخه بل و لا إبطاله بالاذن للمرتهن في البيع.

نعم يمكن ان يقال بوجوب فكه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى الا بذلك (١) فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع

و يمكن ان يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه. و أما رفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه ان يشتريه من مالكة و يدفعه إليه بناء على لزوم العقد بذلك (٢) و كيف كان فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك، و ان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقي المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع و جهان و مع انحصار المال في المبيع فلا اشكال في تقديم حق المرتهن

و ما افاده المحقق النائيني قدس سره في وجه امكان البناء على الكشف على القول بالكشف في الإجازة من ان السقوط يكشف عن كون العقد سببا تاما فيؤثر من الأول.

غير سديد، فان هذا المعنى من الكشف لا دليل عليه، و انما التزمنا بالكشف في الإجازة لما اشرنا إليه غير الشامل للمقام. (١) الجهة السادسة: بناء على توقف صحة عقد الراهن على الإجازة أو سقوط حق الرهانة لو وجد العقد الراهن هل يجب عليه فكه الرهن من مال آخر- إذ لا يتم لوفاء بالعقد الثاني الا بذلك.

ام لا يجب، فانه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه و أما رفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب؟ و جهان. (٢) اختار المصنف قدس سره الثاني: و قاس المقام بمن باع شيئا ليس له، فانه لم يلزم احد بوجود شرائه من مالكة و دفعه الى المشتري.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦٥

...

و لكن الأظهر لزوم الفك، و ذلك لأنه يجب عليه اداء الدين، و هو انما يكون ببيع العين المرهونة و اداء الدين منها أو ادائه من مال آخر و فك الرهن بذلك، فحيث انه باعها و يجب عليه الوفاء به فليس له بيعها بشخص آخر، فيتعين الأداء من مال آخر و فاء بالعقد. و بهذا يظهر الفرق بين المقام و بيع الفضولي، نعم لو باع الراهن قبل حلول اجل الدين لا يجب عليه الفك قبله لما ذكره ره. فالأظهر هو التفصيل، فتدبر حتى لا تبادر بالأشكال.

تم الجزء الرابع من كتابنا منهاج الفقاهة و يتلوه في الطبع الجزء الخامس انشاء الله تعالى و الحمد لله اولاً و آخراً.

الجزء الخامس

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين و الهداية الى الحق و افضل صلواته و اكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة و على آله العلماء بالله الأمانة على حاله و حرامه، سيما بقيه الله في الارضين ارواح من سواه فداه. و بعد،

فهذا هو الجزء الخامس من كتابنا منهاج الفقاهة و قد وفقنا الى طبعه و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقيه المجلدات فانه ولي التوفيق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥

[تتمة كتاب البيع]

[تتمة القول في شرائط العوضين]

مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم، (١)

إشارة

فإن الظاهر الاجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد و في التذكرة انه اجماع. و في المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء و لا الطير في الهواء. و عن الغنية انه انما اعتبرنا في المعقود عليه ان يكون مقدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء و الطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف

اعتبار القدر على التسليم.

(١) قوله الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم و قبل الشروع في اقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغي تقديم امور:

الأول: ان ذكر هذا الشرط في شروط العوضين، مع ان القدرة قائمة بالمتعاقدين،

و هذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله من جهة ان عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور في العين كالطير الطائر و العبد الآبق و نحوهما، بل ربما يقال انه إذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحية قصور العاقد - كما لو تعاوضا على عين معينة و هما في السجن و لا يرجى اطلاقهما منه - لا يكون ذلك مانعا عن صحة البيع.

و أما ما افاده المحقق النائيني (قدس سره) في وجه ذلك من ان القدرة مناط مالية المال، فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء فيرد عليه: ما ستعرف من ان العجز لا يوجب سلب المالية.

الثاني: ان محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقق العقد، فلو كان حين حدوثه قادرا على التسليم و طرأ العجز يدخل ذلك في طرو العيب الموجب لثبوت الخيار.

و بهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع، و تعذره الموجب للخيار.

و لعل هناك فرقا آخر، و هو انه إذا كان البائع غير قادر و لكن كان المشتري

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦

و استدل في التذكرة على ذلك بأنه نهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر (١) و هذا غرر و النهي هنا يوجب الفساد اجماعا على الظاهر المصرح به في موضع من الايضاح و اشتهاار الخبر بين الخاصة و العامة يجبر ارساله اما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير

قادرا على التسلم، يثبت الخيار.

و ان كان هو ايضا غير قادر بطل العقد. و سيأتي الكلام في ذلك فانتظر.

و من هنا ظهر الأمر الثالث، و هو ان محل الكلام عجز البائع و المشتري عن ذلك،

و أما إذا كان المشتري قادرا على التسلم فهو خارج عن المقام. و سيأتي حكمه.

إذا عرفت هذه الأمور.

فاعلم: انه قد تكرر من الفقهاء دعوى الإجماع على اعتبار هذا الشرط، بل يظهر من الانتصار ان عليه اجماع العامة و لم يذكر الخلاف عن احد سوى الفاضل القطيفي.
و قد استدلل لاعتباره بوجوه.

(١) الأول: النبوي المشهور بين الفريقين - بل قيل انه اجمع عليه المخالف و المؤلف:-

نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر «١».

و تنقيح القول في هذا الحديث الشريف يقتضى البحث في جهات:

الأولى: في سنده. و الظاهر انه من افضية النبي صلى الله عليه و آله المروية من طرق اهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة، و هي بعينها مروية من طرقنا برواية عقبه متفرقة على حسب تفرق الابواب.

و على اى تقدير مع اعتماد الأصحاب عليه و تلقيهم اياه بالقبول و افتائهم مستندا إليه لا يبقى مجال الاشكال في سنده.

الجهة الثانية: في معنى الغرر و تطبيقه على بيع ما لا يقدر على تسليمه. و قد ذكروا

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣- و المستدرک باب ٣١ من ابواب آداب التجارة حديث ١-

الدعائم ج ٢- ص ١٩ سنن بيهقى ج ٥ ص ٣٣٨- و سنن الترمذی ج ٣ ص ٥٣٢- و اخرجه مسلم في صحيحه ج ٥ ص ٣

- و ابو داود في كتاب البيوع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧

من الفقهاء و اهل اللغة حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثر اهل اللغة صادق عليه و المروى عن امير المؤمنين عليه السلام انه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر.

و في الصحاح الغرة الغفلة و الغار الغافل و اغره اى اتاه على غرة منه و اغتر بالشىء اى خدع به و الغرر الخطر و نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر و هو مثل بيع السمك في الماء و الطير في الهواء إلى ان قال: و التغرير حمل النفس على الغرر، انتهى.

و عن القاموس: ما ملخصه غره غرا و غرورا و غرة بالكسر فهو مغرور و غرير كامير خدعه و أطمعه في الباطل إلى ان قال غرر بنفسه تغريرا أو تغره أى عرضها للهلكة و الاسم الغرر محركة إلى ان قال: و الغار الغافل، و اغتر غفل و الاسم الغرة بالكسر، انتهى.

و عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة انه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغر المشتري و باطن مجهول، و قال الازهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة و يدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول و قد تكرر في الحديث و

منه حديث مطرف ان لى نفسا واحدة و انى لأكره ان اغربها اى احملها على غير ثقة و به سمى الشيطان غرورا لأنه يحمل الانسان على محابه و وراء ذلك ما يسوؤه، انتهى.

في تفسير الغرر امورا: الغفلة، و الخديعة، و الخطر، و عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، و ما كان على غير عهدة و ثقة، و ما له ظاهر محبوب و باطن مكروه. و قد افاد بعض المحققين: ان هذه التفاسير ليست كلها بيانا للمعنى الحقيقي، بل بعضها بيان مفهومه، و بعضها الآخر بيان لازمه الدائمي، و بعضها بيان لازمه الغالبى، و بعضها بيان لمورده.

و معناه الحقيقي: ما يساوق الخديعة، و لازمه الدائمي هو الغفلة، و لازمه الغالبى هو الخطر و الوقوع في الضرر، و المنخدع لا يكون على عهدة و ثقة، و مورده ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه.

و الحق ان يقال: ان لمادة الغرر معان ثلاثة لا جامع بينها اصلا على ما يظهر من كتب اللغة.

لأن ما يكون بمعنى الغفلة انما هو المعنى المشتقى اللازم و هو غر يغر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨

وقد حكى ايضا عن الاساس و المصباح و المغرب و الجمل و المجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلا له فى الثلاثة الاخيرة ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء. و فى التذكرة ان اهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين و مراده من التفسير التوضيح بالمثل و ليس فى المحكى عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل.

و بالجمله فالكل متفقون على اخذ الجهالة فى معنى الغرر سواء تعلق الجهل بأصل وجوده ام بحصوله فى يد من انتقل إليه ام بصفاته كما أو كيفا. و ربما يقال ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله فى بيع كل غائب خصوصا إذا كان فى بحر و نحوه، بل هو اوضح شىء فى بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و الحاصل ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة فى مبيع مجهول الحال بالنسبة إلى التسلم و عدمه خصوصا بعد جبره بالخيار لو تعذر و فيه ان الخطر من حيث حصول المبيع فى يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا- وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثلين المذكورين و احتمال إرادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله فى يده يدفعه ملاحظة اشتهاى التمثيل بهما فى كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات هذا مضافا إلى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوى

بكسر الغين، و مصدره الغرة بالكسر، و اسم فاعله الغار بمعنى الغافل، و لا يكون له اسم مفعول لكونه لازما.

و ما يكون بمعنى الخدعة انما يكون متعديا و هو غر يغرم الغين و اسم مفعوله المغرور، و غرير صفة مشبهة، و اسم مفعول هذا الباب يلازم مع اسم فاعل ذلك الباب،

فالمغرور، يلازم مع كونه غافلا، و مصدره غرور، و المستعمل فى القرآن الكريم انما هو المعنى الثانى، و لا جامع بين البابين.

و أما لفظ الغرر فلم يستعمل فى شىء منهما، و انما هو بمعنى الخطر، و لا يكون معناه حديثا اشتقاقيا، بل هو جامد كما صرح بذلك فى الأساس و المصباح و المغرب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩

المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر من الانتصار حيث قال: فيما حكى عنه و مما انفردت به الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمة و لا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري و خالف باقى الفقهاء فى ذلك و ذهبوا إلى انه لا يجوز بيع الآبق على كل حال إلى ان قال: و يعول مخالفتنا فى منع بيعه على انه بيع غرر و ان نبينا صلى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر إلى ان قال: و هذا ليس بصحيح لأن هذا البيع يخرج عن ان يكون غررا انضمام غيره إليه، انتهى.

و هو صريح فى استدلال جميع العامة بالنبوى على اشتراط القدرة على التسليم. و الظاهر اتفاق اصحابنا ايضا على الاستدلال به كما يظهر للمتبع و سيجىء فى عبارة الشهيد التصريح به، و كيف كان، فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة و لا العرف و لا كلمات اهل الشرع و ما ابعد ما بينه و بين ما عن قواعد الشهيد رحمه الله

و الجمل و المجمع و القاموس، و قد فهم العلماء قدس الله اسرارهم منه ذلك، و لذا افاد المحقق المشار إليه انه انما يحمل الغرر فى الخبر على الخطر لفهم العامة و الخاصة لاتفاقهم ظاهرا على ذلك كما يتضح بالمراجعة الى استدلال الفريقين فى ابواب المعاملات. و بالجمله: الغرر بحسب تصريح اللغويين و فهم اهل العرف و العلماء انما هو بمعنى الخطر.

فان قبل انه إذا كان جامدا فكيف يقال: غرر يغرر تغريرا.

اجبنا عنه: بان بعض الجوامد بواسطة بعض ابواب المزيد فيها يصير مشتقا كالماء المشمس و التحجير و غيرهما. و المقام من هذا القبيل، فمعنى غرر بنفسه اوقعه فى الخطر.

و ما عن القاموس من تفسير غرر بنفسه عرضها للهلاكه، انما هو من جهة ان خطر النفس هو الهلاكه، و ما فيه من ان الاسم الغرر مراده منه ان اللفظ الاصلى هو معنى اسمى غير قابل الاشتقاق و هو الغرر، و ما عن الامام على (عليه السلام) من تفسير منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٠

حيث قال: الغرر ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه قاله بعضهم و منه قوله تعالى:

(متاع الغرور) و شرعا هو جهل الحصول (١) و مجهول الصفة فليس غررا و بينهما عموم و خصوص من وجه لوجود الغرر بدون الجهل فى العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وصف الآن و وجود الجهل بدون الغرر فى المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر.

و قد يتوغل فى الجهالة كحجر لا يدري اذهب ام فضة ام نحاس ام صخر و يوجدان معا فى العبد الآبق المجهول الصفة و يتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود و تارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود و بالجنس كحب لا يدري ما هو و سلعة من سلع مختلفة و بالنوع كعبد من عبيد و بالقدر ككيل لا يعرف قدره و البيع الى مبلغ السهم و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الاصحاب. و لو اشترط ان يبدو الصلاح لا محالة كان غررا عند الكل كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلًا و الغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر فى العوضين و هو ممتنع اجماعا و قد يكون بما يتسامح به عادة لقلته كأس الجدار و قطن الجبة و هو معفو عنه اجماعا و نحوه اشتراط الحمل و قد يكون مرددا بينهما و هو محل الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة

الغرر بعمل لا- يؤمن معه من الضرر، غير ثابت، و لم يحرز صدوره عنه، و لو سلم الصدور لا بد من تأويله لعدم كون الغرر بمعنى العمل على اى تقدير.

و قد يقال: ان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يكون غرريا بعد كون المبيع معلوما ذاتا و وصفا، و انما يكون الغرر و الخطر من ناحية الآثار الخارجية، اى التسليم و التسلم.

و فيه: ان الملكية المجردة لا يترتب عليها شىء و لا يبذلون العقلاء بازائها شيئا، فالباع عليها غررى، و ما ابعد ما بين هذه الدعوى. و ما ادعاه الشهيد قدس سره.

(١) من اختصاص الغرر بمجهول الحصول، و ان كان هو ايضا لا يخلو عن محذور،

و يؤيد ما ذكرناه تمثيل اهل الفن للغرر ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء، و عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه و آله: لا تشر السمك فى الماء فانه غرر. فلا ينبغى التوقف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١١

و المضاربة و الثمرة قبل بدو الصلاح و الآبق بغير ضميمه، انتهى.

و فى بعض كلامه تأمل ككلامه الآخر فى شرح الارشاد حيث ذكر فى مسألة تعيين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامة تعينها غرر فيكون منهيها عنه. اما الصغرى فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقة فيفسخ البيع.

و أما الكبرى فظاهرة الى ان قال قلنا: انا نمنع الصغرى لأن الغرر احتمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لو تركه و بئح عليه و ما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه،

انتهى.

فإن مقتضاه انه لو اشترى الآبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غررا لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير. وكذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفة. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه فإن ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا فالاولى ان هذا النهى من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية الى التنازع فى المعاملات و ليس منوطا بالنهى من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء أو المتسفهاء

فى صدق الغرر و الخطر على بيع ما لا يقدر على تسليمه.
الجهة الثالثة: فى بيان مفاد النهى.

الظاهر ان النهى عن المعاملة كما عرفت فى اول الجزء الاول من هذا الشرح ظاهر فى كونه ارشادا الى الفساد، فإذا ظاهر ذلك هو فساد البيع الغررى.

الجهة الرابعة: انه قد يقال: بان المانع عن الصحة ان كان هو الغرر فهو يمكن دعوى ارتفاعه بوجوه:
احدها: انه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعوض إليه لا يكون هناك غرر.
وفيه: ان نفوذ الشرط مشروط بكونه فى ضمن العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به.
ثانيها: انه مع تعذر تسليم المبيع له خيار التعذر، فله الفسخ و استرجاع الثمن.
وفيه: ان الخيار انما يثبت فى العقد الصحيح، فكيف يصحح العقد به.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢

ثم انه قد حكى عن الصدوق فى معانى الاخبار تعليلا لفساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة بكونها غررا مع انه لا جهالة فى بعضها كبيع المنابذة بناء على ما فسر به من انه قول احدهما لصاحبه انبذ الى الثوب أو انبذه اليك فقد وجب البيع، و بيع الحصاة بأن يقول: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع، و لعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر و الله العالم.

ثالثها: انه بالفحص اما ان يحصل فى يده، أو يصير مأیوسا من ذلك، فيكون بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه، فهو مأمون العاقبة من الخطر، لأنه اما ان يصل إليه المبيع أو بدله.
وقد ظهر الجواب عن ذلك مما تقدم، إذ الحكم بالانفساخ فرع صحة العقد.
رابعها: انه مع امتناع تسليم المبيع للمشتري الامتناع من تسليم الثمن فلا غرر و فيه: ان الامتناع من تسليم الثمن بعد فرض كونه ملكا للبائع لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه.

هذا كله مع ان الغرر باعتبار الغرض المعاملى لا ينجبر بالفسخ و لا بالانفساخ.
فالحق دلالة النبوى على الفساد، الا انه مختص بصورة عدم احراز امتناع التسليم، لأن الخطر انما يطلق فيما إذا احتمل الحصول و لو ضعيفا.
و لكن فى هذا الفرد يثبت الحكم بالاولوية القطعية.

الثانى: ان بذل المال بازاء ما لا يمكن تسليمه سفهى، فلا تشمل ادلة نفوذ المعاملات فانها مسوقة لبيان انفاذ المعاملات العقلانية.
وفيه: اولاً: ان بذل المال القليل بازاء مال كثير يرمى حصوله ليس سفهيا بل ربما يعد عدم البذل سفهيا.

و ثانياً: ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة، و الدليل انما دل على عدم نفوذ معاملة السفهيه و لم يدل دليل على عدم

نفوذ المعاملة السفهائية.

الثالث: ان المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه: اكل للمال بالباطل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣

و كيف كان فلا اشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور الا انه اخص من المدعى لان ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس في بيعه خطر لأن الخطر انما يطلق في مقام يحتمل السلامة و لو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة و كون اكل الثمن في مقابله اكلا للمال بالباطل بل لا يعد مالا عرفا (١) و ان كان ملكا فيصح عتقه و يكون لمالكة لو فرض التمكن منه الا انه لا ينافي سلب صفة التمول عنه عرفا. و لذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته الى المالك (٢) فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

و فيه: ان المراد بالأكل بالباطل بقريضة المقابلة بتجارة عن تراض التملك بالأسباب الباطلة كالقمار و نحوه، و الا فغاية ما هناك كون اعطاء المال مجانيا و بلا عوض، و ليس هذا من قبيل اكل المال بالباطل.

(١) الرابع: ان ما لا يقدر على تسليمه لا يعد مالا عرفا فلا يصح بيعه.

و فيه: اولاً: ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الأشياء بانفسها مع قطع النظر عن الأشخاص، و هو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعا لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه، و هي صفة تنتزع من نفس المال و ان لم يكن هناك مالك. و ثانياً: انه لو سلم ذلك فانما هو فيما لا يحتمل التمكن من التسليم كما لا يخفى.

(٢) و قد استشهد المصنف لسلب صفة التمول عنه: بانه يجب على غاصبه قبلا ان يدفع تمام القيمة بصيرورته كذلك من باب بدل الحيلولة.

و فيه: ان لزوم اداء تمام القيمة انما يكون من جهة الحيلولة بين المالك و تمام المالية بالحيلولة بينه و بين العين لا من جهة التلف، و قد تقدم تفصيل القول في ذلك في مبحث بدل الحيلولة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤

ثم انه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر منها ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه و آله من قوله: لاتبع ما ليس عندك، (١) بناء على أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعاً فهي كناية لاعتن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام و لاعتن مجرد السلطنة عليه و القدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من

الخاصة و العامة بها على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالكة خصوصاً إذا كان و كيلا عنه في بيعه و لو من نفسه فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصله هنا مع انه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين ان يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و ان كان غائباً (٢) و على اي حال فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بادلته أو بحمله على النهي المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو اراد ذلك و كيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. و أما الايراد عليه بدعوى ان المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله

(١) الخامس: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله: منها ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه و آله من قوله: لاتبع ما ليس عندك ...

لا يخفى ان افضية النبي صلى الله عليه و آله المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة ابن الصامت بعينها مروية من طرق الخاصة برواية عقبه بن خالد متفرقة على حسب تفرق الأبواب.

و عليه فهذا النبوى «١» مروى من طرقنا و من طرق العامة،

فلا وجه للمناقشة فى سنده.

(٢) و أما من حيث الدلالة، فمحصل ما افاده المصنف قدس سره: ان محتملات قوله عليه السلام عندك اربعة:

احدها: الحضور الذى هو معناه الحقيقى.

ثانيها: الملك.

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود، و باب ٢ من ابواب عقد البيع و سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤ باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥

بشرائه و نحوه و دفعه الى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد و ليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

نعم يمكن ان يقال ان غاية ما يدل عليه هذا النبوى بل النبوى الأول ايضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الاثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر و تحقق كونه عنده و لو ابيت الا- عن ظهور النبوين فى الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع، و بيع العبد الجانى عمدا و بيع المحجور لرق أو سفه أو فلس

ثالثها: السلطنة عليه و القدرة على تسليمه.

رابعها: السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد.

و من البين ان الأول ليس بمراد قطعا لجواز بيع الغائب اجماعا.

و الثانى خلاف الظاهر، فان بيع المملوك بيع ماله لا بيع ما عنده، فبيع غير المملوك بيع ما ليس له، لا بيع ما ليس عنده.

و الثالث يدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوى على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير.

فيتعين الرابع، فيدل على فساد بيع ما لا يكون مالكا له، و ما لا يقدر على تسليمه،

فلا بد من اخراج بيع الفضولى عنه بادلته أو بحمله على النهى المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو اراد ذلك.

و فيه: ان ارادة القدرة على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية المماسه للعين،

اما وحدها أو مع الملكية خلاف الظاهر، بل اما ان يراد مطلق التصرفات الخارجية أو لا يكون ذلك بالخصوص بمراد، و حيث انه لا

يعتبر السلطنة الخارجية المماسه للعين قطعا، فلا يكون ذلك بمراد لا مستقلا و لا ضمنا، بل الظاهر منه ارادة السلطنة الاعتبارية على

التصرفات التسيبية المعاملية، فيكون اجنيا عن المقام.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦

فان البائع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات. فحينئذ لا مانع عن الترام و وقوع بيع كل ما يعجز عن

تسليمه مع رجاء التمكن منه «مراعى بالتمكن منه» فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

و قد صرح الشهيد فى اللمعة بجواز بيع الضال و المجهود من غير اباق مراعى بإمكان التسليم و احتمله فى التذكرة لكن الإنصاف ان

الظاهر من حال الفقهاء اتفقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأسا كما عرفت من الإيضاح.

و منها ان لازم العقد و جوب تسليم كل من المتبايعين العوضين الى صاحبه (١) فيجب ان يكون مقدورا لاستحالة التكليف بالمتنع

(١) السادس: ما ذكره المصنف قدس سره، و حاصله: ان لازم العقد وجود التسليم، و هو مشروط بالقدرة، فمع عدمها لا لزوم للتسليم فيلزم عدم نفوذ العقد، و الا لزم انفكاك اللازم عن الملزوم. و فيه: انه ان اريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك الذي هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال الى صاحبه، الا ان هذا اللازم ليس لازما لا ينفك، بل هو فرع التمكن منه، و مع عدم التمكن يكون ملكا له لا يجب تسليمه لعدم القدرة. و ان اريد به انه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه، فيرد عليه: ان العقد عبارة عن تمليك العين مثلا لا هو مع اعتبار امر آخر أو تكليف آخر.

و ان اريد به ان الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه، فيرد عليه: ان التعليق في العقد موجب للبطلان. و ان اريد به ان لزوم التسليم من احكام العقد من جهة ان التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذي وجوبه من احكام العقد، فيرد عليه: اولاً: ان (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» على ما حققناه في محله يكون ارشادا الى لزوم العقد، و على فرض كونه تكليفيا يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم.

(١) المائدة آية ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧

و يضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة و ان اريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطا بالتمكن كما لو تجدد العجز بعد العقد. (١) و قد يعترض باصالة عدم تقييد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط (٢) و في الاعتراض و المعارضة نظر واضح، (٣) فافهم

و ثانيا: ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة. (١) و اجاب المصنف عنه: بانه يضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم ... متعنا الملازمة مراده: انه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا فعليا بحيث انه ان لم يكن قادرا عليه ينكشف عدم وجود الملزوم، نمنع الملازمة، اى لا دليل على ان ذلك من لوازم العقد.

و ان كان المراد ان لازمه مطلق الوجوب الملائم مع الوجوب المشروط، فاللازم متحقق في الفرض، و كذلك الملزوم. قال المصنف: و قد يعترض باصالة عدم تقييد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقييد البيع. (٢) المعترض، و دافعه، صاحب الجواهر قدس سره.

و حاصل الاعتراض بما ذكره المصنف من الجواب: ان مقتضى اصالة عدم تقييد الوجوب كون اللازم الوجوب المطلق، فمع عدمه ينكشف عدم تحقق الملزوم.

و محصل الدفع: انه معارض باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط، فان اطلاق ادله نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة في النفوذ، فالحجة على الاشتراط تعارض الحجة على عدمه.

(٣) و أما ما ذكره المصنف قدس سره من النظر الواضح في الاعتراض و المعارضة، فلعل وجه النظر في الاعتراض انه ان اريد باصالة عدم تقييد الوجوب الأصل العملي - اى اصالة عدم وجوب المقيد - فيرد عليه: انه معارض باصالة عدم وجوب المطلق

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨

و منها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه و لا يتم الا بالتسليم (١) و يضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل

منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع «بعد التسليم لا الانتفاع» المطلق.

و منها ان بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعا و أكله اكلا بالباطل.

و فيه ان بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه، فافهم.

و ان اريد به الاصل اللفظي، اي اطلاق دليل الوجوب- فهو مقيد بالقدرة عقلا.

و وجه النظر في الدفع: ان اطلاق دليل المقيد لو سلم لا ريب في حكومته على اصالة عدم تقييد البيع كما لا يخفى.

(١) السابع: ما ذكره المصنف بقوله: و منها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، و لا يتم الا بالتسليم...

و فيه: اولاً: ان تخلف الأغراض و الدواعي لا يوجب فساد المعاملة و بطلانها.

و ثانياً: ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.

و ثالثاً: نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم.

فتحصل مما ذكرناه: ان دليل اعتبار هذا القيد هو النبوى المشهور:

نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بين الغرر.

هل القدرة شرط أو العجز مانع

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: هل القدرة على التسليم شرط كما في التكاليف، ام يكون العجز عنه مانعاً؟ وجهان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩

ثم ان ظاهر معاهد الاجماع كما عرفت كون القدرة شرطاً كما (١) هو كذلك في التكاليف و قد اكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط (٢) و مع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة ان العجز مانع لا ان القدرة شرط قال: و يظهر الثمرة في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضال و الضالة و جعله دليلاً على ان القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز و فيه ما عرفت من ان صريح معاهد الإجماعات خصوصاً عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة ان العجز امر عدمي لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً ان يقدر.

فكيف يكون مانعاً من (٣) ان المانع هو الامر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم، ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي و لا في غيرهما فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالاصل بقاؤها اولاً معه فالأصل عدمها اعنى العجز سواء جعل

و ملخص القول: ان الكلام في هذا التنبيه يقع في مواضع.

احدها: فيما هو مقتضى كلمات الأصحاب.

ثانيها: في معقولية مانعية العجز و عدمها.

ثالثها: فيما يقتضيه الدليل.

رابعها: في ترتب الثمرة على هذا النزاع.

(١) اما الأول: فظاهر كلمات القوم حيث قالوا: و من شرائط العوضين القدرة على التسليم كون القدرة شرطا.

و مورد نزاع المصنف قدس سره و صاحب الجواهر كلام الغنية، و ذيله الذى نقله المصنف قدس سره.

(٢) و هو صريح فى شرطية القدرة، اللهم الا ان يكون ذلك من كلام المصنف قدس سره.

(٣) و أما الثانى فقد ذهب المصنف قدس سره الى عدم معقولية مانعية العجز، من جهة ان العجز امر عدمى لأنه عدم القدرة عمن من

شانه ان يقدر، و المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٠

القدرة شرطا أو العجز مانعا و إذا شككنا فى ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز فى الجملة أو شككنا فى ان

المراد بالعجز ما يعم التعسر كما حكى أم خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو

العجز مانعا. (١)

و الحاصل ان التردد بين شرطية الشىء و مانعية مقابله انما يصح و يثمر فى الضدين مثل الفسق و العدالة لا فيما نحن فيه و شبهه

كالعلم و الجهل و أما اختلاف الاصحاب فى مسألة الضال و الضالة فليس لشك المالك فى القدرة و العجز و مينا على كون القدرة

شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من ادلتهم على الصحة و الفساد بل لما سيجىء عند التعرض لحكمها

و فيه: ان المانع فى باب العلة و المعلول غير المانع فى باب العقود و الإيقاعات كما تقدم، فان المراد به فى هذا الباب ما قيد صحة

العقد بعدمه، أو حكم بفساد العقد معه،

و حيث ان هذا ممكن فمانعية العجز معقولة.

و أما الموضوع الثالث: فالأظهر ان المستفاد من الأدلة مانعية العجز، و ذلك لأن ضم ادلة نفوذ البيع. بقوله صلوات الله عليه: نهى النبى

عن بيع الغرر يقتضى ان يكون موضوع النفوذ البيع الذى ليس بغررى- اى لا- يكون متصفا به- لا ان الموضوع هو البيع المتصف بما

يضاد الغرر كما هو واضح.

(١) و أما الموضوع الرابع: ففى المتن ان اللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا و لكن

يمكن ان يقال بظهور الثمرة فيما إذا شك فى القدرة، فانه على القول بشرطية القدرة لا بد من احرازها فى الحكم بصحة البيع، و أما

على القول بمانعية العجز فيحكم بالصحة، و ان لم يحرز ذلك.

لوجهين: الأول: اصالة عدم المانع: الثانى: قاعدة المقتضى و المانع من جهة ان العقد مقتض و العجز مانع، فإذا شك فى المانع مع

احراز المقتضى يبنى على تحقق المقتضى بالفتح.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن الشبهة اما موضوعية، أو حكمية،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢١

ثم ان العبرة فى الشرط المذكور انما هو فى زمان استحقاق التسليم (١) فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق

التسليم كما لا يقدر عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد

فان كانت موضوعية فان كانت الحالة السابقة القدرة يبنى عليها، و ان كانت هى العجز يبنى عليه، و مع عدم احراز الحالة السابقة أو

توارد الحالتين لا يجرى الأصل الموضوعى و انما يرجع الى اصالة الفساد، من غير من فرق بين المسلكين.

وان كانت حكمية، كما لو شك في ان الخارج هو العجز المستمر أو العجز في الجملة، أو شك في ان المراد بالعجز ما يشمل التعسر، يرجع الى عمومات الصحة اقتصارا في المخصص على المتيقن منه.

و بالجملة: بعد كون العجز والقدرة من قبيل العدم والملكة لا من قبيل السلب والإيجاب، لا يبقى فرق بين مانعية الأول وشرطية الثانية كما لا يخفى.

و أما الثاني: فلعدم حجيتها اولا و عدم جريانها في الأحكام الشرعية ثانيا لعدم تمييز المقتضى عن المانع والشرط. هذا كله مضافا الى ان المدرك لاعتبار هذا القيد بما انه النبوى فلا يتصور الشك الموضوعى لتقوم الغرر بالجهل.

المانع هو العجز في زمان الاستحقاق

(١) الثانى: هل العبرة فى القدرة على التسليم هى القدرة فى زمان استحقاق التسليم، ام فى زمان البيع؟ وجهان. الظاهر انه لا- إشكال كما لا- خلاف فى ان العبرة فى الشرط المذكور انما هو فى زمان الاستحقاق من غير فرق بين كون المستند وجوب التسليم، أو نهى النبى عن بيع الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو عدم الانتفاع، او لا تبع ما ليس عندك. إذ لا وجوب للتسليم قبل الاستحقاق.

و المعاملة التى يقدر البائع فيها على تسليم المبيع حال استحقاق المشتري لذلك ليست بغررية فعلا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٢

و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها أصلا إذا كانت العين فى يد المشتري، (١)

و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما إذا اشترى من ينعق عليه فإنه ينعق بمجرد الشراء و لا سبيل لأحد عليه، (٢) و فيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد اما لاشتراط تأخيره مدة و أما لترزلة العقد كما إذا اشترى فضولا فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك (٣) فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها

و الاقدام على بيع ما يتمكن من تحصيله فى حال الاستحقاق ليس اقداما سفهيا،

و لا يترقب الانتفاع من المبيع الا بعد استحقاقه.

و المراد من عدم بيع ما ليس عنده على فرض دلالة على هذا الشرط بقريته مناسبة الحكم و الموضوع و بحسب المتفاهم العرفى عدم الالتزام بما لا يقدر عليه، و من كان قادرا حين الاستحقاق غير قادر حين البيع لا يكون ملزما على نفسه بما لا يقدر عليه.

فما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره من انه لو كان المدرك النهى عن بيع ما ليس عنده لا بد من القدرة حال ورود البيع عليه، غير تام، فهذه الكلية لا كلام فيها.

انما الكلام فى الفروع التى فرعها المصنف قدس سره على تلك:

(١) احدها: عدم اعتبارها اصلا إذا كانت العين فى يد المشتري.

وفيه: ان عدم اعتبارها فى هذا المورد ليس من متفرعات عدم اعتبار القدرة حال البيع، بل لو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لم تكن معتبرة فى الفرض، لأن التسليم طريق الى وصول المال بيد المشتري، فمع تحقق الوصول لا يعقل استحقاق التسليم.

(٢) ثانيها: ما إذا اشترى من ينعق عليه.

وفيه: ان عدم اعتبارها فى المورد انما يكون من جهة عدم دخوله فى ملكه أو خروجه عنه بعد دخوله آنا ما، لا من جهة عدم اعتبار القدرة حين البيع.

(٣) ثالثها: ما إذا اشترى فضولا فانه لا يستحق التسلم الا بعد اجازة المالك.

و فيه: ان المعتبر هو قدرة من له العقد لا مجرى الصيغة، و حيث ان العقد انما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣

لكن يشكل على الكشف من حيث انه لازم (١) من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله. نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه، (٢) بل و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم (٣) لان تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر و لو تعذر التسليم بعد العقد رجع الى تعذر الشرط. و من المعلوم ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قاذح بل لا يقدر العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله

يستند الى من له العقد- و هو المالك من حين الاجازة لا قبلها- فلو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لما كانت معتبرة في بيع الفضولي حال البيع لعدم تحقق بيع المالك قبل الاجازة.

(١) و ربما يشكل على الكشف من حيث انه لازم من طرف الأصيل.

و الظاهر ان منشأ الإشكال انه على القول بالكشف إذا كان احد الطرفين اصيلا، بما ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء و المؤثر في الملكية هو العقد، فهو من حين البيع الى ما قبل الاجازة محروم عن التصرف في ما انتقل عنه، و ما انتقل إليه. اما في الأول فلخروجه عن ملكه، و أما في الثاني فلأنه لا يجب على مالكة التسليم فلا يقدر هو على تحصيله، فيلزم من ذلك الغرر.

و فيه: ان منشأ الإشكال ان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل إليه فهو يتحقق في الفضولي من الجانبين، و ان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل عنه، فهو لا دخل له بالقدرة على التسليم و التسلم، كما لا دخل له بالغرر.

(٢) رابعها: بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

هذا التفريع حسن من جهة ان المشتري لا- يستحق التسليم قبل اجازة المرتهن على القول بتوقف نفوذه عليها، فلا تعتبر قدرته قبل الاجازة و انما العبرة بالقدرة بعدها،

و ان كان العقد منتسبا الى المالك من حين حدوثه.

(٣) خامسها: ما لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤

فإن الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد و لا العلم بتحققها فيما بعد.

و الحاصل ان تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من احكامه لا من شروط تأثيره و السر فيه ان التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور.

و بعبارة اخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل و لهذا لا يقدر كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده و المفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الاخير من الناقل و هو القبض حاصل في يد المشتري فالقبض مثل الاجازة بناء على النقل و اولى منها بناء على الكشف. و كذلك الكلام في عقد الرهن فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا- يجب احرازه حين الرهن و لا- العلم بتحقيقه بعده فلو رهن ما يتعذر تسليمه. ثم اتفق حصوله في يد المرتهن اثر العقد اثره و سيجيء الكلام في باب الرهن. اللهم الا- ان يقال ان المنفى في النبوى هو كل معاملة يكون بحسب العرف غررا. فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور غرر عرفا لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعى لا عرفى فيصدق الغرر و الخطر عرفا، و ان لم يتحقق شرعا إذ قبل التسليم لا انتقال و بعده لا خطر لكن النهى و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفا. (١)

محصل ما افاده فى هذا الفرع: انه فى بيع السلم بما ان القبض جزء السبب الناقل. فقبل تسليم المشتري الثمن لا يكون السبب متحققا، فالعجز عن التسليم لا يقدح فى الصحة، فلو اتفق حصوله صح البيع. و بعبارة اخرى: قبل ان يقبض الثمن لا يستحق البائع التسليم لأنه جزء المملك، و بعده التسليم متحقق.

(١) و اورد عليه: بانه قبل القبض البيع العرفى موجود، و البائع بنظرهم يستحق التسليم، فالعجز عنه موجب لكون البيع غرريا عندهم فيشملة نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر، فان الموضوع فيه البيع الغررى العرفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥

و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لاعتن المالك ما لا يقدر على تسليمه. اللهم الا ان يمنع الغرر العرفى بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا على وجه لا- يلزم منه خطر، فإن العرف إذا اطلعوا على اعتناق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا، و هكذا فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، (١) فتأمل.

ثم ان الخلاف فى اصل المسألة لم يظهر الا من الفاضل القطيفى (٢) المعاصر للمحقق الثانى.

(١) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بان اهل العرف بعد اطلاعهم على عدم ترتب الأثر شرعا قبل القبض لا يرونه غرريا فى الفرض. و يمكن الجواب بوجه آخر، و هو: ان دليل اعتبار القبض يكون حاكما على دليل مانعية الغرر، و يدل على انه لا غرر فى الفرض. و أما ما افاده المحقق الإيروانى فى الجواب عن ذلك: بان ظاهر النبوى ان البيع الذى لو لا الغرر كان صحيحا مؤثرا هو الذى نهى النبى صلى الله عليه و آله عنه إذا كان غرريا، و البيع فى الفرض قبل القبض لا يكون صحيحا، فالغرر فيه لا يكون مانعا.

فيرد عليه: ان دليل كل مانع انما يكون متكفلا لبيان مانعية ذلك الشىء خاصة، و لا نظر له الى سائر الموانع و الشرائط، و لذا لو فرض اقتران العمل بمانعين لا سبيل الى دعوى عدم مانعية شىء منهما، مع ان مقتضى البرهان المزبور ذلك، فان دليل كل منهما مقيد على الفرض بعدم اقتران العمل بمانع آخر، و المفروض اقترانه به. فالحق ما ذكرناه.

(٢) التنبيه الثالث: قال ان الخلاف فى اصل المسألة لم يظهر الا عن الفاضل القطيفى:

و لكن الظاهر من كلامه انه لا ينكر اعتبار القدرة على التسليم فى الجملة، غاية الأمر انه يلتزم باعتبار امر فى خصوص مورد الجهل و عدم الرضا.

و عليه فلا تنافى بين كلمات المصنف قدس سره حيث نفى الخلاف فى اول المسألة، و هنا نقل الخلاف عن الفاضل القطيفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٦

حيث حكى عنه انه قال فى ايضاح النافع ان القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لانها شرط فى اصل صحة البيع فلو قدر على التسليم صح البيع و ان لم يكن البائع قادرا عليه بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه و لا يرجع على البائع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه (١)

نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا لم يصح المعاوضة عليه بالبيع،

لأنه فى معنى اكل مال بالباطل و ربما احتتمل امكان المصالحة عليه.

و من هنا يعلم ان قوله يعنى المحقق فى النافع لو باع الأبق منفردا لم يصح انما هو مع عدم رضا المشتري أو مع عدم علمه أو كونه

بحيث لا يتمكن منه عرفا و لو اراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى.

وفيه ما عرفت من الاجماع و لزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه الا ان يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة (٢) فيبطل في موضع تحققه و هو عند جهل المشتري و فيه ما فيه.

(١) و الظاهر ان المصنف قدس سره فهم من كلام الفاضل القطيفي انه يلتزم باشتراط الصحة بامر لا يجامع العلم و الرضا كعنوان الخدعة.

و بعبارة اخرى انه يعتبر في صحة المعاملة القدرة على التسليم ما لم يعلم المشتري عدم قدرة البائع على التسليم، و الا فلو علم بذلك و رضى به فلا يعتبر القدرة على التسليم.

(٢) و لذا اورد عليه بان الغرر انما هو في النبوى بمعنى الخطر لا الخدعة و لكن يحتمل ان يكون مراده ان القدرة انما تعتبر من ناحية حق تسلم المبيع للمشتري، فاذا علم بعدم القدرة و اقدم على المعاملة راضيا بها فقد اسقط حقه. و الجواب عنه: ان الشارع اعتبر القدرة و كون ذلك من قبيل الحق القابل للاسقاط، غير ثابت، و الأصل يقتضى عدمه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧

ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع و انما المقصد الاصلى هو التسلم (١) و من هنا لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى في الصحة كما عن الاسكافي و العلامة و كاشف الرموز و الشهيدين و المحقق الثاني و عن ظاهر الانتصار ان صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الامامية و هو المتجه لأن ظاهر معاهد الاجماع بضميمة التبع في كلماتهم و استدلالاتهم بالغرر و غيره مختص بغير ذلك و منه يعلم ايضا انه لو لم يقدر احدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله في يد احدهما عند استحقاق المشتري للتسليم كما لو اعتاد الطائر العود صح (٢) وفاقا للفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم.

نعم عن نهاية الاحكام احتمال عدم بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم و ان عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث، و فيه ان العادة باعته كالعقل

(١) الرابع: الظاهر ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع و انما المقصد الاصلى هو التسلم كما صرح به العلامة و غيره، و ذلك لأن المستند لاعتبار هذا القيد ان كان نهى النبي عن الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو كونه اكلا للمال بالباطل فواضح: إذ لا غرر و لا سفاهة و لا أكل للمال بالباطل مع تمكن المشتري من التسلم.

و ان كان لا تتبع ما ليس عندك فالوجه فيه: ان الظاهر بقريضة المناسبة بين الحكم و الموضوع كون القدرة على التسليم انما تعتبر من جهة الطريقة الى وصول المال الى صاحبه، و لا موضوعية لها، نعم إذا كان التسلم متوقفا على بذل المال، للمشتري الرجوع الى البائع فيه، لأن ذلك وظيفته.

(٢) قوله لو لم يقدر احدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله...

مرجع الضمير هو ما استدلل به على كفاية القدرة على التسليم و هو عدم لزوم الغرر و عدم شمول غيره من الادلة الدالة على المنع لتلك الصورة- فان مقتضاها كفاية الوثوق بحصوله في يد احدهما، لا- كون المناط قدرة المشتري على التسلم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨

مع ان الكلام على تقدير الوثوق و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة، و كانت مما لا يتسامح فيه كسنة

أو ازيد. (١) ففى بطلان البيع لظاهر الاجماع المحكية و لثبوت الغرر أو صحته، لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأساً. و لذا حكم مدعيه بالصحة هنا، و الغرر منفي مع العلم بوجود الصبر عليه الى انقضاء مدة، كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة وجهان بل قولان، تردد فيهما فى الشرائع، ثم قوى الصحة و تبعه فى محكى السرائر و المسالك و الكفاية و غيرها. نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة، و لو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها، ففى الصحة اشكال من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة وقت تسليم العين. و قد تقدم بعض الكلام فيه فى بيع الواقف للوقف المنقطع،

فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره بان مسألة كفاية الوثوق بالحصول اجنبية عن المسألة السابقة فكيف يعلم منها هذه. (١) التنبيه الخامس: و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة فان كان التعذر ابدىا بطل البيع لما تقدم، و ان كان فى مدة يتسامح فيها صح.

و ان كان فى مدة لا يتسامح فيها كسنة أو ازيد.

فان كان مدرك اعتبار هذا الشرط النبوى: نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر.

فالأظهر هى الصحة لما تقدم من انه فى صورة العلم بالعجز لا يصدق الغرر، و انما التزمنا بالبطلان فى صورة العلم بالعجز الى الأبد للاولوية غير الجارية فى الفرض.

كما انه لا تكون هذه المعاملة سفهية و لا أكلا للمال بالباطل.

و ان كان المدرك النبوى: لاتبع ما ليس عندك. تعين البناء على البطلان من جهة عدم القدرة الا مع شرط تأخير التسليم الى ذلك الزمان، فانه حينئذ يكون قادرا حين الاستحقاق، و قد مر كفاية ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٩

ثم ان الشرط هى المقدرة المعلومة للمتبايعين، (١) لان الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية.

و لو باع ما يعتقد التمكّن فتيين عجزه فى زمان البيع و تجددتها بعد ذلك صح،

و لو لم يتجدد بطل. و المعتبر هو الوثوق، فلا يكفى مطلق الظن و لا يعتبر اليقين.

و بذلك ظهر أن المصنف قدس سره يتعين عليه البناء على البطلان، لأنه قد سلم دلالة هذا النبوى على اعتبار هذا الأمر، كما انه ظهر أن الأظهر هى الصحة على المختار.

و ان كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر.

(١) السادس: هل الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعية.

ملخص القول فى المقام: انه لا- إشكال فى البطلان إذا لم يكن قادرا واقعا و كانا عالمين بذلك، كما لا إشكال فى الصحة إذا كانا عالمين بالقدرة و كان قادرا واقعا.

انما الكلام فيما إذا كانا عالمين بالقدرة و لم يكن كذلك، أو كانا جاهلين بها و كانت متحققة.

فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط نهى النبى عن بيع الغرر تعين البناء على الصحة فى الصورة الأولى، و البطلان فى الثانية، من جهة ان الغرر قوامه بالجهل. ففى الأولى لم يقدم البائع على المعاملة الخطرية بخلاف الثانية.

و ان كان المدرك لاتبع ما ليس عندك انعكس الأمر كما لا يخفى، و حيث انهما معا عند المصنف قدس سره مدرك ذلك تعين

عليه البناء على البطلان في صورتين.

فما افاده من البطلان في الصورة الثانية لو تبين العجز، تام ولا يرد عليه ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، نعم ما ذكره من الصحة في تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم، إذ المعاملة بعد وقوعها باطله لا تصح بالتجدد.

و دعوى ان مدرك البطلان في تلك الصورة لا تبع ما ليس عندك و هو انما يدل على عدم الصحة ما دام ليس عنده، فلو تجددت و صار مما عنده لا وجه للبطلان.

مندفعه بان المصنف و ان احتمل ذلك، لكنه لم يبين عليه كما يظهر من الفروع التي رتبها على ان القدرة المعتره هي القدرة حال الاستحقاق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠

ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا و كيلا في مجرد العقد، (١) فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه. و أما لو كان و كيلا في البيع و لوازمه، بحيث يعد الموكل اجنبيا عن هذه المعاملة، فلا اشكال في كفاية قدرته، و هل يكفي قدرة الموكل الظاهر. نعم (٢) مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك، و ربما قيد الحكم بالكفاية بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشتري عليه (٣)

حكم ما لو كان الوكيل عاجزا و الموكل قادرا

(١) التنبيه السابع: قال المصنف: ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا كان و كيلا. لو كان المالك هو العاقد بالمباشرة لا إشكال في اعتبار قدرة نفسه. و لو كان العاقد غيره.

فان كان و كيلا في اجراء الصيغة خاصة فلا اشكال في ان العبرة بقدرة الموكل و لا اعتبار بقدرته، لأنه ليس ملزما بالتسليم، و يكون كالأجنبي، نعم لو علم بقدرته و اعمال قدرته يكتفى بها لا من حيث انها قدرة من يعتبر قدرته بل من حيث الوثوق بحصول المال في يد المشتري الذي عرفت كفايته.

و أما لو كان و كيلا مفضا في البيع و لوازمه، فلا اشكال في الاكتفاء بقدرة الوكيل من جهة انه ملزم بالتسليم و مأمور بالوفاء بالعقد، و المناط في رفع الغرر قدرة من هو ملزم بالتسليم و مأمور بالوفاء بالعقد.

انما الكلام في ما لو كان عاجزا و كان الموكل قادرا، فيه اقوال:

(٢) الأول: ما عن المصنف قس سره و تبعه غيره، و هو الاكتفاء بذلك.

الثاني: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، و هو: عدم كفاية قدرته من حيث انها قدرة من ينسب إليه العقد.

(٣) الثالث: ما اختاره العلامة الطباطبائي صاحب المصباح، و هو: الكفاية مع رضا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١

و فرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي (١) لان التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة و قدرة المالك انما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضي بها حال البيع، لأن بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن مطلقا، بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقق في الفضولي و البناء على القدرة الواقعية باطل، إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية إلى ان قال، و الحاصل ان القدرة قبل الاجازة لم توجد و بعدها ان وجدت لم تنفع.

المشترى بالرجوع الى الموكل، و رضا الموكل برجوع المشتري إليه.

و الأظهر هو الأول، لأن المناط هو ما يرتفع به الغرر، و هو يرتفع بقدره من هو ملزم بالتسليم، و في الفرض كل من المالك و الوكيل ملزم به، فيكفي قدرة كل منهما في رفع الغرر.

و استدلال للثاني: بان الوكيل الذي يستند إليه العقد ليس بقادر، و الموكل انما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب إليه، فلا بد من استجماع البيع الصادر من الوكيل، و حيث فرضنا انه غير قادر فيبطل البيع.

و فيه: ان كلا- منهما مكلف بالوفاء بالعقد الصحيح، و هذا مما لا كلام فيه، و العقد الصادر من الوكيل إذا كان الموكل قادرا على التسليم صحيح لعدم الغرر و ارتفاعه بقدرته.

و بعبارة اخرى: مع قطع النظر عن نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر، هذه المعاملة صحيحة و مستندة الى كل منهما، فكل منهما موظف بالوفاء بها، و لا يلزم منه الغرر لقدرة الموكل على التسليم.

و استدلال للثالث: بان الموكل و ان كان اجنبيا عن البيع- و لذا لا يكفي قدرته فقط- لكنه مع التراضي و التزام الموكل لا غرر في البيع و ان كان الوكيل عاجزا.

(١) و فرع على ذلك بطلان بيع الفضولي، فان قدرة العاقد لا تكفي لعدم الوكالة و لا تراضى و لا التزام بين المشتري و المالك كى تكفي قدرته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢

ثم قال: لا يقال انه قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك، و انه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، (١) لأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا لمصاحبة الاذن للبيع، غاية الأمر حصوله بالفحوى و شاهد الحال، (٢) و هما من انواع الاذن، فلا تكون فضوليا و لا يتوقف صحته على الاجازة و لو سلمنا بقائه على الصفة، فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض، (٣) و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم في تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه اولا و ثانيا تأمل، بل نظر (٤) فتدبر..

(١) ثم اورد على هذا التفريع: بانه ربما يحصل للفضولي الوثوق بارضاء المالك فتتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد للقدرة على الاجازة المحققة لقدرته على التسليم، و القدرة على السبب قدرة على المسبب. و اجاب عنه بوجهين:

(٢) الأول: انه تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية لمصاحبة الاذن للبيع، غاية الأمر حصوله بالفحوى و شاهد الحال..

(٣) الثاني: ان صحة بيع الفضولي في هذه الصورة خاصة لم يلتزم بها احد..

(٤) و المصنف قدس سره بعد نقله ذلك قال: و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم في تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه اولا و ثانيا تأمل بل نظر.

اما وجه النظر في المبني، فهو ما عرفت من ان الموكل ليس اجنبيا عن العقد و ملزم بالتسليم، و العلم بقدرته يكفي في ارتفاع الغرر، و الا فمجرد التراضي لا يوجب رفع الغرر.

و أما وجه النظر في تفريع الفضولي، فهو: ان الفضولي اجنبي عن العقد، و لا يكون العقد تاما و منتسبا الى مالكة الا بعد الاجازة، و لذا بنينا على كفاية القدرة حال الاجازة،

و عدم اعتبار القدرة حال البيع.

و أما وجه النظر في الاعتراض، فهو: ان قدرة العاقد لا اعتبار بها لعدم كونه مخاطبا بلزوم التسليم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣

مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة،

بل (١) إجماعا كما عن الخلاف و الغنية و الرياض، و بلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف و مع

احتماله بيع غرر منفى اجماعا نصا و فتوى،

خلافا لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا، و لعله الاسكافي حيث ان المحكى عنه انه لا يجوز ان يشتري الآبق وحده، الا إذا كان

بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع انتهى.

و قد تقدم عن الفاضل القطيفي في ايضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم.

و قد عرفت ضعفه لكن يمكن ان يقال بالصحة في خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصا مع تقييد الاسكافي بصورة

ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفا، لكن سيأتي ما فيه، فالعمدة الانتفاع بعتقه، و له وجه لو لا النص الآتي و الاجماع المتقدمة،

مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرج عن الغرر،

و كما لا يجوز جعله مثمنا

و أما وجه النظر في الجواب الأول، فهو: عدم خروج المعاملة عن الفضولية بالوثوق براضاء المالك مع عدم كونه راضيا بالفعل.

و أما وجه النظر في الجواب الثاني: فلم يظهر لي، لأن القائلين بصحة بيع الفضولي لم يقتصروا على هذه الصورة.

عدم الحاق الصلح بالبيع

(١) التنبيه الثامن: و حيث عرفت اشتراط القدرة على التسليم في صحة البيع فاعلم: انه لا يجوز بيع الآبق منفردا ان كان انه لو ضم إليه

غيره صح بلا خلاف فيهما.

و لا- يهمننا البحث في ذلك لعدم الموضوع، و انما نتعرض لخصوص هذه المسألة لما في ذيل هذه من المسائل التي تعرض لها

المصنف قدس سره، و سائر الأساطين، و ان لم تكن مربوطة ببيع الآبق بل هي من تذييلات و فروع المسألة المتقدمة.

و هي مسائل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٤

لا يجوز جعله منفردا ثمنا لاشتراكهما في الأدلة. (١) و قد تردد في اللعنة في جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا، و ان قرب اخيرا

المنع منفردا، و لعل الوجه الاستناد في المنع عن جعله مثمنا الى النص و الاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمثنى دون نفى الغرر

الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق، و يؤيده حكمه بجواز بيع الضال و المجحود مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق في عدم

القدرة على التسليم،

و نظير ذلك ما في التذكرة حيث ادعى اول الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر.

ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا، الى ان قال: و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامة ايضا، ثم

ذكر الضال و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا أو اشتراطه الضميمة، فإن التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر،

و التوجيه يحتاج إلى تأمل..

(١) الاولى: انه يختص اعتبار القدرة على التسليم بالمشمن، بل هو يعتبر في الثمن ايضا لاشتراك الأدلة بينهما، فكما انه من عدم احراز القدرة على تسليم المشمن يلزم الغرر، كذلك يلزم الغرر من عدم احراز القدرة على تسليم الثمن. الثانية: في الحاق سائر المعاملات بالبيع. والكلام تارة: في غير الصلح. و اخرى: فيه.

اما في غير الصلح: فالأظهر اعتبارها لوجهين: احدهما: ان المستفاد من نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر بمناسبة الحكم و الموضوع ان الموجب للبطلان هو الغرر من حيث انه غرر بلا خصوصية للبيع. ثانيهما: ما ارسل عن النبي صلى الله عليه و آله انه نهى عن الغرر، «١» المنجبر ضعفه بعمل الأصحاب لاستدلالهم في جميع المعاوزات كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة و غيرها، بل في غير المعاوزات كالوكالة بذلك.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦- مسألة بيع الطير في الهواء- و نحوه عن الشهيد- و سبقهما الشيخ في الخلاف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥

و كيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه. فيعتبر فيه القدرة على التسليم (١) و جهان، بل قولان من عمومات الصلح و ما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه إذا تعذر أو تعسر معرفته. بل مطلقا (٢) و اختصاص الغرر المنفى بالبيع، و من ان الدائر على ألسنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى انهم يستدلون به في غير المعاوزات كالوكالة فضلا عن المعاوزات، كالأجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة. بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه و آله انه نهى عن الغرر. و قد رجح بعض الاساطين جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح، و ظاهر المسالك في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه..

(١) و أما في الصلح: فالأظهر عدم اعتبارها و ذلك لوجهين:

الأول: ان دليل الغرر انما يكون حاكما على ادلة المعاملات التي لها صنفان غررى و غير غررى..

(٢) و أما الصلح الذي ليس له صنفان- بل هو بطبعه مبنى على المسامحة و المسالمة و التجاوز من جهة ان الغرض فيه ليس متقوما بالمبادلة و المقابلة- فلا يكون دليل الغرر حاكما عليه، بل هو حاكم على دليل الغرر.

الثاني: صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر (عليه السلام): انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى، فقال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت انفسهما «١»

فانه يدل على عدم مانعية الجهالة المحققة للغرر، و هو و ان لم يصرح فيه بارادة الصلح من تلك المعاهدة، الا انه محمول عليه بقريته فهم الأصحاب.

(١) الوسائل،- باب ٥- من ابواب احكام الصلح حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦

و أما الضال و المجهود و المغصوب و نحوها مما لا- يقدر على تسليمه فالأقوى فيها عدم الجواز (١) وفاقا لجماعة للغرر المنفى المعتضد بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم، الا ان يوهن بتردد مدعيه، كالعلامة في التذكرة في صحة بيع الضال منفردا و يمنع الغرر خصوصا فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع.

و أما فوات منفعتة مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد اقدم عليه، و جهالته غير مضره مع امكان العلم بتلك المدة، (٢) كضالته يعلم انها لو لم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد ذلك و كذا في المغصوب و المنهوب.

و الحاصل انه لا غرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه في حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من اصله، و فرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم المثلث، فإنه لا خطر حينئذ في البيع خصوصا مع العلم بمدته الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها هذا

بيع الضال و المجهود و المغصوب

(١) الثالثة: ان مقتضى نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر، عدم جواز بيع الضال و المجهود و المغصوب كما افتي به جماعة. و بعبارة اخرى: مقتضاه عدم الفرق بين المتعذر بنفسه، و ما تعذر بواسطة الغير و عن جماعة: الجواز، و استدلل له بوجوه:

احدها: انه بالفحص عنه اما ان يحصل في يده أو ييأس منه. فان حصل، و الا فهو في حكم التلف الموجب لانفساخ العقد من اصله الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه، فهذا البيع مامون العاقبة من الخطر..

(٢) و أما فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد اقدم عليه، و جهالته غير مضره خصوصا مع العلم بمدته الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

و فيه: اولاً: انه مع عدم الحصول لا يحرز اليأس دائما، بل ربما يرجى حصوله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧

و لكن يدفع جميع ما ذكر ان المنفى في حديث الغرر كما تقدم، هو ما كان غررا في نفسه عرفا، مع قطع النظر عن الاحكام الشرعية الثابتة للبيع، و لذا قوينا فيما سلف جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم.

و من المعلوم ان بيع الضال و شبهه، ليس محكوما عليه في العرف بكونه في ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظة اقدم المشتري على شرائه بكون تلفه منه،

فالانفساخ بالتلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا عرفا و مما ذكر يظهر انه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم،

فإن تسلّم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به و الا تخير بين الفسخ و الامضاء، كما استقر به فى اللمعة، (١) فإن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلّم المبيع،

و ثانيا: ان كون ذلك بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد غير ثابت.

و ثالثا: ان الحكم بالانفساخ مرتب على العقد الصحيح، فلا يمكن تصحيح العقد به.

و رابعا: ان الخطر من حيث الغرض المعامل على حاله لا يرتفع بالانفساخ.

(١) ثانيها: انه مع تعذر تسليمه له خيار التعذر، فالصحة تكون مراعاةً بالتسليم، فان تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به فيها و الا تخير بين الفسخ و الإمضاء فلا غرر. و فيه: اولاً: ان الخيار مرتب على العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به. و ثانياً: ان الغرر من ناحية الغرض المعاملي لا يرتفع بذلك.

ثالثها ان له الامتناع من تسليم الثمن مع امتناع البائع من تسليم المبيع فلا خطر و فيه مضافاً الى ما تقدم- ان الامتناع من تسليم الثمن مع عدم كونه مالكا له لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه- فالأظهر هو فساد بيعه. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨

فلا يندفع به الغرر الثابت عرفاً في البيع المبطل له، لكن قد مرت المناقشة في ذلك بمنع اطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي اللاحق للمبيع من ضمانه قبل القبض و من عدم التسلط على مطالبته الثمن، فافهم. و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد، فباعه على ان يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده الى ثلاثة ايام، امكن جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفاً، (١) و لذا لا يعد بيع العين الغير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه فيه الموجب للتسلط على الرد، و لعله لهذا اختار في محكي المختلف تبعاً للإسكافي جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع، فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه، و عن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه، و ان كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل.

(١) رابعها: ان له شرط الخيال برد الثمن أو مثله إذا لم يحصل المبيع في يده الى ثلاثة ايام. و فيه: اولاً: ان نفوذ الشرط منوط بوقوعه في العقد الصحيح، فلا يصح العقد به. و ثانياً: ان الغرر الناشئ من حيث الغرض المعاملي لا يرتفع بذلك. الرابعة المشهور بين الاصحاب انه كما لا يجوز بيع غير المقدور منفرداً لا يجوز بيعه منضمماً بغيره و عن ظاهر الانتصار جوازه. و يشهد للاول ان بيع المجموع من مقدور التسليم و غيره في صفقة واحدة غرري، و ما عن الانتصار من ارتفاع الغرر بذلك ضعيف. و اضعف منه الاستدلال بالنص الوارد في بيع العبد الآبق الدال على جوازه مع الضميمة إذ المناط غير محرز و التعدي يحتاج الى دليل. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩

مسألة: المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً، (١)

فلو باع بحكم احدهما بطل (٢) اجماعاً كما عن المختلف و التذكرة، و اتفاقاً كما عن الروضة و حاشية الفقيه للسلطان، و في السرائر في مسألة البيع بحكم المشتري ابطاله بأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن. فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين، و الأصل في ذلك حديث نفى الغرر المشهور بين المسلمين. و يؤيده التعليق (٣) في رواية حماد بن ميسرة عن جعفر عن ابيه عليه السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم.

اعتبار العلم بقدر الثمن

(١) قوله المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً لم يخالف في هذه الكلية احد و قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع و الاتفاق عليها.

(٢) و صاحب الحدائق خالف الاصحاب في خصوص ما إذا باع بحكم المشتري للنص.

و الاسكافي خالفهم في ما إذا باع بسعر ما باع:

و المدرك لها حديث نفي الغرر المتقدم و في المتن.

(٣) و يؤيده التعليل في رواية حماد «١»

و في مرآة العقول ان الخبر يحتمل وجهين، احدهما ان يكون المراد عدم معلومية نسبة الدرهم الى الدينار وقت البيع و ان كان أثلا الى المعلومية و ثانيهما، ان يكون المراد جهالتهما بسبب اختلاف الدراهم أو باختلاف الدينار و عدم معلوميتها عند البيع أو عند وجوب اداء الثمن و لعل هذا اظهر يعنى الوجه الثانى.

ثم نقل عن المسالك انه يجب تقييد الخبر بجهالة نسبة الدرهم من الدينار بان جعله مما يتجدد من النقل حالا أو مؤجلا أو من الحاضر مع عدم علمها بالنسبة فلو علمها صح و في رواية السكونى «٢» اشارة الى ان العلة هي الجهالة، و فيها فلعل الدينار يصير بدرهم

(١) الوسائل باب ٢٣ من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠

لكن في صحيحة رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاة، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه، ثم بعثت إليه بالف درهم فقلت له: هذه الف درهم حكمى عليك ان تقبلها، فأبى ان يقبلها منى و قد كنت مستتها قبل ان ابعث إليه بالف درهم، فقال: ارى ان تقوم الجارية بقيمة عادلة، فإن كان قيمتها اكثر مما بعثتها إليه كان عليك ان ترد ما نقص من القيمة، و ان كان قيمتها اقل مما بعثت إليه فهو له قال: قلت له أ رأيت ان اصبت بها عيبا بعد ان مستتها، قال:

ليس عليك ان تردها عليه و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب، لكن التأويل فيها متعين (١) لمنافاة ظاهرها لصحة البيع، و فسادها فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع، إذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بضمن خاص. نعم هي محتاجة الى ازيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بأن يرد من قوله باعنيها بحكمى قطع المساومة على ان اقومها على نفسى بقيمتها العادلة في نظرى حيث ان رفاعه كان نخاسا يبيع و يشتري الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم. اما معاطاة و أما مع انشاء الايجاب وكالة و القبول اصالة، فلما مسها و بعث الدراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له في البيع و ان رفاعه مخطئ في القيمة، أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به

و قد استدل صاحب الحدائق رد لما ذهب إليه بصحيح «١» رفاعه النخاس المذكور في المتن.

(١) و اورد عليه المصنف قدس سره: بان التأويل فيه متعين لمنافاة ظاهره لصحة البيع و فسادها، إذ لو كان البيع صحيحا لزم تعيين المسمى دون القيمة الواقعية، فلما ذا امر (عليه السلام) بتقويم الجارية بقيمة عادلة؟ و ان كان فاسدا فلما ذا حكم بتعين ما بعث إليه ان كانت القيمة الواقعية اقل؟ و لهذا التزم بانه يحمل على ارادة التوكيل في التقويم و البيع بعده بما يتعين في نظره لا بالقيمة الواقعية، و الأمر برد ما نقص انما هو من جهة خيار الغبن، فكما انه إذا عين الموكل القيمة فظهر الغبن له الخيار كذلك إذا عينها الوكيل، و انما عين ذلك من جهة انه حيث لا حاجة للموكل في الجارية و الوكيل محتاج إليها

(١) الوسائل - باب ١٨ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١

و قوله ان كان قيمتها اكثر فعليك ان ترد ما نقص اما ان يراد به لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك إذا اراد امساك الجارية. حيث ان المالك لا حاجة له في الجارية،

فيسقط خياره ببذل التفاوت. و أما ان يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت ام ولد، و تعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع، و قد يحمل على صورة تلف الجارية و ينافيه قوله فيما بعد فليس عليك ان تردها، الى آخره.

و كيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري و انصراف الثمن الى القيمة السوقية لهذه الرواية، كما حكى عن ظاهر الحدائق ضعيف، و اضعف منه ما عن الاسكافي من تجويز قول البائع بعتك بسعر ما بعت، و يكون للمشتري الخيار و يردده ان البيع في نفسه إذا كان غررا فهو باطل فلا يجبره الخيار.

و أما بيع خيار الرؤية فذكر الاوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم، عند حكاية قول الاسكافي في مسألة القدرة على التسليم.

فيسقط خياره ببذل التفاوت أو يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت ام ولد.

و اجيب عن ذلك بجوابين:

احدهما: ما افاده المحقق الإيرواني قدس سره، و هو: ان ما ذكره يتم لو كان المراد من البيع بحكم المشتري في الرواية البيع بتعيينه المطلق، اما إذا كان المراد تعيينه لقيمة المثل و يكون تعيينه طريقيا محضا لا موضوعيا فيكون المراد من البيع بحكمه هو البيع بقيمة المثل من غير دخل لحكمه على وجه الموضوعية، فلا حاجة الى التأويل، بل تنطبق الرواية على القاعدة.

و فيه: - مضافا الى انها لا- تنطبق على القاعدة إذ مقتضى القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقيمة المثل للغرر: ان ما افاده يستلزم استرجاع الزائد ان كانت قيمتها اقل مما بعته إليه، فهذا لا يلائم مع حكمه بعدم الرجوع الى الزائد.

ثانيهما: انه يحمل على ارادة تعيينه بحكمه و ان تعيينه يكون موضوعيا، و لكن يشترط ان لا- يكون اقل من قيمة المثل، و عليه فلو كانت القيمة السوقية اقل كان ما بعته

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢

مسألة: العلم بقدر المثل كالتنمين شرط (١)

اشارة

باجماع علمائنا كما عن التذكرة،

و عن الغنية العقد على المجهول باطل، بلا خلاف.

و عن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا و ان شوهد اجماعا.

و في السرائر ما يباع وزنا فلا يباع كيلا بلا خلاف و الأصل في ذلك ما تقدم من النبوي المشهور (٢) و في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة (٣)

منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكييل معلوم، ثم ان صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته، قال لا يصلح إلا بكييل. قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة، هذا

مما يكره من بيع الطعام و في رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة و الإيراد على دلالة الصحيحة

إليه له و لو كانت ازيد لا بد من رد الزائد لاشتراطه و فيه: انه خلاف الظاهر جدا و ان تم ما افاده المصنف قدس سره و لم نورد عليه: بان متعلق الوكالة ان كان هو البيع بقيمة المثل خاصة كان البيع بغيرها فضوليا و ان كان عاما لغيرها لم يكن وجه لثبوت خيار الغبن - و ايضا لا وجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت.

و الا فيرد الصحيح الى اهله و على أى تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة.

عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا

(١) لا خلاف و لا إشكال فى انه اشترط فى المبيع ان يكون معلوما فلا يجوز بيع المكيل و الموزون و المعدود الا مع معرفة المقدار باحدها فلا- يباع المكيل و الموزون و المعدود جزافا و لو كان مشاهدا كالصبرة، و لا بمكيال مجهول كقصعة حاضرة و لا العدد المجهول كملء اليد و نحوها بلا خلاف، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

(٢) و يشهد له حديث نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر «١»

(٣) و جملة من النصوص: منها صحيح الحلبي «٢» المذكور فى المتن

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) باب ٤ من ابواب عقد البيع حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٣

بالاجمال (١) و باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع (٢) غير وجيه لأن الظاهر من قوله سميت فيه كيلا انه يذكر فيه الكيل فهى كناية عن كونه مكيلا- فى العادة. اللهم إلا ان يقال: ان توصيف الطعام بكونه كذلك الظاهر فى التنوع مع انه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن إلا فى مثل الزرع قائما، يبعد إرادة هذا المعنى، فتأمل.

و أما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أو نقص خصوصا إذا لم يطمئن بتصديقه لا شرائه على انه القدر المعين الذى اخبر به البائع،

فإن هذا لا يصدق عليه الجزاف، قال فى التذكرة: لو اخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا.

و قال فى التحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمان سواء زاد أو نقص لم يجز.

و اورد عليه بايرادات:

(١) الأول: ان قوله (عليه السلام): و ما كان من طعام سميت فيه كيلا ... الخ مجمل،

إذ لو كان المراد به ما بيع بكيل فما معنى لا يصح مجازفة؟ و ان كان المراد به ما من شأنه ان يباع بكيل - اى يقال انه مكيل و يكون الخطاب الى الراوى بما هو من اهل العرف و العادة - فلازمه تنوع الطعام، مع انه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن.

و فيه: انه يمكن اختيار الشق الثانى واخذ القيد توضيحيا، أو بان يقال ان من الطعام ما هو مكيل و منه ما هو موزون و لو فى بعض البلدان، فيكون مفاد قوله (عليه السلام) ذلك، ان ما يكون من الطعام مكيلا انما اعتبر فيه الكيل من جهة انه لا يصلح بيعه مجازفة، و لازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

(٢) الثانى: ان الخبر مخالف لفتوى المشهور، فانهم افتوا بتصديق البائع فى اخباره بان كيل المبيع كذا، و هذا الصحيح يدل على انه لا يعتمد عليه.

و فيه: انه في تلك المسألة انما يلتزمون بالصحة إذا وقع البيع على ما اخبر به

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤

و أما نسبة الكراهة الى هذا البيع فليس فيه ظهور في معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح في الفساد. (١)
و في الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة، قال: سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن، فقال: اما ان تأتي رجلا في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مراحه، فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله أو لم تنه إذا اخذه المشتري الأول بكيل أو وزن، و قلت له عند البيع إنني أربحك كذا و كذا (٢)
و دلالتها أوضح من الأولى.

بعنوان ان كيله ما اخبر به و انه لو نقص يأخذ الزائد و لو زاد يرده، لا يبيعه بما اخبر به سواء زاد أو نقص كما هو ظاهر الخبر، مع انه في تلك المسألة يعتبرون كون البائع مؤتمنا.

الثالث: ما ذكره جماعة منهم المحقق الإيرواني قدس سره، و هو: ان المراد من قوله: و ما كان من الطعام سميت... الخ ان البيع إذا انعقد بعنوان الكيل كما إذا بيع منا من الحنطة- يعتبر الكيل في مقام التسليم صونا عن التعقب بالنزاع و المشاجرة- فهو اجنبى عن المقام.

و فيه: ان هذا خلاف الظاهر، فانه يتوقف على تقدير كلمة قبضه أو تسليمه بعد قوله فانه لا يصلح كما لا يخفى، و هو خلاف الظاهر.
(١) الرابع: ان قوله (عليه السلام) هذا مما يكره من بيع الطعام ظاهر في عدم الفساد.
و فيه: ان الكراهة في النصوص غير ظاهرة في الكراهة المصطلحة، بل ظاهرها المنع،
مع انه لو سلم الإجمال و عدم ظهورها في ذلك بكون المرجع قوله عليه السلام لا يصلح مجازفة، بل المحكى عن الفقيه فلا يصح مجازفة.

فالأظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل في المكيل.

(٢) و منها: موثق سماعة: «١» المذكور في المتن

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥

و رواية ابا ن عن محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه و أخذناه بكيه قال: لا بأس، قلت: أ يجوز ان ابيعه كما اشتريت بغير كيل، قال: اما انت فلا تبعه حتى تكيله دلت على عدم جواز البيع بغير كيل إلا، إذا أخبره البائع فصدقه (١) و فحوى مفهوم رواية أبي العطار و فيها قلت: فأخرج الكر و الكرين فيقول الرجل اعطني بكيك فقال: إذ اتتمنك فلا بأس به، و مرسله ابن بكير عن رجل سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل، فقال: أما ان يأخذ كله بتصديقه، و أما ان يكيله كله فإن المنع من التبعض المستفاد منه ارشادى محمول على انه ان صدقه فلا حاجة الى كلفه كيل البعض و الا فلا يجزى كيل البعض، و يحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء، و كيف كان. ففي مجموع ما ذكر من الاخبار و ما لم يذكر مما فيه ايماء الى المطلوب، من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغا عنه عند السائل و تقرير الامام كما في رواية كيل ما لا يستطاع عده و غيرها، مع ما ذكر من الشهرة المحققة

وارد عليه المحقق الأصفهاني قدس سره: بان مورد الاستدلال.

ان كان هي الشرطية الأولى و هي قوله: فلا بأس ان اشتريته ... الخ فمن الواضح ان نفى البأس عن اشتراؤه بلا كيل و لا وزن لا مفهوم له الا بلحاظ موضوع الشرطية و هو طعام قد كيل أو وزن، و هو من مفهوم الوصف.

و ان كان هي الشرطية الثانية و هي قوله: إذا اخذه المشتري الأول ... الخ فمن البين انه تقرير لصدر الخبر حيث قال تاتي رجلا في طعام قد كيل و وزن و الشرطية إذا كانت لتحقيق الموضوع أو لتقريره لا مفهوم لها، فلا مفهوم في القضية الا مفهوم الوصف.

وفيه: انه يدل على المفهوم من جهة وروده في مقام التحديد كما يظهر من ملاحظة السؤال و الجواب.

(١) و منها خبر «١» محمد بن حمران، و فحوى خبر «٢» ابي العطار، و مرسل «٣» ابن بكير، المذكورة في المتن.

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب عقد البيع حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦

و الاتفاقات المنقولة كفاية في المسألة، ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصي (١) و ان كان حكمته سد باب المسامحة المفضية الى الوقوع في الغرر، كما ان حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك الشرط، فحينئذ فيعتبر التقدير بالكيل و الوزن و ان لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره (٢) المتساوي له في القيمة فانه لا- يتصور هنا غرر اصلا مع الجهل بمقدار كل من العوضين، و يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار على المورد الغالب، و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى

و منها: غير ذلك من النصوص.

و لا- يخفى ان ظاهر هذه النصوص اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون، سواء أُلزم من تركهما الغرر ام لا؟ كما ان مقتضى حديث نفى الغرر مانعية الغرر الشخصي، سواء أ كان العوض مما يكال أو يوزن ام لا، فالنسبة بينهما عموم من وجه، و حيث انهما مثبتان لا تنافى بينهما فيتعين العمل بالدليلين و البناء على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون، مع عدم كون البيع غريبا.

(١) قوله ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخص لا إشكال في ان الغرر في حديث نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر شخصي و ما لم يصير الغرر فعليا لا يترتب عليه حكمه كما في ساير العناوين المأخوذة موضوعا.

و أما في اخبار الكيل و الوزن فلم يؤخذ عنوان الغرر كي يصح ما ذكره المصنف قدس سره من ابتناء الصحة و الفساد في الفروع التي ذكرها على كون الحكم منوطا بالغرر الشخصي أو النوعي فما ذكره قدس سره من المبني لا أصل له.

(٢) قوله كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه يدل على فساد البيع في الفرض مضافا الى ادلة اعتبار الكيل حديث نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر فانه و ان لم يلزم الغرر من حيث المالية الا انه يلزم من حيث الغرض المعاملي: إذ الاغراض

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧

كما في الفرض المزبور، و كما إذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، و كما إذا كان المبيع قليلا- لم يتعارف وزن الميزان لمثله كما لو دفع فلسا و اراد به رهنا لحاجة. فان الميزان لم يوضع لمثله فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين (١) و

لا منافاة بين كون الشيء من جنس المكييل و الموزون، و عدم دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة الحديد كما نبه عليه في القواعد و شرحها و حاشيتها، و مما ذكرنا يتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة، فإنها و إن كانت من الموزون و لذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها الا انها عند وقوعها ثمننا حكمها كالمعدود في ان معرفة مقدار ماليتها لا يتوقف على وزنها، فهي كالقليل و الكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن. و كذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان، و كذا الدرهم و الدينار الخالصان، فإنهما و ان كانا من الموزون و يدخل فيهما الربا اجماعا الا ان ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضا من دون معرفة بوزنهما لعدم غرر في ذلك اصلا

المعاملية و المقاصد العقلائية كما تختلف باختلاف الاجناس ذاتا أو وصفا كذلك تختلف باختلاف الحدود و المقادير من حيث الاحتياج الى مقدار خاص بلا نظر الى القيمة السوقية.

(١) و على ما ذكرناه فان لم يكن المبيع مكيلا أو موزونا- لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة الحديد- أو كان مكيلا- و موزونا و لكن كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، أو كان الشيء في اصله كذلك و لكن كان ماليتها بالعرض تابعة لاعتبار من بيده زمام الأمر بلا دخل للمقدار فيها كالمسكوكات- غير ما هو من الذهب و الفضة و الأوراق المطبوعة- صح البيع بلا كيل و لا وزن ان لم يلزم الغرر الشخصي كما هو المفروض.

اما في الأول: فلعدم شمول ادلة الكيل و الوزن له و انصرافها عنه.

و أما في الثاني: فلأن الكيل و الوزن انما اعتبرا من جهة الطريقية الى معرفة المقادير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨

لعدم غرر في ذلك اصلا.

و يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة اغلبهم بوزنهما.

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانهما عن وزنهما المقرر في وضعهما من حيث تفاوت قيمتهما بذلك. فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب. و من هنا لا يجوز اعطاء الناقص منهما لكونه غشا و خيانة. و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود و شبهها، حيث أن نقصان الوزن لا يؤثر في قيمتها، فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه و إلى ما ذكرنا من الفرق. اشير في صحيحة ابن عبد الرحمن قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى الشيء بالدرهم فاعطى الناقص الحبة و الحبتين، قال: لا حتى تبينه، ثم قال: الا ان تكون هذه الدراهم إلا و ضاحية التي تكون عندنا عددا. (١)

و بالجملة فإناطة الحكم بوجود معرفة وزن المبيع و كيله مدار الغرر الشخصي قريب في الغاية إلا- ان الظاهر كونه مخالفا لكلمات الأصحاب في موارد كثيرة.

و الحدود لا لخصوصية فيهما بالخصوص، كما يشهد له- مضافا الى مناسبة الحكم و الموضوع- ما دل على الاعتماد على اخبار البائع بالكيل أو الوزن، و قوله عليه السلام في ذيل الصحيح المتقدم فانه لا يصلح مجازفة الدال على ان المانع هو البيع جزافا. فإذا كان الحدس موجبا للاطمئنان كفى.

و أما في الثالث: فلعدم كونه مكيلا و لا موزونا.

هذا كله في المكييل و الموزون.

(١) قوله و إلى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحة ابن عبد الرحمن «١» رواها في المتن و يمكن ان يكون وجه الفرق ان الدراهم

الوضاحية هي الدراهم الصحيحة فلا تكون هي ناقصة بما لا يتسامح فيه فلا بأس باعطائها من دون التبيين.

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب الصرف حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٩

ثم ان الحكم في المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكييل و الموزون بلا خلاف ظاهر، (١) و يشير إليه بل يدل عليه تقرير الامام في الرواية الآتية، المتضمنة لتجوز الكيل في المعدود المتعذر عده، (٢) و يظهر من المحكى عن المحقق الاردبيلي المناقشة في ذلك، بل الميل الى منعه، و جواز بيع المعدود مشاهدة، و يردده رواية الجوز الآتية، و المراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها باعدادها، كالجوز و البيض بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب وعد العلامة البطيخ و الباذنجان في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد: و لا يكفي في السلم و صحته العد من المعدودات بل لا بد من الوزن في البطيخ و الباذنجان و الرمان، و انما اكتفى بعدها في البيع للمعاينة، انتهى.

و قد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطيخ و الرمان إذا كان رطبا، لعدم الوزن و ثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء و الخوخ و المشمش أيضا غير موزونة، و كل ذلك محل تأمل لحصول الغرر أحيانا بعدم الوزن. فالظاهر ان تقدير المال عرفا في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز و البيض.

(١) و أما المعدود فالمشهور بين الأصحاب لزوم معرفة العدد كما مر، و عن مجمع البرهان: انه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود الا عدا و ان الأصل و العمومات و حصول التراضي - الذي هو العمدة في الدليل - دليل قوى، فاثبات خلافه مشكل. (٢) و لكن الذي يظهر من صحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام عن الجواز لا نستطيع ان نعدده فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد قال.

عليه السلام: لا بأس به «١»

من جهة ظهوره في اعتقاد السائل، لزوم العد، و تقريره (عليه السلام) ذلك - هو لزوم العد، و به تقييد اطلاقات الأدلة. بيع المكييل بالوزن، و العكس

و استقصاء الكلام في المقام انما يكون ببيان امور:

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٠

مسألة: [التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]

إشارة

لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكييل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا اشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك (١) بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلا. لكن تقدم ان ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي لحكمة سد باب الغرر المؤدى الى

التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في اكثر المعاملات زيادة على التراضى الفعلى حال المعاملة، و حينئذ فيقع الكلام و الاشكال في تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه.

فنقول اختلفوا في جواز بيع المكيل وزنا و بالعكس و عدمه، على أقوال ثالثها جواز المكيل وزنا دون العكس، لأن الوزن أصل الكيل و اضبط، و إنما عدل إليه في المكيلات تسهيلا، فالمحكي عن الدروس في السلم جوازه مطلقا، حيث قال و لو أسلم في المكيل وزنا و بالعكس فالوجه الصحة لرواية وهب عن الصادق عليه السلام،

و كأنه أشار بها إلى رواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي (صلوات الله عليهم) قال لا بأس بسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن.

و لا يخفى قصور الرواية سندا بوهب و دلالة بأن الظاهر منها جواز أسلاف الموزون في المكيل و بالعكس، لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن و بالعكس، و يعضده ذكر

(١) الأول: في تقدير كل من المقدرات بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك.

و الكلام فيه في موردين:

(١) في بيع المكيل وزنا و بالعكس، و قد اختلفوا فيه على أقوال.

ثالثها: التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصح، و بين بيع الموزون بالكيل فلا يصح.

رابعها: التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقا الى التقدير المعتبر في المبيع في نفسه فيصح، و بين ملاحظته مستقلا فلا يصح.

فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في تقدير كل منهما بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا الى ما تعارف فيه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥١

الشيخ للرواية في باب اسلاف الزيت في السمن، فالذي ينبغي ان يقال ان الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين في المقدر بالآخر، من حيث جعله دليلا- على التقدير المعتبر فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس، و تارة في كفايته فيه أصلا من غير ملاحظة تقديره المتعارف. أما الأول فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، و قد يكون مما لا يتسامح فيه. (١) اما الأول، فالظاهر جوازه خصوصا مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه، لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه، غاية ما في الباب ان يجعل التقدير الآخر طريقا إليه.

و يؤيده رواية عبد الملك بن عمر و قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى مائة راوية من زيت فاعرض راوية أو اثنتين فأترنهما ثم اخذ سائره على قدر ذلك قال: لا بأس، استدلل بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه (٢) بوزن واحد من المتعدد و نسبة الباقي إليه

الثاني: في تقديره به مستقلا.

(١) اما الأول: فقسمه المصنف قدس سره الى قسمين، إذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، و ربما يكون مما لا يتسامح فيه.

إذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالأظهر هي الصحة لما عرفت من ان اعتبار التقدير الخاص انما هو لمعرفة حد المبيع و مقداره، و التقدير بما هو طريق الى ذلك- مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك و يخرج البيع عن كونه جزافيا- فيصح.

و يشهد له: - مضافا الى ذلك- صحيح الحلبي المتقدم بالتقريب الذي قدمناه و خير «١» عبد الملك بن عمرو: المذكور في المتن.

(٢) و ما عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر،

ليس من جهة هذا الخبر نفسه، فان اتران مائة راوية زيت ليس بمتعذر، بل من جهة صحيح الحلبي الوارد في الجوز المختص بصورة عدم الاستطاعة.

و لكن يرد عليه: انه لا مفهوم له كى يقيد اطلاق هذا الخبر به.

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٢

و اردفه بقوله و لأنه يحصل المطلوب و هو العلم، و استدلاله الثاني يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر و التقييد بالتعذر لعله استنبطه من الغالب في مورد السؤال و هو تعذر وزن مائة راوية من الزيت. و لا يخفى ان هذه العلة لو سلمت على وجه يقدر في عموم ترك الاستفصال، انما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفا لعمومات وجوب التقدير، و قد عرفت ان هذا في الحقيقة تقدير، و ليس بجزاف. نعم ربما ينافى ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية في بيع الجوز كما سيجىء.

و أما لو كان التفاوت مما لا يتسامح فيه، (١) فالظاهر ايضا الجواز مع البناء على ذلك المقدر المستكشف من التقدير، إذا كان ذلك التقدير اماره على ذلك المقدار، لأن ذلك ايضا خارج عن الجزاف، فيكون نظير اخبار البائع بالكيل، و يتخير المشتري لو نقص و ما تقدم من صحيحة الحلبي في اول الباب من المنع عن شراء احد العدلين بكيل احدهما قد عرفت توجيهه هناك، هذا كله مع جعل التقدير الغير المتعارف اماره على المتعارف.

(١) و أما إذا كان التفاوت المحتمل مما لا يتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما سذكروه في المقام الثاني.

و تصحيحه بالبناء على ذلك التقدير مخدوش، إذ البناء عليه الراجع الى شرط الخيار لو نقص لا يصح العقد، لأن ذلك لا يخرج عن الجزافية، و لذا لا يصح البيع بالمشاهدة مبني على مقدار معين مما تعارف فيه. و دعوى اطلاق الخبر.

ممنوعه، فان الظاهر و لا أقل من المحتمل كون ما بقى من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه.

و أما المقام الثاني: فالمشهور بين الأصحاب على ما نسب إليهم في محكى الرياض:

جواز بيع المكيل وزنا، و عدم جواز بيع الموزون كيلا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٣

و أما كفاية احد التقديرين عن الآخر اصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف، فالظاهر جواز بيع الكيل وزنا على المشهور، كما عن الرياض لأن ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة، المنهى عنه في الاخبار و معقد الاجماع لان الوزن اضبط من الكيل و مقدار مائة المكيلات معلوم به اصالة من دون ارجاع الى الكيل و المحكى المؤيد بالتبع ان الوزن اصل للكيل و ان العدول الى الكيل من باب الرخصة. (١) و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات و يشهد لأصالة الوزن ان المكاييل المتعارفة في الاماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ الا الوزن، إذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكاييل عليه.

و أما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه اشكال،

بل لا يبعد عدم الجواز.

و قد عرفت عن السرائر ان ما يباع وزنا لا يباع كيلا بلا خلاف، فإن هذه مجازفة صرفه

(١) و استدلل له المصنف قدس سره: بان الوزن اصل للكيل، و ان العدول الى الكيل من باب الرخصة، و عليه فيبيع المكيل بالوزن ليس بيعا جزافيا بخلاف العكس.

و فيه: لا- إشكال في ان الأصل للكيل هو الوزن، إذ الأغراض المعاملية العقلانية تختلف باختلاف مقادير الأشياء من حيث الخفة و الثقل، و لهذه الحثية مراتب معينة يعبر عنها بالثاقيل و ما دونها و ما فوقها، و ليس الكيل طريقا الى معرفة ذلك في نفسه فلا محالة يقدر الكيل من حيث انه يسع مقدارا من الوزن، الا انه بعد تعارف الكيل في شىء و عدم معرفة وزنه غالبا لا محالة لا يعرف مقدار تموله بالوزن، بل يكون ذلك ايضا بيعا جزافيا.

و ربما يستدل للجواز في الموردین بخبر وهب عن مولانا الصادق عليه السلام عن ابيه عن الإمام على عليه السلام: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن (١).

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب السلف حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٤

إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط، فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعة حاضرة أو ملاء اليد، فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه الى كفاية المشاهدة. ثم انه قد علم مما ذكرنا انه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر، (١) كالحقة و الرطل و الوزنة باصطلاح اهل العراق، الذي لا- يعرفه غيرهم خصوصا الاعاجم فانه غير جائز، لأن مجرد ذكر احد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. هذا كله في المكيل و الموزون.

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لو هب.

و ثانياً: انه يدل على انه يجوز ان يكون ثمن المكيل موزوناً و بالعكس، و لا يدل على جواز كل من الكيل و الوزن في مورد الآخر. فالأظهر هو عدم الجواز مطلقاً.

(١) و لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين دون الآخر.

يمكن الاستدلال لصحتها:

- مضافاً الى سيرة المتدينين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذي يحضرونه أو بكيهه مع جهلهم بالمقدار- بان الغرر لا يلزم- بعد فرض علم المشتري بان الكيل أو الوزن المشتري به متعارف في البلد- و نصوص اعتبار الكيل و الوزن تدل على لزوم ان يكون البيع باحدهما.

و أما معلومية مقدار ما يوزن تفصيلاً فلا تدل عليه، بل اغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل و الوزن المتعارفين في بلدهم.

و بعبارة اخرى: ان تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافاً و بالتخمين بلا وزن و لا كيل، و لا تدل على ازيد من ذلك.

و لكن ثبوت السيرة المتصلة الى زمان المعصوم عليه السلام محل تأمل، و الظاهر صدق الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك و ان لم يصدق من حيث المالية

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٥

و أما المعدود فإن كان الكيل أو الوزن طريقاً إليه فالكلام فيه كما عرفت في اخويه، (١) و ربما ينفيه التقرير المستفاد من صحيحة

الحلبى عن ابى عبد الله عليه السلام انه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدده، فيكال بالميكال ثم يعد ما فيه. ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال: لا بأس به.

فإن ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك فى غير حال الضرورة، و لم يردعه الامام عليه السلام بالتنبية على ان ذلك غير مختص بصورة الاضطرار، لكن التقرير غير واضح، فلا ينهض الرواية لتخصيص العمومات و لذا قوى فى الروضة الجواز مطلقا. و أما كفاية الكيل فيه اصالة فهو مشكل لأنه، لا يخرج عن المجازفة، و الكيل لا يزيد على المشاهدة. و أما الوزن، فالظاهر كفايته بل ظاهر قولهم فى السلم انه لا يكفى العد فى المعدودات، و ان جاز بيعها معجلا بالعد، بل لا بد من الوزن، انه لا خلاف فى انه اضبط و انه يغنى عن العد، فقولهم فى شروط العوضين انه لا بد من العد فى المعدودات محمول على اقل مراتب التقدير

و النصوص انما هى فى صدد بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع لا مجرد الكيل و الوزن من حيث هما. فالأظهر بطلان تلك المعاملة.

و أما صحيح الحلبى عن ابى عبد الله عليه السلام: لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر «١». فالظاهر منه المنع عن البيع بغير صاع المصر بتدليس انه صاع المصر، فلا يدل على جواز البيع بصاع المصر و ان لم يعلم مقداره. (١) المورد الثانى:

فى بيع المعدود بالكيل أو الوزن.

لا- كلام فى انه إذا كان الكيل أو الوزن طريقا الى العدد يجوز ذلك كما تقدم، و صحيح الحلبى المذكور «٢» فى المتن المختص بصورة تعذر العد لا- مفهوم له كى يدل على عدم جوازه مع الإمكان، و تقريره عليه السلام لما فى ذهن السائل من عدم الجواز مع الإمكان غير ظاهر.

(١) الوسائل- باب ٦- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

(٢) الوسائل- باب ٧- من ابواب عقد البيع حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٥٦

لكنه ربما ينافى ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم و يكفى الوزن عن العد، فإنه يوهم كونه الاصل فى الضبط، الا ان يريدوا هنا الاصالة و الفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة، فافهم. بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا (١) فقد قيل ان الموجود فى كلام الاصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما فى زمن الشارع،

و حكم الباقي فى البلدان ما هو المتعارف فيهما فما كان مكيلا أو موزونا فى بلد يباع كذا، و الا فلا.

و عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق نسبتته الى الاصحاب، و ربما منع ذلك

و أما إذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقة فقد اختار المصنف قدس سره كفاية الوزن فيه، و الظاهر ان وجهها اصالة الوزن فى التقدير مطلقا حتى فى المعدود. و فيه: ان اصالة الوزن لو سلمت لا تفيد بعد فرض كون مناط المايه فى شىء العدد،

فانه يلزم من بيعه بالوزن الغرر. فالأظهر عدم الكفاية.

المناط في المكيل والموزون

(١) الثاني: في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا أو موزونا.

وقبل الشروع في بيان المختار و دليله، ينبغي تقدير امور:

الأول: ان مورد البحث هو انه هل المدار على ما كان مكيلا أو موزونا في عصر النبي صلى الله عليه و آله لا على كيل عصره و وزنه، فانه لم يقل بذلك احد، و لا يكون ذلك رافعا للغرر.

و بعبارة اخرى: مورد الكلام تعيين ما هو مكيل أو موزون لا تعيين الكيل و الوزن،

إذ لا- كلام في ان المكيل يكال بالمكيل المتعارف في كل عصر، و الموزون يوزن بالميزان المتعارف في كل زمان. فما في عبارة المبسوط المنقولة في المكاسب و المكيال مكيال اهل المدينة و الميزان ميزان اهل مكة لا بد من تأويله، لا سيما و قد نفى الخلاف عنه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٧

بعض المعاصرين قائلا ان دعوى الاجماع على كون المدار هنا على زمانه صلى الله عليه و آله على الوجه المذكور غريبة (١) فاني لم اجد ذلك في كلام احد من الاساطين، فضلا عن ان يكون اجماعا، نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى حكم الربا لا انه كذلك بالنظر الى الجهالة و الغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صلى الله عليه و آله في رفع شيء من ذلك و اثباته، انتهى.

اقول ما ذكره دام ظله من عدم تعرض جل الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين و إنما ذكروه في باب الربا حق، إلا أن المدار وجودا و عدما في الربا على اشتراط الكيل و الوزن في صحته بيع جنس ذلك الشيء.

و اكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط و المعيار فيه هنا يعني في شروط العوضين الا ان الاكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا و في ذلك الباب.

و أما اختصاص هذا المعيار بمسألة الربا و عدم جريانه في شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع

الثاني: ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل و الموزون، فان مفهومهما اللغوي واضح، و لا حقيقة شرعية لهما قطعا، و لا تكون مكيلية شيء أو موزونيته من الأمور الواقعية، و يكون نظر العرف و الشرع طريقا إليها حتى يكون الشارع مصوبا للعرف تارة و مخطئا لهم اخرى، بل هما امران جعليان رتب الشارع على هذا الأمر الجعلي البنائي الذي بنى العرف عليه حكما، و حيث ان الجعل و البناء يختلف باختلاف الأعصار و الأمصار،

فلذا وقع النزاع في انه هل المعيار عصر خاص و مصر مخصوص، ام الميزان صدق عنوان كون الشيء مكيلا أو موزون؟

الثالث: المحكى: عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق: ان الأصحاب افتوا بان المراد بالمكيل و الموزون ما ثبت فيهما الكيل و الوزن في زمانه صلى الله عليه و آله، و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما.

(١) و اورد عليهما صاحب الجواهر قدس سره: باني لم اجد ذلك في كلام احد من الاساطين، فضلا عن ان يكون اجماعا نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة الى الربا.

و المصنف قدس سره ذكر طرقا ثلاثة لاستفادة ان الفقهاء افتوا بذلك:

أما أولاً: فلشهادة تتبع كلمات الاصحاب بخلافه، (١) قال في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه وآله في شىء الكيل لم يجز الا كيلا في سائر البلاد وما كانت فيه وزنا لم يجز الا وزنا في سائر البلاد والمكيال مكيال اهل المدينة والميزان ميزان اهل مكة هذا كله بلا خلاف، فإن كان مما لا تعرف عادة في عهده صلى الله عليه وآله حمل على عادة البلد الذى فيه ذلك الشىء فما عرف بالكيل لا يباع الا كيلا، وما عرف فيه الوزن لا يباع الا وزنا، انتهى.

ولا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع لا لخصوص مبيعة المتماثلين ونحوه كلام العلامة في التذكرة. و أما ثانياً: فلأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم هنا. وفي باب الربا ان الموضوع في كلتا المسألتين شىء واحد، (٢) اعنى المكيل والموزون قد حمل عليه حكمان، احدهما عدم صحته ببيعه جزافاً، والآخر عدم صحته ببيع بعضه ببعض متفاضلاً، ويزيده وضوحاً ملاحظة اخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

(١) الأول: ان التتبع في كلمات الأصحاب يشهد بذلك. و ذكر منها عبارة المبسوط.

وفيه: أن ما افاده في المبسوط الصريح في ذلك خيرة التذكرة ونهاية الأحكام والمختلف و حواشى الشهيد وغيرها، وهو المنقول عن القاضى كما عن مفتاح الكرامة،

ولكن القدماء من الأصحاب لم يصروا بذلك.

(٢) الثانى: ان المقطوع به بعد التتبع ان الموضوع في هذه المسألة وفي مسألة الربا واحد وهو المكيل والموزون، وقد حمل عليه حكمان:

احدهما: عدم جواز بيعه متفاضلاً.

ثانيهما: عدم جواز بيعه مجازفةً. فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

وفيه: ان ما ذكره ان كان ضابطة لتعيين المفهوم، أو كان ضابطة لتعيين المصدق مع كونه ظاهراً في ضبط ما هو مصداق الموضوع في المقامين، كما إذا ذكروا المسألتين

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٥٩

و أما ثالثاً: فلأنه يظهر من جماعة تصریحاً أو ظهوراً ان من شرط الربا كون الكيل والوزن شرطاً في صحته (١) ببيعه قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل والوزن في الربا تفریفاً على ذلك انه لا ربا في الماء إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن وقال في الدروس ولا- يجرى الربا في الماء لعدم اشتراطهما في صحته ببيعه نقداً. ثم قال وكذا الحجاره والتراب والحطب ولا عبرة ببيع الحطب وزنا في بعض البلدان لأن الوزن غير شرط في صحته، انتهى.

وهذا المضمون سهل الاصابة لمن لاحظ كلماتهم فلاحظ المسالك هنا و شرح القواعد وحاشيتها للمحقق الثانى والشهيد عند قول العلامة والمراد بالمكيل والموزون هنا جنسه وان لم يدخله لقلته كالحبة والحببتين من الحنطة أو لكثرتة كالزبرة ولازم ذلك يعنى اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل والوزن في صحته ببيعه انه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس لثبوت كونه مكيلاً أو موزوناً على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ولم يصدق ما ذكره من اشتراط الربا باشتراط التقدير في صحته ببيعه.

وبالجملة فتلازم الحكمين اعنى دخول الربا في جنس واشتراط بيعه بالكيل أو الوزن مما لا يخفى على المتتبع في كتب الاصحاب و حينئذ فنقول: كلما ثبت كونه مكيلاً أو موزوناً في عصره صلى الله عليه وآله فهو ربوى في زماننا (٢) ولا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً وان لم يلزم غرر للاجماع.

بنحو الاتصال و في ذيلهما ذكروا ذلك تم ما افاده.

و لكن بما ان ما ذكروه انما يكون في مقام ضبط ما هو المصدق في ذيل مسألة الربا خاصة و لا إطلاق له يشمل هذه المسألة، فلا يجدى ذلك في المقام بعد كون ظاهر الدليل ان الموضوع فيها كل ما صدق عليه هذا المفهوم لا خصوص مصداق خاص منه.

الثالث: ما هو مركب من امرين:

(١) احدهما: انه يشترط عند الأصحاب في الربا ان يكون الكيل و الوزن شرطا في صحة بيعه.

(٢) ثانيهما: اتفاهم على ان العبرة في المكيل و الموزون الجارى فيه الربا على ما هو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٠

...

و لما عرفت من ان اعتبار الكيل و الوزن لحكمة سد باب نوع الغرر لا شخصه فهو حكم لحكمة غير مطردة نظير النهى عن بيع الثمار قبل الظهور، لرفع التنازع و اعتبار الانضباط في المسلم فيه، لأن في تركه مظنة التنازع و التغايب و نحو ذلك.

و الظاهر كما عرفت من غير واحد ان المسألة اتفاهية، و أما ما علم انه كان يباع جزافا في زمانه صلى الله عليه و آله فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعا.

و الظاهر انه اجماعى، كما يشهد به دعوى بعضهم الاجماع على ان مثل هذا ليس بربوى و الشهرة محققة على ذلك نعم ينافى ذلك بعض ما تقدم من اطلاق النهى عن بيع المكيل أو الموزون جزافا.

الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو احدهما و ان لم يتعارف في غيره، و كذلك قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة. الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب و في عرفه، و ان لم يكن كذلك في عرف الشارع.

اللهم الا ان يقال: انه لم يعلم ان ما تعارف كيله أو وزنه في عرف الأئمة عليهم السلام و اصحابهم كذلك في عهد الشارع الأقدس. فانه يستنتج منهما اعتبار الكيل و الوزن في ما كان مكيلا و موزونا في عهده.

و ان شئت قلت: بهيئة الشكل الأول ما كان مكيلا أو موزونا في عهده يجرى فيه الربا، و ما يجرى فيه الربا يشترط ان يباع بالكيل أو الوزن، و نتيجتهما ان كل ما كان مكيلا أو موزونا في عهده يشترط ان يباع بالكيل أو الوزن.

و فيه: ان الأمر الأول- و هو الكبرى في القياس- ان اريد به ان من شرط جريان الربا كون الكيل أو الوزن شرطا في صحة بيعه و لو في زمانه صلى الله عليه و آله خاصة فهو حق، الا انه لا يفيد للمستدل. و ان اريد به انه من شرطه كون ذلك شرطا في صحته الى الأبد، و ما دام يجرى فيه الربا فهو اول الكلام و غير ثابت.

فالإنصاف ان دعوى الإجماع، بل الشهرة في المقام في غير محلها.

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: ان الكلام يقع في موردين:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦١

كان غير مقدر في زمان الشارع، حتى يتحقق المنافاة، و الاصل في ذلك ان مفهوم المكيل و الموزون في الأخبار لا يراد بهما كل ما فرض صيرورته كذلك، حتى يعلم كونه غير مقدر في زمان الشارع، بل المراد بهما المصدق الفعلى المعنون بهما في زمان المتكلم، و هذه الافراد لا يعلم عدم كونها مكيلة و لا موزونة في زمن النبي صلى الله عليه و آله لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفا للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال و يوزن، (١) انه لا دليل حينئذ على اعتبار الكيل في ما شك في كونه مقدر في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر، إذ لا يكفى في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل و الموزون، بل لا بد من كونه احد

المصاديق الفعلية في زمان صدور الاخبار و لا دليل ايضا على الحاق كل بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان. و الحاصل ان الاستدلال باخبار المسألة المعنونة بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة في التقدير بزمان النبي صلى الله عليه و آله، ثم بما اتفق عليه البلاد، ثم بما تعارف في كل بلدة بالنسبة الى نفسه في غاية الاشكال فالاولى تنزيل الاخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين

الأول: في بيان ما يستفاد من الأدلة.

الثاني: في ما استدل به على ما هو المنسوب الى المشهور.

اما المورد الأول: فالمستفاد منها: ان المدار في اعتبار الكيل و الوزن على ما هو مكيل أو موزون في زمان البيع و بلده، فما كان مكيفا أو موزونا في زمان البيع و بلده اعتبر في صحته ببعه ذلك، و ما لم يكن كذلك و ان كان في زمان الشارع مكيفا أو موزونا لا يعتبر في صحته ذلك، لأن دليل اعتبار هذا الأمر حديث نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر (١). و النصوص الخاصة المتقدمة.

اما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة، فان من المعلوم عدم دخل المدخلة لزمانه صلى الله عليه و آله في رفع الغرر و اثباته.

(١) و أما النصوص فالمأخوذ فيها المكيل و الموزون من دون التقييد بزمان خاص و بلد

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٢

و ثبات ما ينافي ذلك من الاحكام المشهورة بالاجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة، و كذا الاشكال لو علم التقدير في زمن الشارع و لم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن. و مما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة من التمسك لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع (١) و لكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان. بأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية و لكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلف البلدان بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه، انتهى.

و ذكر المحقق الثاني ايضا: ان الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله، فالمعتبر هو العرف

مخصوص، و مقتضى اطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند ايقاع المعاملة من حيث زمانها و مكانها.

و بعبارة اخرى: قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لإنشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدر وجودها، فكل ما صدق عليه هذا العنوان يشمله هذا الحكم، من غير فرق بين الأزمنة و الأمكنة.

و أما المورد الثاني: فالمنسوب الى المشهور دعويان:

الأولى: ان العبرة في التقدير بزمان النبي صلى الله عليه و آله.

الثانية: ان ما لم يثبت كونه مكيفا أو موزونا في عهده العبرة فيه بما اتفق عليه البلدان.

و قد استدل للأولى بالاجماع و بان المراد من المكيل و الموزون المصادق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم.

(١) و بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٣

السابق، و لا- أثر للتغير الطارئ للاستصحاب و لظاهر قوله صلى الله عليه و آله حكمى على الواحد حكمى على الجماعة. و أما فى الأقرار و الايمان و نحوها فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شىء عنها حملا له على ما يفهمه الموقع، انتهى.

اقول ليس الكلام فى مفهوم المكيل و الموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر فى تحقق هذا المفهوم، فإن المراد بقولهم عليهم السلام ما كان مكيلا فلا يباع جزافا أو لا يباع بعضه ببعض الا متساويا. اما ان يكون ما هو المكيل فى عرف المتكلم أو يراد به ما هو المكيل فى العرف العام، أو ما هو المكيل فى عرف كل مكلف، و على اى تقدير، فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجى و ارادة جميع هذه الثلاثة خصوصا مع ترتيب خاص فى ثبوت الحكم بها و خصوصا مع كون مرتبة كل لاحق مع عدم العلم بسابقه، لامع عدمه غير صحيحة كما لا يخفى.

و لعل المقدس اليردبيلى اراد ما ذكرنا حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع و العرف العام و العرف الخاص، معللا باحتمال ارادة الكيل و الوزن المتعارف عرفا عاما أو فى اكثر البلدان أو فى الجملة مطلقا أو بالنسبة الى كل بلد، بلد كما قيل فى المأكول و الملبوس فى السجدة من الامر الوارد بهما لو سلم، و الظاهر هو الاخير، انتهى.

و قد رده فى الحدائق بأن الواجب فى معانى الالفاظ الواردة فى الاخبار حملها على

و فى الجميع نظر:

اما الأول: فلما تقدم. و ما عن المبسوط من نفى الخلاف عنه، لا يدل على الإجماع، إذ عدم الخلاف فى اصطلاح القدماء محمول على امر آخر غير الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم، مع انه لو ثبت ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم.

و أما الثانى: فلأن الظاهر من هذه القضية كسائر القضايا الشرعية كونها قضية حقيقية لا خارجية، ألا ترى انه لم يتوهم احد اختصاص ما دل على حرمة تنجيس المسجد بالمساجد الموجودة فى عهد الشارع. و بالجملة: ما ذكرناه واضح.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٦٤

عرفهم صلوات الله عليهم فكلما كان مكيلا أو موزونا فى عرفهم و جب اجراء الحكم عليه فى الازمنة المتأخرة، و ما لم يعلم، فهو بناء على قواعدهم يرجع الى العرف العام الى آخر ما ذكره من التفصيل، ثم قال: و يمكن ان يستدل للعرف العام بما تقدم فى صحيحة الحلبي من قوله ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فإن الظاهر ان المرجع فى كونه مكيلا الى تسميته عرفا مكيلا، و يمكن تقييده بما لم يعلم حاله فى زمانهم عليهم السلام انتهى.

اقول: قد عرفت ان الكلام هنا ليس فى معنى اللفظ، لان مفهوم الكيل معلوم لغه، و انما الكلام فى تعيين الاصطلاح الذى يتعارف فيه هذا المفهوم، (١) ثم لو فرض كون الكلام فى معنى اللفظ، كان اللازم حملة على العرف العام إذا لم يكن عرف شرعى لا إذا جهل عرفه الشرعى فإنه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذ على المعنى العرفى، بل لا بد من الاجتهاد فى تعيين ذلك المعنى الشرعى، و مع العجز يحكم بإجمال اللفظ، كما هو واضح، هذا كله مع ان الاخبار انما وصلت الينا من الأئمة (صلوات الله و سلامه عليهم) فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع. و أما ما استشهد به للرجوع الى العرف العام من قوله عليه السلام ما سميت فيه كيلا الخ

و أما الثالث: فلما عرفت من ان النزاع فى المقام ليس فى المفهوم، فانه مبين معلوم و لا حقيقة شرعية له.

(١) و انما الكلام فى انه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم، ام الميزان كلما صدق عليه ذلك، مع ان النصوص انما وصلت الينا من الأئمة عليهم السلام لا منه صلى الله عليه و آله، فلو كان الميزان عرف المتكلم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم و وزنه كما لا يخفى.

و استدلل للثانية:

بالإجماع و بان الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية.

و بمضمر على بن ابراهيم الطويل: و لا- ينظر فيما يكال أو يوزن الا الى العامة و لا يؤخذ فيه الخاصة، فان كان قوم يأكلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن اصل اللحم ان يوزن، واصل الجوز ان يعد «١».

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلما تقدم.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الربا حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٥

فيحتمل ان يراد عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاص بالمتبايعين. نعم مع العلم بالعرف العام لا- عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية، فتأمل و أبعث شيء في المقام ما ذكره في جامع المقاصد: من ان الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله انتهى.

و بالجملة، فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر ان كلها متفق عليها. نعم اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفة في ان لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا أو انه يغلب جانب التحريم، كما عليه جماعة من اصحابنا، لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافا في بلد لا يتعارف فيه التقدير، ثم انه يشكل الأمر فيما علم كونه مقدرا في زمان الشارع، لكن لم يعلم ان تقديره بالكيل أو بالوزن ففيه وجوه أقواها و أحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر، و أشكل من ذلك ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص و لا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافا تخصيصا لأدلة نفي الغرر لاحتمال كون ذلك الشيء من المتبدلات في زمن الشارع أو في العرف بحيث يتحرز عن الغرر بمشاهدته. و قد بلغ عند قوم في العزة إلى حيث لا يتسامح فيها،

فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع به الغرر من الكيل أو الوزن أو العدد.

و بالجملة فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما بنى الامر في مقام استعلام مالىة الشيء على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجاب بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالىة ما عنده من الرمان و البطيخ، فإنه لا يجاب إلا بالوزن، و إذا سئل عن مقدار الحنطة و الشعير، فربما يجاب بالكيل و ربما يجاب بالوزن لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن، إذ الكيل بنفسه غير منضبط بخلاف الوزن و قد تقدم ان الوزن اصل في الكيل و ما ذكرنا هو المراد بالمكيل و الموزون الذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل و الوزن عند البيع و بدخول الربا فيهما، و أما ما لا يعتبر مقدار مالىةه بالتقدير باحد الثلاثة كالماء و التبن و الخضريات.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٦

فالظاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير فإن اختلفت البلاد في التقدير و العدم، فلا اشكال في التقدير في بلد التقدير. و أما بلد عدم التقدير فإن كان ذلك لا يتبدل الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، و ان كان لعدم مبالاةهم بالغرر و اقدمهم عليه حرصا مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة، فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها. فإن النواهي الواردة في الشرع عن بيوع الغرر و المجازفات، كبيع الملايح و المضامين و الملامسة و المنابذة و الحصاة على بعض تفاسيرها و ثمر الشجر قبل الوجود و غير ذلك لم يرد الا- ردا على من تعارف عندهم الاقدام على الغرر و البناء على المجازفات الموجب لفتح ابواب المنازعات و إلى بعض ما ذكرنا اشار ما عن علي بن ابراهيم، عن ابيه،

عن رجاله ذكره في حديث طويل، قال: ولا ينظر فيما يكال أو يوزن الا الى العامة،
و لا يؤخذ فيه الخاصة، فإن كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم،
لأن اصل اللحم ان يوزن واصل الجوز ان يعد، و على ما ذكرنا،

و أما الثاني: فلما عرفت من ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل و الموزون كي يتم فيه ذلك، بل في انه هل لمصداق خاص
منه خصوصية ام لا.

و أما الثالث: فلعدم حجتيه لعدم اتصال الخبر الى المعصوم، و عدم حجية قول التابعي من حيث هو.

مع ان المراد بالعامة ليس جميع الناس و الا لما كان يوجد- سيما في عصر الخبر- شيء يحرز اتفاق الناس عليه، بل المراد منه ان بناء
المتعاقدين لا يكفي، بل يعتبر بناء قوم كأهل بلد عليه، فهو ينطبق على ما ذكرناه.

مضافا الى انه لو اغمض عن ذلك و سلم كونه دالا على ما ذهب إليه المشهور يقع التعارض بينه و بين صحيح الحلبي الدال على ان
الميزان هو ما يسمى كيلا عند المتعاقدين بما هما من افراد البلد، و المحل و الترجيح معه كما لا يخفى.

و بناء على ما اخترناه تسقط جملة من الفروع التي ذكرها المصنف قدس سره، و هو واضح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٧

فالعبرة ببلد فيه وجود المبيع (١) لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدين، و في شرح القواعد لبعض الاساطين، ثم الرجوع الى العادة مع
اتفاقها اتفاقى، و لو اختلف فلكل بلد حكمه كما هو المشهور، و هل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين الأقوى، الأول و لو تعاقدا في
الصحراء (٢) رجعا إلى حكم بلدهما، و لو اختلفا رجح الأقرب أو الأعمم أو ذو الاعتبار على ذى الجراف، أو البائع فى مبيعه و
المشتري فى ثمنه أو يبنى على الأقراع مع الاختلاف، و ما اتفقا عليه مع الاتفاق أو التخيير و لعله الأقوى، و يجرى مثله فى معاملة
الغرباء فى الصحراء مع اختلاف البلدان و الأولى التلخص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة من صلح أو هبة بعوض أو
معاطاة و نحوها، و لو حصل الاختلاف فى البلد الواحد على وجه التساوى فالأقوى التخيير، و مع الاختصاص بجمع قليل اشكال،
انتهى.

نعم يبقى منها فرعان:

الاول: لو فرضنا كون المبيع فى بلد، و العقد فى بلد آخر، و المتعاقدين اهل بلد ثالث،

و كان ذلك الشيء فى احد البلاد مقدرا بغير ما يقدر به فى البلاد الاخر.

(١) فهل العبارة ببلد فيه وجود المبيع كما اختاره المصنف قدس سره ام ببلد العقد.

ام ببلد المتعاقدين؟ وجوه:

اظهرها الثالث، فانه الظاهر من صحيح الحلبي ما سميت فيه كيلا فانه موجه الى البائع.

(٢) الثانى: انه لو وقعت المعاملة فى الصحراء و كان البلاد مختلفة فى التقدير و لم يكن الصحراء ملحقة باحدها، فان كان المتعاقدان

اهل بلد لحقهما حكمه كما تقدم، و الا فلا يعتبر فى بيعهما الكيل و الوزن لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل و الوزن لهذا

المورد كما هو واضح. نعم يعتبر رعاية عدم الغرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٨

مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه (١)

على المشهور،

وعبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه، و يدل عليه غير واحد من الاخبار المتقدمة،
و ما تقدم في صحيحة الحلبي الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة ايقاع المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به، و ان
كان الاخبار داعيا إليها، فإنها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر.
و قد تقدم عن التحرير ما يوافق ذلك.

اخبار البائع بقدر المبيع

(١) الثالث: لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور و ظاهر التذكرة الاتفاق عليه.
الظاهر ان الغرر و ان كان يرتفع بايقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به، الا انه قد عرفت انه يعتبر الكيل و الوزن و ان لم يلزم
الغرر من عدمهما، و معلوم ان بذلك لا يتحقق هذا القيد، فعلى هذا يتعين الرجوع الى النصوص الخاصة.
و هي على طوائف:

الأولى: ما دل على الاعتماد عليه مطلقا: كخبر محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله
فصدقناه و اخذناه بكيله، فقال: لا بأس «١» و نحوه غيره.

الثانية: ما دل على عدم الاعتماد عليه: كصحيح الحلبي المتقدم «٢».

الثالثة: ما دل على الاعتماد عليه في صورة الائتمان خاصة: كخبر ابي العطار عن مولانا الصادق عليه السلام: إذا ائتمنتك فلا بأس «٣».
و نحوه غيره.

و الجمع بينها- لو سلم كون المقام مشمولاً لصحيح الحلبي، و لم نقل باختصاصه بما إذا كان الأخبار عن حدس لاعتن حس كما هو
ظاهره- يقتضى تقييد اطلاق الطائفة الأولى بمفهوم الثالثة، و تقييد اطلاق الثانية بمنطوقها، و بذلك يرتفع التعارض

(١) الوسائل- باب ٥- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث

(٢) الوسائل- باب ٤- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

(٣) الوسائل- باب ٥- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٩

ثم ان الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار، (١) كما يشهد به الروايات المتقدمة، فلو لم يفد لنا فإشكال من بقاء الجهالة
الموجبة للغرر و من عدم تقييدهم الاخبار بإفادة الظن و لا المخبر بالعدالة، و الاقوى بناء على اعتبار التقدير و ان لم يلزم الغرر الفعلي
هو الاعتبار. نعم لو دار الحكم مدار الغرر، كما في صحة المعاملة ايقاعها مبنية على المقدار المخبر به و ان كان مجهولاً و يندفع الغرر
ببناء المتعاملين على ذلك المقدار، فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على اوصاف مذكورة في العقد، فيقول بعتك هذه
الصبرة على انها كذا و كذا صاعاً، و على كل تقدير الحكم فيه بالصحة، فلو تبين الخلاف، (٢) فاما ان يكون بالنقيصة

و بما ذكرناه يظهر ما في كلام المحقق النائيني من حمل صحيح الحلبي على الكراهة، كما انه يظهر اعتبار كون المخبر مؤتمناً، و
الظاهر ان هذا هو مراد المصنف قدس سره.

(١) حيث قال: ثم ان الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار.

(٢) و على القول بالصحة فلو عامل و تبين الخلاف، فتارة: يكون بالنقيصة،

و اخرى: يكون بالزيادة فالكلام يقع فى مقامين:

اما المقام الاول، فالاقوال و الوجوه فيه خمسة الأول: البطلان.

الثانى: الصحة لزوما.

الثالث: الصحة مع ثبوت خيار الغبن.

الرابع: الصحة مع ثبوت خيار الشرط.

الخامس: الصحة مع ثبوت خيار تبعض الصفقة.

و تنقيح القول بالبحث فى موارد:

الأول: فى انه هل يصح ام يكون باطلا؟

الثانى: فى انه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم أو الجواز؟

الثالث: فى انه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط، أو خيار تبعض الصفقة، أو خيار الغبن؟

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٠

و أما ان يكون بالزيادة، فإن كان بالنقيصة تخير المشتري بين الفسخ و بين الإمضاء، بل فى جامع المقاصد احتمال البطلان، كما لو باعه ثوبا على انه كتان فبان قطناً، ثم رده بكون ذلك من غير الجنس و هذا منه و إنما الفاتت الوصف لكن يمكن ان يقال مغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية (١) لا يشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراكهما فى أصل الحقيقة بخلاف الجزء و الكل فتأمل.

فإن المتعين الصحة و الخيار، ثم انه قد عبر فى القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشتري مع النقيصة بقوله تخير المغبون، فربما تخيل بعض تبعاً لبعض ان هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء، معللاً بأن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف فى العقد، و يدفعه تصريح العلامة فى هذه المسألة من التذكرة: بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص. و فى باب الصرف من القواعد: بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما اخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصة معينة من الثمن، و تصريح

اما المورد الأول: فقد استدلل للبطلان فى المتن.

(١) بمغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية فما وقع عليه العقد لا وجود له. افرض خمسة امانان إذا تبين ان الموجود اربعة امانان،

و ماله وجود لم يقع عليه العقد، فلا بد من البناء على البطلان.

و فيه: ان العناوين على قسمين:

احدهما: ما هو مناط مالية الاشياء، و هى الصورة النوعية من غير فرق بين العقلية و العرفية، كعنوان الذهب، و العبد، و ما شابههما.

ثانيهما: ما ليس مناط المالية، و انما يبذل الثمن بازاء المعنون كالكلم الخاص و الحد المخصوص، فان الثمن لا يبذل بازاء هذا العنوان بما هو كعنوان المن، بل يبذل بازاء المعنون،

اى الاجزاء الخارجية المعنونة بهذا العنوان، و ما ذكر يتم فى القسم الأول، و هو اجنبى عن المقام و لا يتم فى القسم الثانى، فانه ينحل العقد الى العقد على كل جزء جزء، فالمقدار الموجود لا مانع من تأثير العقد فيه، و المقصود ليس شيئاً كى يؤثر العقد فى تملكه. و

هذا بخلاف القسم الاول، فانه لا ينحل العقد فيه الى العقد على ذات الموجود و العقد على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧١

جامع المقاصد في المسألة الأخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة و هي ما لو باع متساوي الاجزاء على انه مقدار معين فبان اقل، و من المعلوم ان الخيار في تلك المسألة اما لفوات الوصف، و أما لفوات الجزء على الخلاف الآتي. و أما التعبير بالمغبون فليشمل البائع على تقدير الزيادة و المشتري على تقدير النقيصة، (١) نظير تعبير الشهيد في اللمعة عن البائع و المشتري في بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف، حيث قال: تخير المغبون منهما و أما ما ذكره من ان الخيار إنما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد فيه ان ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع ككتابة العبد و خياطته. و أما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العد فهذا لا يحتاج الى ذكره في متن العقد، فإن هذا اولى من وصف الصحة الذي يغني بناء العقد عليه عن ذكره في العقد، فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة

عنوانه، فان المادة المشتركة لا مالمية لها و لا يبذل المال بازائها. فالأظهر هي الصحة.

و أما المورد الثاني: فالأظهر هو الجواز، لأن التراضي لم يقع بالمبيع على كل تقدير و الا بطل البيع للغرر و الجهالة و سيجيء في المورد الثالث زيادة توضيح لذلك.

و أما المورد الثالث: فقد ظهر مما ذكرناه في المورد الأول وجه ثبوت خيار تبعض الصفقة.

و أما ثبوت خيار الغبن فلا وجه له، لأن ذلك إنما يثبت فيما إذا بيع بازيد من القيمة السوقية، و في المقام ربما يكون بانقص منها كما لا يخفى، لا في موارد تخلف المبيع جزءاً أو وصفاً.

فما في القواعد على المحكى في المتن قبل اسطر من ثبوت خيار الغبن، ان كان تسامحا في العبارة.

(١) كما في المتن قال و أما التعبير بالغبن فليشتمل البائع على تقدير الزيادة و المشتري على تقدير النقيصة فلا كلام، و الا فهو، غير تام. و أما ثبوت خيار تخلف الشرط فانما هو فيما إذا وقع البيع مثلاً على شيء و اشترط صريحاً أو ضمناً في ضمنه شيء آخر، بحيث لم يقع شيء من الثمن بازاء الشرط و ان كان موجبا لزيادة قيمة المبيع، و المقام ليس من هذا القبيل، فان كل جزء من المبيع وقع بازائه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧٢

ليست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعين، و كيف كان فلا اشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف، و انما الاشكال في ان المتخلف في الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من اوصافه، فلذلك اختلف في ان الامضاء هل هو بجميع الثمن، أو بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الاجزاء الى المعدوم. (١)

و تمام الكلام في موضع تعرض الاصحاب للمسألة، ثم ان في حكم اخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف كل ما يكون طريقاً عرفياً الى مقدار المبيع و اوقع العقد بناء عليه، كما إذا جعلنا الكيل في المعدود و الموزون طريقاً الى عده أو وزنه.

جزء من الثمن، و عليه فيسترد مقدار من الثمن وقع بازاء الجزء المفقود، و له الخيار بين الإمضاء و الفسخ بعد ذلك.

(١) و الفرق بين هذه الأقسام من الخيار انه لو كان الثابت خيار تبعض الصفقة يرد جزء من الثمن ثم يتخير بين الفسخ و الإمضاء، و لو كان هو خيار الشرط لا يرد شيء،

و لو كان خيار الغبن يتخير بينهما ما لم يبذل البائع التفاوت، و الا فلا خيار له.

و أما المقام الثاني: فمن التزم بالبطلان في المقام الأول لا بد له من الالتزام به في المقام،

و لكن عرفت فساداً مما عن المبسوط من البطلان ضعيف، و لا وجه لخيار الغبن كما تقدم،

و لا لخيار التبعض لعدمه، و لا لخيار الشرط لما تقدم.

و دعوى ان العقد يؤثر فى ملكية ذات المبيع و شرط وصف خاص مباين للموجود لا يوجب الا الخيار بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن، و نتيجة ذلك الصحة، و كون الزيادة للمشتري و ثبوت الخيار للبائع بين الامضاء بتمام الثمن، و الفسخ كما التزم به المصنف قدس سره فى باب الشروط،

مندفعة بان شرط المقدار غير سائر الشروط كما تقدم، فالعقد لا يؤثر الا فى المتقدر، و الزائد باق على ملك البائع، و لذلك يثبت خيار تخلف الشرط للمشتري من جهة حصول الشركة بينه و بين البائع، فى ما اشتراه، و الشركة نقص بناء المتعاملين على عدمه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٣

مسألة: قال فى الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

و ان لم يمسا (١) و لو مسحا كان أحوط لتفاوت الغرض فى ذلك و تعذر ادراكه بالمشاهدة، انتهى.

و فى التذكرة لو باع مختلف الاجزاء مع المشاهدة صح كالثوب و الدار و الغنم اجماعا.

و صرح فى التحرير بجواز بيع قطع الغنم و ان لم يعلم عددها.

أقول يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد (٢) لثبوت الغرر غالبا مع جهل اذرع الثوب و عدد قطع الغنم و الاعتماد فى عددها على ما يحصل تخمينا بالمشاهدة عين المجازفة.

و بالجملة فإذا فرضنا ان مقدار مالية الغنم قلة و كثرة يعلم بالعدد، فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها و بين الجهل بالمقدار فى المكيل و الموزون و المعدود. و كذا الحكم فى عدد الأذرع و الطاقات فى الكرايس و الجربان فى كثير من الأراضي المقدره عادة بالجريب. نعم ربما يتفق تعارف عدد خاص فى اذرع بعض طاقات الكرايس، لكن الاعتماد على هذه من حيث كونه طريقا الى عدد الأذرع، نظير اخبار البائع، و ليس هذا معنى كفاية المشاهدة و تظهر الثمرة فى ثبوت الخيار، إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الأذرع بالنسبة الى ما حصل التخمين به من المشاهدة، الا إذا كان النقص عيبا أو اشترط عددا خاصا من حيث الذراع طولاً و عرضاً.

بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

(١) الرابع: قال فى الشرائع: يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة و ان لم يمسا.

و قد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفه الأجزاء كالثوب و الدار و الغنم مع المشاهدة، و ادعوا ان عليها الإجماع.

و اورد عليهم جمع منهم المصنف قدس سره: قال بانه.

(٢) يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر.

و ظاهر بعض الموردين و صريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٤

و بالجملة فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصى إذ لم يرد هنا نص بالتقدير ليحتمل اناطة الحكم به و لو لم يكن غرر، كما استظهرناه فى المكيل و الموزون، فافهم.

مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء (١)**إشارة**

كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد و شبه ذلك يتصور على وجوه:

الأول: أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيا من الجملة (٢)

مقدرا بذلك العنوان ف يريد بالصاع مثلا من صبرة تكون عشرة اصوع عشرين، و من عبد من العبيد نصفهما

و لكن الأظهر عدم الصحة في جملة من تلك الموارد و لو لم يلزم الغرر، و هي الموارد التي يباع الشيء بالعد و الذرع.

اما في الأول: فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد في المعدود،

و أما في الثاني: فلأن العد بالذرع أيضا داخل في حقيقة العد، و لا فرق بين ان يقال جوزة و جوزتان و ان يقال ذرع و ذرعان، و مجرد

كون الأول من قبيل الكم المنفصل،

و الثاني من قبيل الكم المتصل لا يصلح فارقا.

نعم ما ذكره يتم فيما يباع لا بالعد و لا بالذرع، فانه يصح البيع ان لم يلزم الغرر، كما في العباء فان كل طاقة منه لها قيمة و هي مناط

ماليتها كانت اربعة اذرع أو ازيد أو انقص

بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

(١) الخامس في بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها.

و الوجوه المتصورة ثلاثة.

(٢) الاول ان يكون المراد بالصاع الكسر الواقعي المشاع من الجملة مقدرا بالصاع، فلو كانت الصبرة عشرة اصوع كان المبيع عشرين،

فيكون الصاع ملحوظا مرآة الى الكسر المشاع المساوي للصاع.

و قد اوضحنا حقيقة الاشاعة في اول مسألة بيع نصف الدار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧٥

و لا اشكال في صحة ذلك، و لا في كون المبيع مشاعا في الجملة، و لا فرق بين اختلاف العبيد في القيمة و عدمه، و لا بين العلم

بعدد صيعان الصبرة و عدمه، لأن الكسر مقدر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته الى المجموع هذا، (١) و لكن قال في التذكرة و الأقرب

انه لو قصد الاشاعة في عبد من عبيد أو شاء من شاتين بطل،

بخلاف الذراع من الأرض، انتهى. (٢)

و لو يعلم وجه الفرق الا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاة. (٣)

(١) لا اشكال في صحة البيع المذكور من غير فرق بين المثل و بين بيع عبد من عبيد، و من غير فرق بين اختلاف العبيد و الأصوع

في القيمة و عدمه، و من غير فرق بين العلم بعدد صيعان الصبرة و عدمه لتقدير الكسر بالصاع، و العلم بنسبته الى المجموع لا يكون

معتبرا.

(٢) و عن العلامة قدس سره: الإشكال في صحة بيع عبد من عبيد أو شاء من شاتين لو قصد الإشاعة.

و غاية ما قيل في توجيهه امران:

(٣) الأول: منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاء، و الحال انه كما يعتبر في الإنشائيات كون الإنشاء بما هو ظاهر أو صريح في ما قصد من المعاملة، يعتبر ذكر متعلق القصد بلفظ ظاهر فيه. و بهذا يظهر ان ما ذكره المحقق النائيني قدس سره من الجواب عن هذا الوجه بانه ليس الكلام في مقام الإثبات كى يدعى عدم الظهور و انصراف المطلق الى بعض افراده بل في مقام الثبوت، غير تام. و كيف كان: فيرد عليه: انه لا دليل على اعتبار ذكر متعلق القصد فضلا عن اعتبار ذكره بلفظ ظاهر فيه، و عليه فمع العلم بارادة الكسر المشاع لا يضر عدم ظهور اللفظ فيه. الثاني: ان العبدین أو الشاتین بما انه لا وحدة لهما حقيقة، فوحدتهما تصحيحا لبيع جزء مشاع منهما انما تكون بالاعتبار، و حيث انه لا إنشاء له غير انشاء البيع، فيلزم تكفل انشاء واحد لأمرين: تنزيل الشئين منزلة الشىء الواحد، و بيع الكسر المشاع فى المجموع. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٦

الثانى: ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه

من الافراد المتصورة فى المجموع، (١) نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد، و هذا يتضح فى صاع من الصيعان المتفرقة و لا إشكال فى بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق فى القيمة، (٢) كالعبدین المختلفین لانه غرر. لأن المشتري لا يعلم بما يحصل فى يده منهما. و أما مع اتفاقهما فى القيمة، كما فى الصيعان المتفرقة، فالمشهور أيضا كما فى كلام بعض المنع، (٣) بل فى الرياض نسبتته الى الاصحاب. و عن المحقق الاردبيلي قدس سره ايضا نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين احد طرفيه الى الاصحاب، و استدل على المنع بعضهم بالجهالة التى تبطل معها البيع اجماعا، (٤) و آخر بأن الابهام فى البيع مبطل له (٥) لا من حيث الجهالة، و يؤيده انه حكم فى التذكرة مع منعه عن بيع احد العبدین المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف احدهما فباع الباقي و لم يدر ايتهما هو صح، خلافا لبعض العامة. (٦)

و فيه: ان اعتبار الوحدة لا يحتاج الى الإنشاء كى يلزم ذلك.

فالأظهر هى الصحة فى هذا المثال ايضا.

(١) الثانى من الوجوه المتصورة: ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة فى المجموع، و هو على قسمين: احدهما: ما يكون له واقع معين و يكون مرددا عند المتبايعين. ثانيهما: ما لا يكون معينا و لو فى الواقع.

(٢) اما فى القسم الأول: فان كانت المصاديق مختلفة فى القيمة بطل البيع للغرر.

(٣) و ان كانت متفقة فيها فالمشهور بين الاصحاب هو البطلان و عن سيد الرياض نسبتته الى الاصحاب و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه.

و قد استدل للبطلان فى المتن بوجوه.

(٤) الاول بالجهالة التى يبطل معها البيع اجماعا.

(٥) الثانى بالابهام فى البيع الذى هو مبطل له لا من حيث الجهالة.

(٦) و ايداه المصنف بما نقله فى المتن من حكم العلامة بصحة البيع فى مورد الابهام مع عدم الجهالة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧٧

و ثالث (١) بلزوم الغرر و رابع (٢) بأن الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لانه امر انتزاعي من امرين معينين و يضعف الأول بمنع المقدمتين لأن الواحد على سبيل البدل غير مجهول إذ لا تعين له في الواقع حتى يجهل، و المنع عن بيع المجهول و لو لم يلزم غرر غير مسلم. نعم وقع في معقد بعض الاجماع ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين، ففي السرائر بعد نقل الرواية التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيد قال:

ان ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الامة بأسرها، مناف لأصول مذهب اصحابنا و فتاويهم و تصانيفهم، لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف انتهى، و عن الخلاف في باب السلم: أنه لو قال اشترى منك أحد هذين العبيد أو هؤلاء العبيد لم يصح الشراء، دليلنا انه بيع مجهول فيجب ان لا يصح و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبيد و لأنه لا دليل على صحة ذلك في الشرع، و قد ذكرنا هذه المسألة في البيوع. و قلنا ان أصحابنا رووا جواز ذلك في العبيد. فإن قلنا بذلك تبعا فيه الرواية و لم يقس غيرهما عليهما، انتهى.

و عبارته المحكية في باب البيوع هي: انه روى اصحابنا انه إذا اشترى عبدا من عبيد على ان للمشتري ان يختار أيهما شاء انه جائز، و لم يروا في الثوبين شيئا،

ثم قال: دليلنا إجماع الفرقة. و قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم و سيأتي ايضا في كلام فخر الدين ان عدم تشخيص المبيع من الغرر الذي موجب النهي عنه الفساد اجماعا و ظاهر هذه الكلمات صدق الجهالة، و كون مثلها قاده اتفاقا، مع فرض عدم نص، بل قد عرفت رد الحلبي للنص المجوز بمخالفته، لإجماع الأمة. و مما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع، اعني كون الابهام مبطلا.

(١) الثالث لزوم الغرر.

(٢) الرابع ان الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج واحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامها به

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧٨

و أما الوجه الثالث فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الافراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة، و لذا يجوز الاسلاف في الكلي من هذه الافراد، مع ان الانضباط في السلم اكد. و ايضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلي من الصبره و لا فرق بينهما من حيث الغرر قطعا، و لذا رد في الايضاح حمل الصاع من الصبره على الكلي برجوعه الى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد اجماعا و أما الرابع فبمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجي فإن الكلي المبيع سلما أو حالا مملوك للمشتري و لا وجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكا للمشتري فالوجه ان الملكية امر اعتباري يعتبره العرف و الشرع أو احدهما في موارد و ليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة و السواد. (١)

و لذا صرحوا بصحة الوصية بأحد الشئيين بل احد الشخصين و نحوهما فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلي عدم دليل معتبر على المنع،

قال في شرح الارشاد على ما حكى عنه بعد ان حكى عن الاصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أي الطرفين، قال: و فيه تأمل، إذ لم يتم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم، فانهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أي

طرف اراد المشتري أو من اى جانب كان من الأرض. فما المانع بعد العلم بذلك، انتهى.

و فى الجميع نظر.

اما الاول: فلان الجهالة غير الموجبة للغرر لا دليل على مبطلتها، والاجماع عليها ان كان ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

و أما الثانى: فلعدم الدليل على مبطلته بما هو ابهام و أما الثالث: فلما تقدم.

و أما الرابع: فلما افاده المصنف قدس سره.

(١) من ان الملكية امر اعتبارى و ليست صفة وجودية متأصلة كالسواد و أما فى القسم الثانى، فالظاهر هو البطلان لا للوجوه الاربعة المتقدمة،

بل لان المردد من حيث هو لا ماهية له و لا تحقق و هو صرف مفهوم لا مطابق له،

و الملكية و ان كانت امرا اعتباريا، الا انها هوية تعلقية و متقومة بطرفها، و يستحيل ان تحقق فى افق الاعتبار مع عدم الطرف المقوم لها، فهى لا يعقل تعلقها بالمردد.

و بعبارة اخرى: انه لا- مطابق له فى الخارج فلا ينطبق على ما فى الخارج، فلا يصح اعتبار كونه مملوكا لعدم الأثر، فيصح المردد بهذا المعنى باطل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٩

فالدليل هو الاجماع لو ثبت، و قد عرفت من غير واحد نسبه الى الاصحاب قال بعض الاساطين فى شرحه على القواعد، بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب و الأرض الراجع الى بيع الكسر المشاع، قال: و ان قصدا معيننا من عين أو كليا لا على وجه الاشاعة بطل، لحصول الغرر بالابهام فى الأول، و كونه بيع المعدوم و باختلاف الاغراض فى الثانى غالبا فيلحق به النادر، و للاجماع المنقول فيه الى ان قال: و الظاهر بعد امعان النظر و نهاية تتبع ان الغرر الشرعى لا يستلزم الغرر العرفى و بالعكس، و ارتفاع الجهالة فى الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها فى اصل الماهية و لعل الدائرة فى الشرع اضيق و ان كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين، (١) و فهم الأصحاب مقدم لأنهم أدري بمذاق الشارع و اعلم، انتهى.

و لقد اجاد حيث التجأ الى فهم الاصحاب فيما يخالف العمومات. فرع على المشهور، من المنع لو اتفقا على انهما ارادا غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه، (٢)

(١) قوله و ان كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين تقريب كون النسبة عموما من وجه انه إذا اتحدت القيم فى المحتملات لا يكون هناك غرر عرفى و يكون الغرر شرعيا، و قد يكون الغرر العرفى موجودا و لا غرر شرعى كما فى بيع الآبق مع الضميمة- و قد يجتمعان و هو كثير و حيث ان مورد اذن الشارع فى البيع مع صدق الغرر العرفى قليل فلذا قال لعل الدائرة فى الشرع اضيق.

(٢) قوله لو اتفقا على انهما اراد غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه لا- يخفى انه بعد ان ذكر صورتين من بيع متساوية الاجزاء و نسب الى المشهور، المنع فى احدهما و الجواز فى الاخرى قال لو اتفقا على انهما اراد غير شائع، و مراده اتفقا على انهما لم يريدوا الكسر المشاع و حيث ان ارادة الكلى فى المعين مفروض عدمها فيتمحض فى ارادة الفرد المنتشر فلذا افتي بعدم صحة البيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٨٠

و لو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع، (١) و قال البائع أردت معينا ففى التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملا باصالة

الصحة و أصالة عدم التعيين، انتهى.

و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة في احد المعنيين اما معه فالمتبع هو الظاهر و اصالة الصحة لا تصرف الظواهر. و أما اصالة عدم التعيين فلم اتحققها (٢)

و ذكر بعض من قارب عصرنا انه لو فرض للكلام ظهور في عدم الاشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة و فيه نظر. (٣)

(١) قوله و لو اختلفا فادعى المشتري الاشاعة فيصح البيع أى انهما ارادا الاشاعة لا خصوص المشتري و الا فيبطل العقد لعدم التطابق بين الايجاب و القبول.

و كيف كان ففي مورد الاختلاف مقتضى اصالة الصحة البناء على صحة العقد ما لم يكن هناك لفظ ظاهر في ارادة الفرد المنتشر و الا- فلعدم صلاحية اصالة الصحة التى هى من الاصول التعبدية لمعارضه الظهور الذى هو من الامارات يبنى على البطلان فما افاده المصنف قدس سره من تقييد الحكم بالصحة عملا باصالة الصحة بصورة عدم الظهور فى المعين هو الصحيح و اظن ان العلامة قدس سره لا يدعى الحكم بالصحة فى هذه الصورة.

(٢) قوله و أما اصالة عدم التعيين فلم اتحققها و الوجه فيه ان التعيين انما يكون فى مقابل الاشاعة و قصد احدهما يصادق قصد الآخر فمع العلم بقصد احدهما- اصالة عدم التعيين تعارض اصالة عدم الاشاعة- نعم- لو كان التعيين عبارة عن الاشاعة متخصصة بمعين- كان قصد الاشاعة متيقنا و قصد التعيين مشكوكا فيه و كان يجرى اصالة عدم التعيين فتأمل.

(٣) قوله قدس سره و فيه نظر الظاهر ان وجه النظر ما تقدم من ان اصالة الصحة من الاصول التعبدية فلا تصلح لمقاومة الظهور الذى هو من الامارات- أو انه و ان كانت هى من الامارات الا ان طريقتها و اماريتها انما تكون فى ظرف عدم الظهور فتدبر.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٥، ص: ٨١

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل ان يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق فى الأفراد المتصورة فى تلك الجملة. (١)

و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الثانى كما حققه فى جامع المقاصد بعد التمثيل للثانى بما إذا فرق الصيعان و قال بعتك أحدها ان المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المتشخصة غير معين، فيكون بيعه مشتملا على الغرر. و فى هذا الوجه امر كلى غير متشخص و لا متميز بنفسه و يتقوم بكل واحد من صيعان الصبرة و يوجد به و مثله ما لو قسم الارباع و باع ربعا منها من غير تعيين و لو باع ربعا قبل القسمة صح و تنزل على واحد منها مشاعا لأنه حينئذ امر كلى.

فإن قلت المبيع فى الاولى ايضا امر كلى قلنا: ليس كذلك بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصة مبهم بحسب صورة العبارة فيشبه الأمر الكلى و بحسب الواقع جزئى غير معين و لا معلوم و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان و جعل كل واحد منها برأسه فصار اطلاق احدها منزلا على شخص غير معلوم فصار كبيع إحدى الشياء و أحد العبيد، و لو قال بعتك صاعا من هذه شائعا فى جملتها لحكمتنا بالصحة، انتهى.

(١) الثالث من الوجوه المتصورة: ان يكون المبيع هو الكلى فى المعين و الكلام فيه يقع فى جهتين.

الأولى: فى تصويره.

الثانية: فى حكمه.

اما الأولى: فليس المراد به الكلى الذمى المقيد بالوفاء من الصبرة المعينة بحيث ينحل العقد عليه الى العقد على الكلى الذمى و اشتراط وفائه و ادائه من الصبرة الخاصة،

فان لازم ذلك انه لو تلفت الصبره يكون المبيع باقيا مع ثبوت الخيار لتعذر الشرط، مع ان الحكم فى الكلى فى المعين انه لو تلفت الصبره يكون ذلك فى حكم تلف المبيع و موجبا لانفساخ العقد. مع ان لازمه جواز نقل الصبره باجمعها الى الغير، و لا يلتزمون به فى الكلى فى المعين. و ايضا لازمه جواز اداء المبيع من غير الصبره، غاية الامر ثبت خيار تخلف الشرط منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٥، ص: ٨٢

و حاصله ان البيع مع التردد جزئى حقيقى فيمتاز عن المبيع الكلى الصادق على الافراد المتصوره فى تلك الجملة. (١) و فى الايضاح ان الفرق بينهما هو الفرق بين الكلى المقيد بالوحده و بين الفرد المنشر، ثم الظاهر صحة بيع الكلى بهذا المعنى، كما هو صريح جماعة منهم: الشيخ و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم. بل الظاهر عدم الخلاف فيه و ان اختلفوا فى تنزيل الصاع من الصبره على الكلى أو الاشاعه، لكن يظهر مما عن الايضاح وجود الخلاف فى صحة بيع الكلى، و ان منشأ القول بالتنزيل على الاشاعه هو بطلان بيع الكلى بهذا المعنى، و الكلى الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمه، قال فى الايضاح فى ترجيح التنزيل على الاشاعه: انه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين، فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذى يدل النهى عنه على الفساد اجماعا، و لأن احدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح و لا بعينه هو المبهم و ابهام المبيع مبطل، انتهى.

للمشترى، و لا يلتزمون به فى المقام.

كما انه ليس المراد به الكلى الموجود خارجا فى الصبره، فان وجود الكلى بوجود افراده، فمع تعدد الافراد اما ان يقع العقد على احدها المعين، أو غير المعين، أو على جميع الوجودات، و لا رابع ليكون هو الكلى فى المعين، و صرف الوجود بمعنى ما لا يشذ عنه وجود لا يعقل انطباقه على الوجودات المحدوده، و بمعنى الناقض للعدم ليس له مصداق حقيقه، فان كل وجود بديل عدم نفسه، بل المراد به هو الكلى المقيد بالصبره الخارجيه. و الظاهر ان هذا هو مراد المصنف قدس سره حيث قال.

(١) فيمتاز عن المبيع الكلى الصادق على الافراد المتصوره فى تلك الجملة توضيح ذلك: ان الكلى كما يمكن تقييده بكلى آخر، و يكون القيد و المقيد كليا ثالثا اضيق من الأولين كالحنطه المقيدة بان تكون من محل مخصوص و بلد خاص، فيكون المجموع كليا ينحصر افراده فى الموجود الخارجيه.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٥، ص: ٨٣

و تبعه بعض المعاصرين مستندا تارة الى ما فى الايضاح من لزوم الابهام و الغرر، (١) و اخرى الى عدم معهوديه ملك الكلى فى غير الذمه لا على وجه الاشاعه. (٢)

و ثالثه: باتفاقهم على تنزيل الارطال المستثناء من بيع الثمره على الاشاعه. (٣) و يرد الاول ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم فى الكلى و الثانى بأنه معهود فى الوصيه و الاصداق، مع انه لم يفهم مراده من المعهوديه فى مورد، فإن انواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقق احدها فى مورد الآخر الا ان يراد منه عدم وجود مورد يقينى حكم فيه الشارع بملكيه الكلى المشترك بين افراد موجوده، فيكفى فى رده النقض بالوصيه و شبهها. هذا كله مضافا الى صحیحه الاطنان الآتیه فإن موردها اما بيع الفرد المنتشر و أما بيع الكلى فى الخارج.

و أما الثالث: فسيأتى الكلام فيه انشاء الله تعالى.

و أما الثانية: فقد استدل لفساد البيع في هذه الصورة.

(١) بلزوم الغرر و بالجهالة،

(٢) و بانه لم يعهد ملك الكلى في غير الذمة.

(٣) و باتفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناء من بيع الثمرة على الإشاعة.

و لكن يمكن دفع الجميع،

اما الأول: فلعدم لزومه مع تساوى الأفراد من حيث القيمة.

و أما الثاني: فلما تقدم من عدم مانعية الجهل من حيث هو، مع انه لا جهالة هناك،

فان المبيع كلى و معلوم.

و أما الثالث: فلأن عدم المعهودية ممنوع، كيف و هو معهود في الوصية و الإصداق، مع ان عدم المعهودية لا يصلح دليلاً للمنع.

و أما الرابع: فلأن حمل الكلام على معنى لظهوره فيه أو للتعبد لا يستدعى بطلان غيره لو صرح بارادته.

و بعبارة اخرى: انه يدل على الحمل على الإشاعة إذا لم يحرز المراد، و محل الكلام ما لو احرز ان المراد هو الكلى في المعين،

فالأظهر صحته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٤

مسألة: لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجود الثلاثة المتقدمة اعنى الكسر المشاع أو على الوجه الثالث و هو الكلى

(١)

إشارة

بناء على المشهور من صحته وجهان: بل قولان حكى، ثانيهما عن الشيخ و الشهيد و المحقق الثاني و جماعة. و استدل له في جامع

المقاصد بأنه السابق الى الفهم و برواية يزيد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى عن رجل عشرة آلاف طن من

أنبار بعضه على بعض من اجمة واحدة، و الأنبار فيه ثلاثون الف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال

المشتري: قد قبلت و اشترت و رضيت

إذا باع صاعاً من صبرة

(١) السادس: لو باع صاعاً من صبرة، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة، اعنى الكسر المشاع، أو الوجه الثالث- اى الكلى

في المعين- بناء على صحته وجهان.

و لا- يخفى انه لا- فرق في هذه المسألة بين ما لو كان هناك قصد معين و اريد تعيينه بظاهر اللفظ، و بين ما لو لم يكن قاصداً الا

لمفهوم هذا اللفظ.

ثم انه و ان كانت الوجوه المتصورة من بيع بعض من متساوية الأجزاء اربعة، الا انه حيث تكون النكرة و الفرد المنتشر ماخوذة فيهما

خصوصية من الخصوصيات زيادة على وجود الطبيعي فتحتاج ارادة احدهما الى قرينه و دال آخر، و مع فقد ذلك لا محالة يدور الأمر

بين ارادة الكسر المشاع، أو الكلى في المعين.

اللهم الا ان يقال: ان المصنف قدس سره يدعى ان مقتضى الوضع هو الفرد المنتشر، لكن ستعرف عدم تماميته،

و أما بناء على مسلك الشيخ قدس سره فلعل وجه حصره الوجوه في الوجهين ما ذكره من ان احتمال ارادة المنتشر يدفع باصالة

الصحة.

و كيف كان: فالكلام يقع اولا فيما يقتضيه النص الخاص ثم فيما يستفاد من اللفظ بحسب الظهور و أما النص و هو صحيح بريد «١» المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٥

فاعطاه المشتري من ثمنه الف درهم و وكل من يقبضه، فاصبحوا و قد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن و بقي عشرة آلاف طن، فقال عليه السلام العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري و العشرون التي احترقت من مال البائع، و يمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله صاعا من صبره هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقا أن المشهور، بل الإجماع على بطلانه و مقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، و ظاهره حينئذ الاشاعة لأن المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه. و أما الرواية فهي أيضا ظاهرة في الفرد المنتشر كما اعترف به في الرياض، لكن الانصاف ان العرف يعاملون في البيع المذكور، معاملة الكلي، فيجعلون الخيار في التعيين الى البائع و هذه اماره فهمهم الكلي (١)

و أما الرواية فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر، فلا بأس بحملها على الكلي لأجل القرينة الخارجية، و تدل على عدم الاشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع، و كونه مالا- للمشتري، فالقول الثاني لا يخلو من قوة، بل لم نظفر بمن جزم بالأول و ان حكاه في الايضاح قولاً ثم انه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا امور:

فهو يشهد بالحمل على الكلي في المعين، فانه لو كان المبيع كسرا مشاعا كان الباقي مشتركا بين البائع و المشتري، غاية الأمر كان ينفسخ البيع بالنسبة الى المقدار التالف،
فالحكم بكون الباقي للمشتري خاصة آية الحمل على الكلي في المعين.
لا يقال: انه يلائم مع الفرد المنتشر ايضا.

فانه يقال: انه بعد ما عرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر و عدم امكان تصحيحه و لو بالتعبد، يتعين حمل الخبر على الكلي في المعين.
(١) و أما الثاني فالمشهور بين الاصحاب الحمل على الكلي في المعين توضيح المقام: ان الصاع كسائر الفاظ أسماء الأجناس موضوع لطبيعي المعنى، و هو المقدار الخاص مع قطع النظر عن جميع الخصوصيات، و تنوينه اما ان يكون تنوينا للتمكن و مجرد انحفاظ المادة في ضمن حركة اعرابية، أو يكون للتكثير. و على الأول لا يزيد على الطبيعي شيء
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٦

احدها: كون التخيير في تعيينه بيد البائع، (١) لأن المفروض ان المشتري لم يملك الا- الطبيعة المعراة عن التشخص الخاص، فلا يستحق على البائع خصوصية،

فإذا طالب بخصوصية زائدة على الطبيعة فقد طالب بما ليس حقا له، و هذا جار في كل من ملك كليا في الذمة أو في الخارج، فليس لمالكة اقتراح الخصوصية على من عليه الكلي، و لذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا وصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبد من عبده و نحو ذلك

و الثاني و ان كان يتوهم ظهوره في الفرد المنتشر كما في المكاسب حيث ادعى المصنف قدس سره ظهوره في ارادة الفرد المنتشر، إذ لا وجه له سوى ذلك- الا انه يمكن ان يقال:

ان المراد به مجرد عدم التعيين لا النكرة المصطلحة.

و أما كلمة من فهي للتبعض، فمفاد هذه الجملة ارادة صاع من الحنطة غير المتعين من جهة الا- من جهة كونه بعضا من الصبرة الموجودة في الخارج، فظاهرها هو الكلي المتقيد بالموجود الخارجي المشتمل على افراد خارجية، و قد عرفت ان هذا هو الكلي في المعين.

و بعبارة اخرى: ان ظاهرها ارادة صاع من الحنطة الذي هو بعض من مجموع هذه الصبرة الموجودة في الخارج، و هذا هو الكلي في المعين، إذ الكسر المشاع بعض من الجميع لا المجموع.

مضافا الى ان ارادة الكسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر و هو اخذ الصاع مرآة و طريقا و معرفا للعشر أو الثمن أو نحو ذلك. و هذا بخلاف حملة على الكلي في المعين، فانه يكون الصاع بنفسه و عنوانه مبيعا.

هذا كله بناء على مسلك المشهور في الكسر المشاع، و أما بناء على ان الكسر المشاع عبارة عن ملكية تمام المال بالملكية الناقصة- كما عرفت في مسألة بيع نصف الدار- فحمل العبارة المذكورة على الكلي في المعين في غاية الوضوح كما لا يخفى.

ثمرات كون المبيع كليا في المعين أو مشاعا

و يتفرع على المختار من كون المبيع كليا امور:

(١) احدها كون التخيير في تعيينه بيد البائع كما هو المشهور بين الأصحاب

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٧

إلا انه قد جزم المحقق القمي في غير موضوع من أجوبة مسائله بأن الاختيار في التعيين بيد المشتري (١) و لم يعلم له وجه مصحح فإلته قاس ذلك على طلب الطبيعة حيث ان الطالب لما ملك الطبيعة على الأمور و استحقتها منه، لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون اخرى، و كذلك مسألة التملك كما لا- يخفى، و أما على الاشاعة فلا اختيار لاحدهما لحصول الشركة، فيحتاج القسمة الى التراضي.

و منها انه لو تلف بعض الجملة و بقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه، (٢) لأن كل فرد من افراد الطبيعة و ان كان قابلا لتعلق ملكه به بخصوصه الا- انه يتوقف على تعيين مالک المجموع و اقباضه، فكلما تلف قبل اقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلا فينحصر في الموجود

(١) و خالف القوم المحقق القمي قدس سره، و ذهب الى ان التخيير في تعيينه بيد المشتري.

و الظاهر ان منشأ مخالفته للقوم قياسه تملك الكلي في المعين بالأمر بالطبيعة و المشتري بالمأمور، فكما ان هناك يكون التخيير في تعيين الفرد بيد المأمور، كذلك التخيير فيه في المقام انما يكون بيد المشتري.

و فيه: ان الأمر بامر به يصير مالكا لفرد من الطبيعي على المأمور، و في المقام يصير المشتري مالكا على البائع، فكان الحرى قياس المشتري في المقام بالأمر هناك، فكما انه ليس اختيار الفرد هناك بيد الأمر، كذلك هنا ليس بيد المشتري.

و بالجملة: إذا كان البائع مملكا للكلي في المعين يصير المشتري مالكا للطبيعي دون الخصوصيات، فليس له حق في الخصوصيات يعين بعضا منها لنفسه، فلا محالة يكون الخيار بيد البائع. و هذا بخلافه على الاشاعة، فان المال يكون مشتركا بينهما، فليس لأحدهما التعيين الا مع رضا الآخر.

(٢) و منها: انه لو تلف بعض الجملة و بقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه و الوجه في ذلك: انه مع بقاء مصداق واحد

للكلي لا يكون الكلي تالفاً، بل هو موجود، و حيث انه لا تعدد لمصداقه لا محالة يكون حق المشتري منحصرافيه، و يكون

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٨

و هذا بخلاف المشاع فإن ملك المشتري فعلا ثابت في كل جزء من المال من دون حاجة الى اختيار و اقباض، فكلما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبة حصته.

و منها أنه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر.

فالظاهر انه إذا بقي صاع واحد كان للأول، (١) لأن الكلي المبيع ثانيا، انما هو سار في مال البائع، و هو ما عدا الصاع من الصبرة، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه ساريا، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض (٢) و هذا بخلاف ما لو قلنا بالاشاعة،

نظير ما لو امر بطبيعة و انحصر مصداقها في فرد واحد، فانه يتعين كونه مأمورا به.

و هذا بخلافه على الاشاعة، فان كل ما تلف يكون مشتركا بينهما، و كذلك الباقي.

و منها: انه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا ففي المتن.

(١) انه إذا بقي صاع واحد كان للأول.

و قد ذكروا في وجه تعيين الصاع الباقي للمشتري الأول و يكون المبيع بالنسبة الى الثاني من قبيل ما تلف قبل قبضه امرين:

(٢) الأول: ما افاده المصنف قدس سره. و حاصله: ان البائع بعد ما باع صاعا من الصبرة- التي هي عشرة اصوع- يكون مالكا لتسعة اصوع، فالمبيع الثاني يكون ساريا فيما يملكه البائع، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي ساريا فيه، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض.

و فيه: ان تسعة اصوع للمالك بعد البيع الأول لا- تميز لها واقعا كي يكون سريان الصاع المبيع ثانيا فيها. و بعبارة اخرى: كل من المبيعين يكون كليا قابلا- للانطباق على كل فرد من افراد الصبرة، و ما دام لم يتلف ما عدا الصاع الواحد يكون كل منهما على حد سواء في التطبيق على كل فرد منها، و لا- امتياز لأحدهما على الآخر، فبعد التلف ايضا تكون هذه النسبة باقية. و ان شئت قلت: ان الأولية انما تكون في المبيع و هو الكلي لا في التطبيق على الفرد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٩

ثم اعلم ان المبيع انما يبقى كليا ما لم يقبض. و أما إذا قبض (١) فإن قبض منفردا عما عداه كان مختصا بالمشتري، (٢) و ان قبض في ضمن الباقي بأن اقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه و فاء و الباقي امانة حصلت الشركة لحصول ماله في يده و عدم توفقه على تعيين و اقباض، حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلا و ينحصر حقه في الباقي فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما (٣)

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه إذا لم يبق الا مقدار حق أحد المشتريين فحيث ان المشتري الأول سابق على الثاني في المعاملة، فهو سابق في صرف الطبيعي الى نفسه، و جره الى ملكه و جعله منطبقا على الصاع الباقي و يزاحم الآخر في صرف الوجود من الطبيعي.

و فيه: انه إذا كان هناك تراحم في بادئ الأمر كان ما ذكر متينا- كما لو فرضنا انه لم يكن له الا صاع من الصبرة- و أما إذا لم يكن التراحم الا بقاء فمن حين حدوث التراحم لا أولوية لأحدهما على الآخر، إذ التقدم يكون في الحدوث، و في ذلك الحين لم يكن تراحم،

و عليه فالأظهر انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فالباقي بما ان نسبته اليهما على حد سواء فيحكم بان لكل منهما نصفا منه، و بالنسبة

الى النصف الآخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض.

(١) ثم المبيع انما يبقى كلياً ما لم يقبض: و أما ان قبض فلاقباضه صور اربع الأولى: ان يعين الكلى فى فرد و يقبضه المشتري.

الثانية: ان يقبضه المجموع بعد تعيين الكلى المبيع فى الكسر المشاع.

الثالثة: ان يقبضه المجموع، بان يكون كل واحد منها وفاء و الكليات الاخر امانة.

الرابعة: ان يقبضه المجموع بعنوان الأمانة حتى يعين حصه الكلى فيما بعد.

(٢) لا اشكال و لا كلام فى الصورة الأولى، فانه لو تلف المقبوض يحسب على المشتري.

(٣) كما لا إشكال فى انه يحسب التالف عليهما فى الصورة الثانية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٩٠

و الحاصل ان كل جزء معين قبل الاقباض قابل لكونه كلاً أو بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري، و الملك الفعلى له حينئذ هو الكلى السارى فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشتري، لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و اقباضه فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الاقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً لتحقق الاقباض، فنسبة كل جزء معين من الجملة الى كل من البائع و المشتري على حد سواء. نعم لو لم يكن اقباض البائع للمجموع على وجه الايفاء بل على وجه التوكيل فى التعيين أو على وجه الامانة، حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض، (١) هذا كله مما لا إشكال فيه، و انما الاشكال فى انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات، و استثنى منها اربالاً معلومة، انه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه. (٢) و ظاهر ذلك تنزيل الارطال المستثناة على الاشاعة، و لذا قال فى الدروس:

و بعبارة اخرى: لا ينبغى التوقف فى حكم الصورة الثانية، و انه يحسب التالف عليهما بالنسبة، لأن التعيين بيد البائع، من غير فرق بين ان يكون بنحو الإفراز أو الاشاعة.

(١) و أما الصورة الثالثة: فان تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، و أما ان تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليهما، فان المبيع بعد القبض على كليته من دون ان يكون متعينا فى فرد بنحو الإفراز أو الاشاعة، فإذا كان الباقي بمقدار المبيع فلا يكون المبيع الكلى تالفاً لقبليته تطبيقه على هذا الفرد.

و أما الصورة الرابعة: فبالنسبة الى التعيين حكمها حكم الصورة السابقة.

و أما بالنسبة الى الإقباض الذى اثره انه لو تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، فالظاهر ايضا اتحاد حكمها مع الصورة السابقة، إذ لا يعقل ان يكون مال الشخص امانة عنده، فلا محالة يكون اقباضاً.

الفرق بين الاستثناء و البيع

(٢) قوله و انما الاشكال فى انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات ... سقط من المستثنى بحسابه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٩١

ان فى هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبره على الاشاعة، و حينئذ يقع الاشكال فى الفرق بين المسألتين حيث ان مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الاشاعة، و المشهور هنا التزليل على الكلى و هو ما تقدم من الصحيحة المتقدمة، و فيه ان النص ان استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدى عن مورده الى مسألة الاستثناء أو بيان الفارق و خروجها عن القاعدة، و ان اقتصر على مورده لم يتعد الى غير مورده حتى فى البيع، الا بعد ابداء الفرق بين موارد التعدى و بين مسألة الاستثناء.

و بالجملة فالنص بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التعدى عن مورده الشخصى و اضعف من ذلك الفرق بقيام الاجماع على الاشاعة

في مسألة الاستثناء لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها الى توقيف بالخصوص و اضعف من هذين الفرق بين مسألة الاستثناء و مسألة الزكاة و غيرهما مما يحمل الكلى فيها على الاشاعة و بين البيع باعتبار القبض فى لزوم البيع و ايجابه على البائع فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري إذ هو شبه الكلى فى الذمة

محصل الإشكال: ان الأصحاب فى مسألة استثناء الأبطال افتوا بانه لو تلفت الثمرة سقط من المستثنى بحسابه، و لازم ذلك الحمل على الإشاعة، و حينئذ يقع الإشكال فى الفرق بين المسألتين، حيث ان ظاهرهم فى مسألة الأبطال الحمل على الاشاعة، و فى المقام الحمل على الكلى فى المعين، و ايضا فان لهم فى مسألة الأبطال فتويين لا تلائمان مع الإشاعة: احدهما: انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع فى الباقي. ثانيتهما: استقلال المشتري فى التصرف.

و قد ذكروا فى مقام الفرق وجوها، و قد ذكر المصنف قدس سره جملة منها مع ما يرد عليها فلا حاجة الى الإعادة و التوضيح و منها: ما افاده المصنف قدس سره فى آخر كلامه، و حاصله: ان المستثنى كما يكون كليا،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٩٢

و فيه مع ان ايجاب القبض متحقق فى مسألتى الزكاة و الاستثناء ان ايجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه إذ مع عدم بقائه كلا أو بعضا يفسخ البيع فى التالف و الحكم بالبقاء يتوقف على نفي الاشاعة، فنفي الاشاعة بوجود الاقباض لا يخلو عن مصادرة، كما لا يخفى. و أما مدخلية القبض فى اللزوم فلا دخل له اصلا فى الفرق و مثله فى الضعف لو لم يكن عينه ما فى مفتاح الكرامة من الفرق بأن التلف من الصبره قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و ان بقى قدره، فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء، فإن التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري امانة على الاشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما. و لهذا لم يحكم بضمنان المشتري هنا بخلاف البائع هناك، انتهى.

و فيه مع ما عرفت من ان التلف من الصبره قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة، فكيف يثبت به، انه ان أريد من كون التلف

كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل الى المشتري كليا، بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع، فكل منهما مالك للكلى، و نسبة الموجود الى كل منهما على حد سواء، فتخصيص احدهما به ترجيح بلا مرجح، فتكون نسبة التالف اليهما على حد سواء فيحسب عليهما.

و أما فى البيع، فان المبيع و ان كان كليا الا ان مال البائع لم يلاحظ بعنوان كلى.

و فيه: اولاً: ان الخصوصية اما ان تكون باقية على ملك البائع فى مسألة الاستثناء،

أو تكون داخله فى ملك المشتري. فعلى الأول: حكم المشتري فى المقام حكمه فى تلك المسألة فلا وجه لحساب التالف عليه و على الثانى كان حكم المشتري هناك حكم البائع فى المقام فلا وجه لحساب التالف على البائع.

و ثانياً: ان ظاهر بيع المجموع الا مقداراً منها يبيع الموجود الخارجى لا الكلى.

و ثالثاً: انه لا يرتفع بذلك اشكال استقلال المشتري فى التصرف، كما لا يرتفع به اشكال انه لو تلف بتفريط المشتري كان حصه البائع فى الباقي كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٩٣

في مسألة الاستثناء بعد القبض انه بعد قبض المشتري، ففيه انه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا كلام فيه ولا إشكال وإنما الاشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع و البائع في مسألة الاستثناء حيث ان كلا منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التالف على احدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقهما الكلي و ان آريد من كون التلف بعد القبض ان الكلي الذي يستحقه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك فإذا دفع الكل الى المشتري فقد دفع مالا- مشتركا فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة الى المشتري، فالاشتراك كان قبل القبض، ففيه ان الأشكال بحاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: بعتك صاعا من هذه الصبرة و بين قوله بعتك هذه الصبرة أو هذه الثمرة إلا صاعا منها، و ما الموجب للاشتراك في الثاني دون الأول؟

مع كون مقتضى الكلي عدم تعيين فرد منه أو جزء منه لمالكه، إلا بعد إقباض مالك الكل الذي هو المشتري في مسألة الاستثناء، فإن كون الكل بيد البائع المالك للكلي لا يوجب الاشتراك هذا مع انه لم يعلم من الأصحاب في مسألة الاستثناء الحكم بعد

ومنها: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان المبيع في بيع الصاع كلي و لا يملك المشتري من الخصوصيات شيئا، فما دام يكون صاع من الصبرة موجودا لا وجه لحساب التالف عليه، و المبيع في مسألة الاستثناء ايضا و ان كان كليا الا ان البائع يملك الكلي مع الخصوصية، فاحتساب التالف على المشتري لا وجه له، بل يحسب عليهما، و مقتضى استحقاقه الكلي ان يستحق الباقي لو اتلف المشتري مقدارا من الثمرة، لأن حقه لم يكن مشاعا في مال المشتري حتى يستحق القيمة، و على هذا يرتفع اشكال جواز تصرف المشتري في الثمرة بلا رضا من البائع، لأنه لم يكن شريكا معه بعنوان الإشاعة.

وفيه: ان البائع ان كان مالكا لجميع الخصوصيات كان المشتري كالمشتري في مسألة شراء الصاع لا وجه لحساب التالف عليه، و ان ملك بعض الخصوصيات بنحو الإشاعة عاد سؤال الفرق، و ان ملك بعضها بنحو الفرد المنتشر بطل البيع كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٤

العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرف المشتري الا باذن البائع كما يشعر به فتوى جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثاني بانه لو فرط المشتري وجب اداء المستثنى من الباقي و يمكن ان يقال ان بناء المشهور في مسألة استثناء الارطال ان كان على عدم الاشاعة قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعة منهم بانه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع في الباقي و يؤيده استمرار السيرة في صورة استثناء الارطال المعلومه من الثمرة على استقلال المشتري في التصرف و عدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء،

فالمسألان مشتركتان في التنزيل على الكلي و لا- فرق بينهما الا في بعض ثمرات التنزيل على الكل و هو حساب التالف عليهما، و لا يحضرني وجه واضح لهذا الفرق الا دعوى ان المتبادر من الكلي المستثنى هو الكلي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع، و ان كان بنائهم على الاشاعة من اول الأمر امكن ان يكون الوجه في ذلك ان المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلي كذلك

ومنها: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره و حاصله: ان ظهور الصاع في بيع الصاع من الصبرة في الكلي في المعين لا مزاحم له، و ظهوره فيه في مسألة الاستثناء مزاحم مع ظهور الاستثناء في كونه متصلا لا منقطعا، و هو اقوى فلا محالة يكون المستثنى جزئيا اخرج من الجزئيات،

و حيث ان الجزئي المفروز اما مجهول أو مردد، و الأول باطل و الثاني محال، فلا بد من حمله على الجزئي بجزئية منشأ انتزاعه و هو الكسر المشاع.

وفيه: - مضافا الى انه بهذا لا يرتفع اشكال استقلال المشتري في التصرف، و انه لو تلف المجموع بتفريط من المشتري كان حصه

البائع في الباقي - ان استثناء الكلي من المجموع ليس استثناء منقطعاً بل يكون متصلاً: لأن الاستثناء المتصل هو ما لو اخرج شيء لو لم يكن استثناء كان داخلاً في المستثنى منه، وفي المقام كذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٥

يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع فمعنى بعثك هذه الصبرة الا- صاعاً منها بعثك الكلي الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع، فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى، فالموجود مشترك بينهما لأن نسبة كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء، فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح، وكذا التالف نسبته إليهما على السواء فيحسب عليهما، وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإن مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلى فى قولنا بعثك صاعاً من هذه الصبرة، إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع.

فإن قلت: ان مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً فى الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع، قلت: نعم، ولكن ملكية البائع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى ما بقى ذلك العنوان ليكون الباقي بعد تلف البعض مصداقاً لهذا العنوان و عنوان الصاع على نهج سواء ليلزم من تخصيصه باحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك، فإذا لم

فالحق ان يقال: ان المستثنى فى مسألة الأبطال ايضاً كلى، ولذا يكون المشتري مستقلاً فى التصرف، ولكن حيث انه لا إشكال عند العرف فى انه لو تلف المجموع الا مقدار المستثنى ليس ذلك للبائع خاصة، يستكشف من ذلك ان المستثنى هو الكلى ذو مراتب، ويكون الاستثناء فى قوة استثناءات عديدة متنازلة شيئاً فشيئاً، فمجموع الأبطال تكون مستثناءة مع بقاء مجموع الثمرة، و شىء منها نسبته الى الباقي نسبة المجموع الى المجموع مع تلف شىء منه، و عدم الاستثناء مع تلف الجميع.

و بعبارة اخرى: ان المستثنى هو الكلى المتقدر بالكسر المشاع كعنوان العشر مثلاً، فكلما تلف يحسب عليهما لا محالة، و مع ذلك يستقل المشتري بالتصرف، و لا يلزم من ذلك غرر، فان المستثنى متعين و هو عشر المجموع مثلاً- و أما وجه انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البائع فى الباقي، فالظاهر انه يكون هو الشرط الضمنى لبناء المتعاملين على ذلك كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٦

فإذا لم يبق الا صاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكا له و لا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع فتأمل. هذا ما خطر عاجلاً بالبال، و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى الله عن الزلل فى المعائر، قال فى الروضة تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد: ان اقسام بيع الصبرة عشرة (١) لأنها اما يكون معلومة المقدار أو مجهولة، فإن كانت معلومة صح بيعها اجمع و بيع جزء منها معلوم مشاع، و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه و بيعها كل قفيز بكذا (٢) لا يبيع كل قفيز منها بكذا، (٣)

اقسام بيع الصبرة

(١) قال فى محكى الروضة تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد: ان اقسام بيع الصبرة عشرة.

(٢) لا يخفى انه إذا كانت الصبرة معلومة المقدار صح بيعها فى اربعة اقسام:

احدها: بيع جميع الصبرة.

ثانيها: بيع جزء معلوم منها كالعشر.

ثالثها: بيع صاع أو صيعان منها مع العلم باشمالها على هذا المقدار.

رابعها: بيع الصبرة جميعها كل صاع منها بكذا.

إذ المثلث في هذه الأقسام كالثلث معلوم،

و بطل في القسم الخامس،

(٣) و هو بيع كل صاع منها بكذا،

لأن المبيع حينئذ غير معلوم فيكون البيع غروريا لصلاحية انطباق كل صاع بكذا على الواحد و الزيادة.

و عن المحقق النائيني قدس سره: انه يظهر مما افاده الشيخ في بعض كتبه من صحة الإجارة لو قال المؤجر: آجرتك الدار كل شهر

بكذا في الشهر الأول، لتضمن هذا القول اجارة هذا الشهر يقينا صحة البيع في المقام بالنسبة الى صاع واحد.

و فيه: - مضافا الى فساد المبنى كما نبه هو عليه من جهة ان تردد متعلق العقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٧

و المجهولة كلها باطله (١) الا- الثالث و هو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبرة عليه و لو لم يعلم باشمالها عليه (٢) فظاهر القواعد و

المحكي عن حواشي الشهيد و غيرها عدم الصحة و استحسنة في الروضة، ثم قال: و لو قيل بالاكتفاء بالظن باشمالها عليه كان متجها

و المحكي عن ظاهر الدروس و اللمعة: الصحة قال فيها، و ان نقصت تخير بين اخذ الموجود منها بحصة من الثمن و بين الفسخ

لتبعض الصفقة و ربما يحكى عن المبسوط و الخلاف خلافه و لا يخلو عن قوة، و ان كان في تعيينه نظر، لا لتدارك الضرر «الغرر»

بالخيار لما عرفت غير مرة من ان الغرر انما يلاحظ في البيع مع قطع النظر عن الخيار الذي هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر

الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر و ان قيل عدم العلم بالوجود من اعظم افراد الغرر، قلنا: نعم، إذا بنى العقد على جعل الثمن في

مقابل الموجود.

و أما إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير معلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفا و ربما يحتمل الصحة مراعى بتبين اشمالها

عليه.

بين الأقل و الأكثر يقتضى الجهل به- انه لو تم لما امكن البناء على الصحة في المقام،

إذ في الأصل يدعى ان اجارة الشهر الأول متيقنة، و ذلك الشهر ممتاز عما عداه.

و أما في الفرع فلا يمكن ان يقال ان بيع الصاع الواحد متيقن، فانه ان اريد به الواحد الشخصى فهو لتردده بين الأفراد لا يصح كما

تقدم، و ان اريد به الكلى في المعين فهو غير متيقن، إذ لو اخذ المشتري تمام الصبرة لم يقع العوض في مقابل الكلى في المعين، بل

وقع بازاء الأشخاص الخارجية. فالأظهر هو البطلان في هذا القسم.

(١) و أما اقسام بيع الصبرة المجهولة المقدار فلا كلام في بطلان بيع ثلاثة اقسام منها،

و هي: بيع جميع الصبرة، و بيع جزء معين منها كالعشر، و بيع كل صاع منها بكذا.

كما لا إشكال في صحة بيع مقدار معين منها كالصاع مع العلم باشمالها عليه، انما الكلام وقع في موردين:

(٢) الأول: في حكم القسم الأخير مع عدم العلم باشمال الصبرة عليه.

الثاني: في حكم بيع جميعها كل صاع منها بكذا، الذي حكمنا فيه بالصحة في المعلومة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٨

و فيه ان الغرر ان ثبت حال البيع لم ينفذ بتبين الاشمال هذا، و لكن الأوفق بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصحة الا- مع العلم

بالاشتمال أو الظن الذي يتعارف الاعتماد عليه و لو كان من جهة استصحاب الاشمال.

و أما الرابع مع الجهالة و هو بيعها كل قفيز بكذا، فالمحكي عن جماعة المنع و عن ظاهر اطلاق المحكي من عبارتي المبسوط و الخلاف انه لو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع، قال في الخلاف لأنه لا مانع منه و الاصل جوازه. (١)
و ظاهر اطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتمال، و عن الكفاية نفى البعد عنه إذ المبيع معلوم بالمشاهدة و الثمن مما يمكن ان يعرف بأن يكال الصبرة و يوزع الثمن على قفزاتها، (٢) قال: و له نظائر ذكر جملة منها في التذكرة و فيه نظر.

اما المورد الأول: فعن القواعد و التذكرة و حواشي الشهيد و الروضة و غيرها:
البطلان، و عن ظاهر الدروس و اللعة: الصحة. و الأظهر هو الأول للغرر.

و غاية ما قيل في وجه الصحة و منع الغرر: ان بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع، فكل جزء من ذلك يقابل بجزء من الثمن، فما كان من المبيع موجودا يصح البيع بالإضافة إليه، و ما لم يكن موجودا بطل بالقياس إليه و ثبت للمشتري خيار تبعض الصفة.

و فيه: انه لو سلم ارتفاع الغرر بذلك، لما كان مجديا بعد اعتبار معلومية كيل المبيع أو وزنه ان كان مكيلا أو موزونا، مع ان ارتفاع الغرر غير ثابت، فانه و ان ارتفع من حيث المالية الا انه لا يرتفع من حيث الغرض المعامل.

و بعارة اخرى: الجهل بوجود المبيع غرر عرفا كما لا يخفى، فالأظهر هو الفساد.

(١) و أما المورد الثاني: فالمشهور على ما نسب إليهم البطلان، و عن الشيخ في الخلاف: انه لا مانع منه و الأصل جوازه، و عن الكفاية: انه غير بعيد.

(٢) و استدلل للصحة: بان المبيع معلوم بالمشاهدة، و الثمن مما يمكن ان يعرف بان يكال الصبرة و يوزع الثمن على قفزاتها.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٩

مسألة: إذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليها، (١)

إشارة

فإن اقتضت العادة تغيرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصح البيع الا بذكر صفات تصحح بيع الغائب، لأن الرؤية القديمة غير نافعة و ان اقتضت العادة بقائها عليها، فلا إشكال في الصحة و لا خلاف أيضا إلا من بعض الشافعية و ان احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصالة عدم التغير و البناء عليها في العقد، (٢)

و فيه: ان المعلوماتية بالمشاهدة لا تكفي فيما يعتبر في صحة بيعه الكيل أو الوزن، مع انه يلزم الغرر، فالأظهر هو البطلان.

كفاية مشاهدة العين سابقا

(١) و فيما يكفي المشاهدة لصحة العقد لو شاهد عينا في زمان سابق على العقد: فلا إشكال في صحة العقد مع قضاء العادة ببقائها على ما هي عليه،

كما لا إشكال في الفساد مع قضاء العادة تغيرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر،
انما الكلام في موردين:

الأول: في انه لو اقتضت العادة التغير هل يمكن تصحيح العقد باخبار البائع أو الاشتراط في ضمن العقد ام لا؟

الثاني: في حكم ما لو احتمل الأمران.

اما الأول: فالظاهر صحة البيع مع اخبار البائع إذا كان مؤتمنا، أو اشتراط تلك الصفات في ضمن العقد. اما مع اخبار البائع فللنصوص الواردة في اخبار البائع بالكيل أو الوزن المتقدمة بناء على الغاء خصوصية موردها و التعدى الى سائر الخصوصيات التي يكون الجهل بها موجبا للغرر، و أما مع الاشتراط فلارتفاع الغرر به.

و أما المورد الثاني: فقد افاد المصنف قدس سره: انه.

(٢) جاز الاعتماد على اصالة عدم التغير و البناء عليها في العقد فيكون نظير اخبار البائع بالكيل أو الوزن، لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٠

فيكون نظير أخبار البائع بالكيل و الوزن، لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها و لو فرضناه في مقام لا يمكن التعويل عليها لحصول اماره على خلافه فإن بلغت قوة الظن حدا يلحقه بالقسم الأول، و هو ما اقتضى العادة تغيره لم يجز البيع و إلا جاز مع ذكر تلك الصفات لا بدونه، لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة في القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا، لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة،

و فيه: ان الغرر لا يرتفع بالأصل. و ان شئت قلت: انه انما يجرى الاستصحاب فيما كان الأثر مترتبا على المتيقن و أما بالنسبة الى اثر العلم فلا يكون الاستصحاب مفيدا بالإضافة إليه: فان الاستصحاب ان جرى و حكم ببقاء الحالة السابقة مع تحقق الشرائط من اليقين السابق و الشك اللاحق و ثبوت الأثر للمتيقن تترتب عليه آثار العلم التي تكون مترتبة عليه من حيث انه موجب للجرى العملى على طبق الحالة السابقة دون غيرها و أما إذا لم يكن هناك اثر للمتيقن فلا يجرى كى يقوم مقام القطع في تلك الآثار.

و فى المقام ان ارتفاع الغرر بما انه من آثار العلم فلا يترتب على الاستصحاب مضافا الى انه من آثار العلم بما هو طريق لا بما انه مقتضى للجرى العملى و عليه فلا يفيد الاستصحاب فى المقام.

و لكن مع ذلك يمكن تصحيح العقد: بان ايقاع المعاملة على العين المرئية سابقا يكون له ظهور عرفى فى اشتراط وجود تلك الصفات و ليست هى من قبيل الأوصاف التي لا دخل لها فى العقد كى لا- يكفى مجرد البناء بل هى من قبيل الأوصاف التي تقع المعاملة مبنية عليها التي هى بمنزلة الأوصاف المذكورة: و لا إشكال فى ارتفاع الغرر بذلك.

اللهم الا ان يقال ان ارتفاع الغرر من حيث المالىة بذلك و ان كان لا إشكال فيه كما فى سائر موارد الاشتراط.

الا ان الغرر من حيث الغرض المعاملى لا يرتفع به. فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠١

و كيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة، فانكشف التغير تخير المغبون (١)

و هو البائع، ان تغير الى صفات زادت فى مالىته و المشتري ان نقصت عن تلك الصفات لقاعدة الضرر، و لأن الصفات المبنى عليها فى حكم الصفات المشروطة (٢)

فهى من قبيل تخلف الشرط، كما اشار إليه فى نهاية الاحكام و المسالك بقولهما:

الرؤية بمثابة الشرط فى الصفات الكائنة فى المرئى فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف فى الشرط، انتهى.

و توهم ان الشروط إذا لم تذكر فى متن العقد لا عبرة بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط فى متن العقد مدفوع، بأن الغرض من ذكر الشروط فى العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد و الصفات المرئية سابقا حيث

ان البيع لا يصح الا مبنيًا عليها كانت دخولها في العقد اولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية، و لذا لو لم يبين البيع عليها و لم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلا

(١) قوله و كيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمه فانكشف التغير تخير المغبون و تفصيل القول: ان صور البيع بالرؤية القديمة ثلاث:

الأولى: العلم العادى ببقاء تلك الصفات.

الثانية: اخبار البائع بها.

الثالثة: ايقاع المعاملة مبنيًا عليها.

اما فى الصورة الأولى و الثانية فالأظهر صحة العقد و لزومه اما الصحة: فلما تقدم و أما لزومه: فلأنه لا موجب للخيار لا خيار الغبن: لأن ذلك الخيار مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، و لا خيار الرؤية لما سيأتى من اختصاصه بما إذا اشترط الوصف، و لا خيار الشرط لعدمه، و لا غير ذلك، و هو واضح.

(٢) و أما فى الصورة الثالثة: فالأظهر ثبوت خيار الشرط لما تقدم من ان الصفات المبني عليها العقد فى حكم الصفات المشروطة كما افاده المصنف قدس سره.

و ما عن العلامة فى نهاية الأحكام من احتمال البطلان، يمكن ان يكون مدركه احد امور:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٠٢

فالذكر اللفظى انما يحتاج إليه فى شروط خارجة لا يجب ملاحظتها فى العقد و احتمال فى نهاية الاحكام البطلان، و لعله لأن المضى على البيع و عدم نقضه عند تبين الخلاف ان كان وفاء بالعقد و جب فلا خيار، و إن لم يكن وفاء لم يدل دليل على جوازه، و بعبارة اخر العقد إذا وقع على الشئ الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته،

و إلا- فلا وجه للخيار (١) مع اصالة اللزوم، و يضعفه ان الاوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع. اما ببناء العقد عليها و أما بذكرها فى متن العقد لا يعد، من مقومات للعقد، كما انها ليست من مقومات المبيع، فقواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار دفعا لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه، و تمام الكلام فى باب الخيار انشاء الله تعالى

(١) الاول: ما افاده المصنف قدس سره من ان العقد إذا وقع على الشئ الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، و الا فلا وجه للخيار.

الثانى: ان المعتبر فى صحة العقد عدم كونه بنفسه غريبًا، و الاشتراط لا يرفع غررية البيع.

الثالث: ان الشرط الذى لم يذكر فى العقد لا عبرة به.

و الجميع كما ترى اما الأول: فللنقض بجميع الشروط، و للحل، فان الشرط التزام فى ضمن التزام.

و سيأتى توضيح ذلك فى محله.

و أما الثانى: فلأن الشرط يوجب رفع الغرر عن البيع و عدم كونه غريبًا.

و أما الثالث: فلأن الشرط غير المذكور فى العقد على قسمين:

الأول: ما يقع العقد مبنيًا عليه و يكون له ظهور عرفى فيه.

الثانى: ما لا يكون كذلك و ما ذكر يتم فى الثانى من جهة انه فى باب العقود و الإيقاعات لا عبرة بالبناءات القلبية ما لم تبرز،

و لا يتم فى الأول، إذ لا يعتبر فيها غير الإبراز شئ آخر من كون الإبراز بالدلالة المطابقة لا الالتزامية.

فالأظهر هى الصحة و الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٣

فرعان الأول: لو اختلفا في التغيير فادعاه المشتري، (١) ففي المبسوط و التذكرة في الايضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك تقديم قول المشتري، لأن يده على الثمن، كما في الدروس و هو راجع إلى ما في المبسوط و السرائر من ان المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن و لا ينتزع منع الا باقراره أو بيئته تقوم عليه، انتهى (٢)

حكم ما لو اختلفا في التغيير

فرعان:

(١) قوله الأول: لو اختلفا في التغيير فادعاه المشتري فعن المبسوط و التذكرة و الايضاح و جامع المقاصد و المسالك و غيرها تقديم قول المشتري، و استدلو له باصول ستمر عليك،

و قبل بيانها لا بد و ان يعلم ان مورد الكلام في هذا الفرع ما لو اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد و كان الاختلاف في انها هي الصفات المرئية أو ان الصفات المرئية كانت غيرها، لاما لو اتفقا على الصفات المرئية و كان الاختلاف في انها كانت باقية الى حين العقد ام لا: فانه في هذه الصورة يجري استصحاب بقائها على ما كانت عليه و هو حاكم على جميع الأصول المفروضة.

و ايضا الغرض من الأصول التي تمسكوا بها تشخيص المدعى عن المنكر، و أما انه على فرض كون المشتري منكرا يثبت له الخيار فهو انما يكون بموازين باب القضاء من اليمين و البيئته.

فايراد المحقق الخراساني قدس سره على القوم منهم المصنف بان الخيار لا يثبت بالأصل لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به، في غير محله.

إذا عرفت هذين الأمرين.

فاعلم: ان الأساطين القائلين بتقديم قول المشتري استندوا الى وجوه:

(٢) الأول: ان المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن، و لا- ينتزع منه الا باقراره أو بيئته تقوم عليه، و ليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقه المشتري بالثمن بناء على ان الخيار من مراتب العلقه الملكية التي كانت قبل البيع، إذ المبني فاسد لأن الملكية من سنخ الوجود

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٤

و تبعه العلامة ايضا في صورة الاختلاف في اوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه برؤية حيث تمسك باصالة براءة ذمه المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يقربه أو يثبت بالبيئته و لأن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به و الاصل عدمه كما في التذكرة و لأن الاصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد، و يمكن ان يضعف الأول بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد امانه غاية الأمر انه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبته باليد الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن (١) بناء على ما ذكره العلامة في احكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلاف إلا إلى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن، و المثمن في مدة الخيار و ان تسلم الآخر، و حينئذ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على اخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه الا اصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجيء.

و ليست ذا مراتب،

بل المراد به ظهور اليد في كون المشتري مسلطا على الثمن بالتصرف فيه و لو بالفسخ، فحينئذ ان كان الثمن بيده فلا- كلام و الا فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن.

وفيه: ان يد المشتري على الثمن بعد المعاملة يد امانية و ليست اماره تسلطه عليه،

و ادعاء المشتري تسلطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

(١) و المصنف قدس سره بعد هذا الجواب قال: الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع.

و حاصله: انه بناء على ما ذكره العلامة قدس سره في التذكرة من ان البائع لا يكون مسلطا على تسلم الثمن في زمان الخيار كما ان المشتري لا يكون مسلطا على تسلم المثل في ذلك الزمان يصير البائع مدعيا و المشتري منكرا لموافقة قوله للأصل من وجه آخر و

هو انه مع الشك في ثبوت الخيار يشك في حدوث سلطنة كل من البائع و المشتري و الاصل عدمها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٥

...

فمقتضى الأصل عدم تسلط البائع على تسلم الثمن من المشتري، فإذا صار المشتري منكرا ثبت له الخيار بمقتضى قوانين باب القضاء ثم قال: انه لا مدفع لهذا الأصل الا اصالة عدم سبب الخيار.

و الحق في الجواب عن هذا الوجه ما افاده المصنف قدس سره في مبحث الخيارات بقوله:

اني لا أجد لهذا الحكم وجها معتمدا، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه.

و لا ينافيه ما افاده في مبحث خيار المجلس بما حاصله: انه لو قلنا بوجود التقابض في عقد الصرف و السلم، فثمره الخيار واضحة و هي عدم وجوب التقابض.

كما توهمه المحقق النائيني قدس سره،

فان الظاهر ان مراده انه لو ثبت الخيار حيث ان له الفسخ لو فسخ لما وجب التقابض، و هذه ثمره الخيار لا انه لا يجب التقابض مع عدم الفسخ.

و أما تفصيل المحقق المذكور بين الخيارات الزمانية و غيرها، و انه يتم ما افاده العلامة ره في القسم الأول دون الثاني من جهة ان حقيقة الخيار في القسم الأول عبارة عن كون امر العقد بيد ذى الخيار، فجميع آثاره تحت تصرفه و منها التسليم و التسلم، و أما في

القسم الثاني فحقيقته عبارة عن ثبوت حق الاسترداد ما لم يصل الى ذى الخيار عوضه، فالخيار ابتداء لا يرجع الى العقد بل ثانيا، فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على ادلة سلطنة الناس على اموالهم، فيجب على المشتري تسليم الثمن و ان جاز له استرداده بعده فغير تام، فان

حقيقة الخيار في القسمين واحدة و هي ملك فسخ العقد و اقراره، و لا يؤثر هذا الا من حين وقوعه فيرفع اثر البيع لا انه يكشف عن عدم صحة البيع من الأول،

و لذا يجب التسليم في القسمين ما لم يتحقق الفسخ.

الوجه الثاني: ان البائع يدعى علم المشتري بهذا الوصف الموجود و الرضا به،

و المشتري ينكره، و الأصل مع المشتري. ذكره العلامة في محكي التذكرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٦

و الثاني: مع معارضته باصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر (١)

حتى يكون حقا له يوجب الخيار بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقا فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه اصالة عدم تغير المبيع لم يجز اصالة عدم علمه بهذا الوصف. (٢)

و الثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعا، و لذا يجوز له امضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الاثبات و المرجع أصالة لزوم العقد و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع هذا

و اجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

(١) احدهما: ان المشتري يدعى علمه بالوصف الآخر الذى يدعيه الذى هو منشأ ثبوت الخيار لتخلف الوصف، و الأصل عدمه، فالبائع يكون منكرا و المشتري مدعيا.

(٢) ثانيهما: ان الشك فى علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك فى وجود غير هذا الوصف سابقا، فإذا انتفى غيره بالأصل الذى يرجع إليه اصالة عدم تغير المبيع لم تجر اصالة عدم علمه بهذا الوصف.

و فى كل من الاستدلال و جوابى المصنف قدس سره نظر،

اما الأول: فلأن اصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود لا تثبت وقوع البيع على الموصوف بالوصف الآخر الا على القول بالأصل المثبت.

و به يظهر ما فى الجواب الأول الذى ذكره المصنف قدس سره، إذ لا يثبت بالأصل المزبور وقوع البيع على الموصوف بهذا الوصف الموجود.

و أما الثانى: فلأن حكومة الأصل السببى على المسببى انما تكون فيما إذا كانت السببية شرعية لا فى مثل المقام مما تكون السببية عقلية.

الوجه الثالث: ان الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما عن جامع المقاصد.

و فيه: ان حقه من العين واصل إليه قطعاً، و من الوصف المفقود غير ثابت،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٠٧

و يمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الاوصاف (١)

الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراطها فى العقد فهى كشرط مضمرة فى نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهاية و المسالك، و لهذا لا يحصل من فقدها الا خيار لمن اشترطت له، و لا يلزم بطلان العقد أو انها مأخوذة فى نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشىء المقيد، و لذا لا يجوز الغائها فى المعقود عليه، كما يجوز الغاء غيرها من الشروط، فعلى الأول يرجع النزاع فى التغير و عدمه الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه، و الاصل مع البائع،

و بعبارة اخرى النزاع فى ان العقد وقع على الشىء الملحوظ فيه الوصف المفقود ام لا لكن الانصاف ان هذا البناء فى حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار لكنه ليس شيئاً مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالأصل، بل المراد به ايقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفاً بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين و التزامه بكونه متصفاً بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الأجزاء لا شرط ملزم فى العقد،

فحينئذ يرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشىء الموجود حتى يلزم الوفاء و عدمه و الاصل عدمه و دعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت جواز العقد الواقع الا بعد اثبات وقوع العقد على العين الغير المقيدة باصالة عدم وقوع العقد على المقيدة و هو غير جائز، كما حقق فى الاصول. و على الثانى يرجع النزاع الى رجوع العقد و التراضى على الشىء المطلق

و استصحاب بقاء كلى الحق من قبيل الاستصحاب فى القسم الثالث من اقسام استصحاب الكلى، و لا نقول به، فهذه الوجوه لا تتم، و لذلك. قال المصنف.

(١) و يمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة ... فهى كشرط مضمرة.

وحاصله: انه ان كان الوصف من قيود المبيع و كان الالتزام التزاما وحدانيا متعلقا بعنوان المتصف بالصفات، كان الأصل مع المشتري لرجوع النزاع الى وقوع العقد على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود، و عدمه و الأصل مع المشتري، و ان كان في قوة اشتراطها، على ان يكون هناك التزامان، كان الأصل مع البائع لرجوع النزاع في التغير و عدمه الى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع، و عدمه و الأصل مع البائع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٨

بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه، و الأصل مع المشتري، و دعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة (١) مدفوعة، بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا، حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا، و هو غير ثابت و الاصل عدمه، و قد تقرر في الاصول ان نفى احد الضدين بالاصل لا يثبت الضد الآخر ليرتب عليه حكمه، و بما ذكرنا يظهر فساد التمسك باصالة اللزوم، حيث أن المبيع ملك المشتري و الثمن ملك البائع اتفاقا و انما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ فينفى ما تقدم من قاعدة اللزوم. توضيح الفساد ان الشك في اللزوم و عدمه من حيث الشك في متعلق العقد، فإننا نقول: الاصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى يثبت اللزوم و هو وارد على اصالة اللزوم. و الحاصل ان هنا امرين احدهما عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود و اخذه فيه، و هذا الاصل ينفع في عدم الخيار لكنه غير جار لعدم الحالة السابقة.

و لكن ما هو محل البحث من قبيل القسم الثاني، و ذلك لوجهين:

الأول: ان تقييد المبيع و تضييقه يختص بالكلية، فانه قابل لذلك، و لا يكون الشخصي كذلك، و تعليق البيع على الوصف موجب للبطلان، فلا محالة يكون من قبيل الالتزام به في ضمن العقد.

الثاني: ان البيع بالرؤية القديمة انما صححناه بالاشتراط، فراجع ما ذكرناه، و عليه فالأصل مع البائع.

و ربما يقال في تقريب ان الأصل مع البائع وجوه اخرى:

(١) منها: اصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز:

و فيه: انه ان اريد بها ما هو مفاد ليس التامة، فهي لا تفيده، فان عدم وقوع العقد المتصف بالوصف المفقود لا أثر له الا ان يثبت به وقوعه على المتصف بالوصف الموجود أو المطلق غير المقيد بشيء من الوصفين، و ان اريد به ما هو مفاد ليس الناقصة فلا حالة سابقة له

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٩

و الثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذلك الوصف المفقود، و هذا جار غير نافع نظير الشك في كون الماء «الخاص» المخلوق دفعة كرا من أصله، (١) فإن أصالة عدم كريتته نافعة غير جار و اصالة عدم وجود الكر جارية غير نافعة، في ترتب آثار القلة على الماء المذكور فافهم و اغتتم.

و بما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد (٢) الحاكمة على الاصول العملية المتقدمة، مثل ما دل على حرمة أكل المال الا ان تكون تجارة عن تراض، و عموم و لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه، و عموم الناس مسلطون على أموالهم، بناء على انها تدل على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع، لأن المفروض صيرورته ملكا، إذ لا يخفى عليك ان هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال الذي لا يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فإذا شك في ذلك، فالأصل عدم دفع العوض، و هذا هو الذي تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، فإن عدم وصول حقه إليه يثبت

موضوع خيار تخلف الوصف. فإن قلت: لا دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنونا بالعنوان المذكور، بل نقول:

(١) و المصنف قدس سره نظر المقام بالشك في كون الماء المخلوق دفعه كرا من اصله،

بدعوى ان اصالة عدم كريتته نافع غير جارية، و اصالة عدم وجود الكر جارية غير نافع في ترتب آثار القلة على الماء المذكور.

و فيه: انه في الماء المخلوق دفعه من جهة ان آثار القلة آثار للماء غير المتصف بعنوان الكرية يمكن اجراء عدم الكرية الأزلي كما ذكرناه في الجزء الأول من فقه الصادق مفصلاً،

و أما في المقام فلا يمكن ذلك من جهة ان موضوع لزوم هو العقد الواقع على المتصف بالوصف الموجود أو المطلق لا على العقد غير الواقع على المتصف بالوصف المفقود، فلا تنفع اصالة عدم الأزلي في المقام بخلافه في المثال.

(٢) و منها: العمومات المقتضية لزوم العقد الحاكم على الأصول العلمية المتقدمة، مثل ما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٠

قد خرج من تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع. فإذا شك في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة (١) قلت السبب في الخيار و سلطنة المشتري على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجة منطبقه على ما وقع العقد عليه.

و بعبارة اخرى هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه الى المشتري، لا وقوع العقد على ما يطابق العين الخارجية، كما ان السبب في لزوم العقد مقتضاه من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها الى ملك المشتري

و الاصل موافق للأول و مخالف للثاني، مثلاً إذا وقع العقد على العين على انها سمينه فبانت مهزولة، فالموجب للخيار هو انه لم ينتقل إليه في الخارج ما عقد عليه، و هو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإن ذلك لا يقتضى الجواز و انما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد.

و من المعلوم ان عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك، فقد تحقق مما ذكرنا صحة ما تقدم من اصالة عدم وصول حق المشتري إليه.

دل على حرمة اكل المال الا ان تكون تجارة عن تراض، «١» و عموم لا- يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه، «٢» و عموم الناس مسلطون على اموالهم «٣».

و فيه: ان هذه العمومات قد خصصت بادل الخيارات، فمع الشك في الخيار تكون الشبهة مصداقية، و لا يرجع فيها الى العمومات.

(١) و منها: ان موضوع الخيار المعاوضة الواقعة على مال لا ينطبق على المدفوع،

فإذا شك في تلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة.

و فيه: ان موضوع الخيار هو عدم كون العين الخارجية منطبقه على ما وقع العقد عليه

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) الوسائل- باب ٣- من ابواب مكان المصلى- و المستدرک ج ١ ص ٢٢٢ و الاحتجاج ص ٢٦٧.

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١١

و كذا صحة ما في التذكرة من اصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما لزم. نعم ما في المبسوط و

السرائر و الدروس من اصالة بقاء يد المشتري على الثمن، كأنه لا يناسب اصالة اللزوم، بل يناسب اصالة الجواز عند الشك في لزوم العقد، كما يظهر من المختلف في باب السبق و الرماية، و سيأتي تحقيق الحال في باب الخيار، و أما دعوى ورود اصالة عدم تغير المبيع على الاصول المذكورة، (١) لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع، فهي مدفوعة مضافا الى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة، (٢) فاختلف في زمان المشاهدة كما إذا علم بكونها سمينه و انها صارت مهزولة، و لا يعلم انها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا. فحينئذ مقتضى الاصل تأخر الهزال عن المشاهدة،

فالاصل تأخر التغير لا عدمه الموجب للزوم العقد ان مرجع اصالة عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سمينه. و من المعلوم ان هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير اصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم لو ثبت بذلك الاصل هزالتها عند المشاهدة، و تعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، و لكن الأصول العدمية في مجاريها لا يثبت وجود أضدادها، هذا كله

و بعبارة اخرى: عدم دفع البائع العنوان الذى وقع العقد عليه الى المشتري، و الأصل موافق له، مع انه لو سلم ما ذكر لما كان يثبت به للزوم.

و منها: اصالة اللزوم. و فيه: ان الشك في الجواز و اللزوم مسبب عن الشك في وقوع العقد على المتصف بالوصف الموجود و عدمه، فإذا جرى الأصل في السبب لا يبقى شك في اللزوم كى يرجع الى اصلته.

(١) و منها: ان اصالة عدم تغير المبيع واردة على الأصول المذكورة، لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع. و فيه مضافا الى ما افاده المصنف بقوله.

(٢) مضافا الى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف في زمان المشاهدة

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ١١٢

مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار، و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع، (١) فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. و ظاهر عبارة اللعنة تقديم قول المشتري هنا و لم يعلم وجهه.

انه ان اريد بذلك استصحاب عدم التغير من حيث انه بنفسه حادث من الحوادث، فهو لا يفيد لعدم كونه موضوع الأثر.

و ان اريد به استصحاب المعنون ففيه: اولاً: انه من الاستصحاب القهقرى، لأنه يراد اثبات كون الصفة الموجودة كذلك حين العقد. و ثانياً: ان استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفى، فان موضوع الأثر وقوع العقد على المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حين العقد.

فتحصل مما ذكرناه: انه ان كانت الأوصاف من قبيل الشرط و الالتزام فى الالتزام كان الأصل مع البائع، و الاعمع المشتري.

(١) و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع.

فبناء على ما اخترناه من ان اوصاف المبيع فى البيع بالرؤية القيمة مع الشك فيها،

انما تكون كالشروط الخارجية من قبيل الالتزام فى الالتزام، و عليه بنينا فى المسألة المتقدمة ان الأصل مع البائع، لا بد من البناء فى المقام على ان الأصل مع المشتري، لأن البائع يدعى ان الشرط غير هذا الوصف الموجود، و المشتري ينكره، و الأصل عدمه.

و أما بناء على كونها من قيود المبيع يكون الأصل مع البائع بعكس المسألة السابقة،

فان المشتري يدعى وقوع البيع على هذا المتصف بالوصف الموجود، و البائع ينكره،

و الأصل معه.

و بذلك ظهر ان ما بنى عليه الشهيد قدس سره من ان الأصل مع المشتري في المسألتين لا ينطبق على القواعد.

و أما ما افاده المحقق النائيني قدس سره في توجيه ما افاده الشهيد قدس سره: بان الغالب يقدم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٣

الثاني: لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقدم التغير (١) على البيع ليثبت الخيار، و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من اصالة عدم تقدم البيع و التغير على صاحبه، و حيث ان مرجع الاصلين الى اصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و اصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البيع.

و الظاهر انه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز و اللزوم، لأن اللزوم من احكام وصول ما عقد عليه و انتقاله الى المشتري و اصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين، كما ان اصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه،

البائع على البيع كائنا ما كان و لا ينظر الى الوصف الزائد على ما رآه المشتري سابقا.

فغير تام، إذ كما تختلف رغبات المشتري في مقام الاثراء كذلك تختلف رغبات البائع سيما في الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة وجودا و عدما كما هو واضح.

لو اختلفا في تقدم البيع على التغير و تأخره عنه

(١) الفرع الثاني: ما لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقدم التغير.

و الكلام في هذا الفرع يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا صارت قيمته بعد التغير اقل و كان المدعى للخيار هو المشتري.

الثاني: فيما إذا صارت قيمته ازيد و كان المدعى للخيار هو البائع.

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

احدهما: بناء على ان تلف الوصف بعد البيع و قبل القبض يوجب الخيار.

ثانيهما: بناء على عدم كونه موجبا للخيار.

و قبل الشروع في بيان الحق لا بد من تقديم مقدمة،

و هي: انه ربما يكون متعلق الحكم هو الفعل المتعلق بالموصوف المتصف بوصف حال وجود الوصف، و ربما يكون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٤

فالمرجع الى اصالة عدم وصول حق المشتري إليه، (١) كما في المسألة السابقة، إلا ان الفرق بينهما هو ان الشك في وصول الحق هناك ناشئ عن الشك في نفس الحق، و هنا ناشئ عن الشك في وصول الحق المعلوم. و بعبارة اخرى الشك هنا في وصول الحق، و هناك في حقه الواصل، و مقتضى الاصل في المقامين عدم اللزوم، و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع، بأن اتفقا على مشاهدته مهزولا، و وقوع العقد على المشاهد و حصل السمن

مثال الأول: ما لو وجب اكرام زيد العالم.

و مثال الثاني: موارد ضمان الأوصاف، فانه مترتب على الاستيلاء على الوصف نفسه.

و في القسم الأول إذا كان الوصف متيقنا سابقا و مشكوكا فيه لاحقا يجرى فيه الاستصحاب و يترتب حكمه بضم الوجدان الى الأصل، فلو كان زيد عالما و شك في بقاء علمه يستصحب ذلك و يكون اكرامه متعلقا للوجوب.

و في القسم الثاني لا يكفي استصحاب بقاء الصفة، لأنه لا يثبت به كون الفعل متعلقا به، فلو كان الغنم سميئا سابقا و شك في سمنه حال الغصب لا يكفي استصحاب بقاء السمن في الحكم بضمان هذا الوصف المترتب على غصب الوصف ايضا و تمام الكلام في ذلك موكول الى محل آخر إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم:

انه في المورد الأول: يكون الأصل مع المشتري لأصالة عدم وصول حقه إليه، و اصالة عدم التغير و بقاء الوصف الى زمان القبض لا يثبت قبض الصفة الذي هو موضوع اللزوم فلا تجرى، و كذا لا تجرى اصالة عدم القبض الى ما بعد التغير، فانها ايضا لا تثبت وقوع القبض على فاقد الوصف الذي هو موضوع الخيار، فهذان الأصلان لا يجريان. و أما اصالة اللزوم فهي محكومة لاستصحاب عدم وصول حق المشتري إليه.

(١) و في المورد الثاني افاد المصنف قدس سره: ان الأصل مع المشتري و هو اصالة عدم وصول حقه إليه، و هو غير تام، لأنه على الفرض القطع بعدم وصول حقه إليه لا يكون موجبا للخيار لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجبا للخيار، فكيف باستصحابه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٥

و اختلفا في تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع فافهم و تدبر. (١)

فإن المقام لا يخلو عن اشكال و اشتباه، و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفي في قبضه التخليء، و اختلفا في تقدم التلف على البيع و تأخره، (٢) فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن لأصالة عدم تأثير البيع، و قد يتوهم جريان اصالة صحة البيع هنا للشك في بعض شروطه و هو وجود المبيع.

و فيه ان صحة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الاثر شرعا، فإذا فرضنا انه عقد على شيء معدوم في الواقع، فلا تأثير له عقلا في تملك العين، لأن تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود

بل في المورد الثاني: يكون الأصل - و هو اصالة اللزوم و اصالة عدم التغير و بقاء الوصف الى حين البيع الجارية و المفيدة في المقام من جهة ان الأثر و هو اللزوم انما يترتب على وقوع البيع على الموصوف في حال وجود تلك الصفة - مع البائع.

و ما عن بعض من: ان الأصل الثاني معارض مع اصالة عدم وقوع البيع الى زمان التغير.

يرده: انه لا أثر لهذا الأصل، لأن الخيار انما يترتب على وقوع البيع على الفاقد لذلك الوصف.

(١) و أما الموضوع الثاني: و هو ما لو ادعى البائع الخيار، بان كانت العين في حال المشاهدة فاقدة الوصف و البيع وقع عليها مع عدم الوصف و صارت بعد ذلك واجدة له،

و ادعى البائع تقدم وجود الصفة على البيع و القبض، و المشتري يدعى التأخر فظاهر كلام المصنف ان الأصل مع البائع، و صريح كلام المحقق النائيني قدس سره ذلك.

و لكن الحق ان الأصل مع المشتري، إذ مضافا الى اصالة اللزوم تجرى اصالة عدم التغير و عدم وجود الوصف الى حين البيع، و لا تعارضها اصالة عدم البيع الى زمان التغير،

إذ لا يثبت بها وقوع البيع في حال وجود الوصف.

(٢) قوله و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما تكفي في قبضه التخليء و لم يعلم وجه تعرضه لهذا الفرع في المقام و على كل حال لا تجرى الاصول الموضوعية في شيء من الطرفين في المقام، من غير فرق بين الجهل بالتاريخ و العلم به

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٦

و لا على قصد تملك بدله أو قيمته غير معقول، و مجرد انشائه باللفظ لغو عرفا يقبح مع العلم دون الجعل بالحال، فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم (١) لأن التملك الحقيقي غير متحقق و الصوري، و ان تحقق لكنه ليس بفاسد، إذ اللغو فاسد عرفا اي قبيح إذا صدر عن علم بالحال.

و بالجملة: الفاسد شرعا الذي تنزه عنه فعل المسلم هو التملك الحقيقي المقصود الذي لم يمضه الشارع، فافهم. هذا فإنه قد غفل عنه بعض في مسألة الاختلاف في تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن اذنه في البيع و تأخيره عنه،

للمثبية فان استصحاب بقاء العين الى حين البيع لا- يترتب عليه الاثر ما لم يحرز به تحقق البيع الذي هو تملك مال بعوض كما ان استصحاب عدم البيع الى ما بعد التلف لا يثبت كون البيع واقعا على المعدوم فلا محالة يشك في تحقق البيع و عدمه و بالنتيجة يشك في انتقال الثمن عن المشتري و عدمه و الاصل يقتضى عدم الانتقال و بقاء ملك المشتري على الثمن.

(١) و قد يتوهم انه تجرى اصالة الصحة في البيع لانه لو كان المبيع معدوما يكون البيع فاسدا و بلا اثر و لو كان موجودا يكون صحيحا و اصالة الصحة تقتضى بالصحة و هي حاكمه على اصالة بقاء ملك المشتري على الثمن و لكنه فاسد من جهة اختصاص دليل اصالة الصحة بما إذا شك في الصحة و الفساد بعد احراز اصل العمل الموصوف بالصحة لا لأنه لا يعقل الشك في الوصف الا مع احراز الموصوف بل لان دليل التعبد انما يتكفل التعبد بالوصف دون التعبد بالموصوف و اثباته فلا تعبد بالوصف الا مع احراز الموصوف و في المقام بما انه يشك في اصل وجود البيع الذي هو المقسم للصحيح و الفساد لانه إذا كان المبيع معدوما لم يكن ما وقع بيعا و لو عرفا فلا يكون مجرى لأصالة الصحة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٧

حيث تمسك باصالة صحة الرجوع عن الاذن لان (١) الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسدا لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه، نعم لو تحققت قابلية التأثير عقلا أو تحقق الإنشاء الحقيقي عرفا و لو فيما إذا باع بلا ثمن (٢) أو باع ما هو غير مملوك، كالخمر و الخنزير و كالتالف شرعا كالغريق و المسروق أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمره المعدومه أو قصد تملك بدله مثلا أو قيمة كما لو باع ما اتلفه زيد على عمرو (٣) أو صالحه اياه بقصد حصول اثر الملك في بدله تحقق مورد الصحة و الفساد، فإذا حكم بفساد شيء من ذلك، ثم شك في ان العقد الخارجي منه ام من الصحيح حمل على الصحيح.

(١) قوله حيث تمسك باصالة صحة الرجوع عن الاذن المتمسك هو صاحب الجواهر قدس سره و قد حققنا في رساله القواعد الثلاث انه لا تجرى اصالة الصحة فيه من جهة ان الرجوع إذا وقع بعد البيع لا يترتب عليه شيء لعدم كونه قابلا للتأثير و من شرائط جريانها قابلية التأثير عقلا.

(٢) قوله و لو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك البيع بلا ثمن كالباع بلا مبيع بعد فرض تقوم البيع بالعوضين فلو شك فيه لا تجرى اصالة الصحة لعين ما تقدم.

(٣) قوله كما لو باع ما اتلفه زيد على عمرو أو صالحه اياه ان قلنا ان حقيقة الضمان كون التالف بشخصه في العهدة الى حين الاداء- صح البيع المذكور لاعتبار بقاء المبيع.

و ان قلنا ان حقيقته انتقال المثل أو القيمة الى الذمة كان يبيعه بعد التلف بيعا لما لا وجود له و قد مر عدم جريان الاصل لو شك في ذلك.

لزوم الاختبار

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٨

مسألة: لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، (١)

كما في كل وصف يكون كذلك إذ لا فرق في توقف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف و بين تقدير العوضين بالكيل و الوزن و العدد، و يغنى الوصف عن الاختبار فيما ينضب من الأوصاف دون ما لا ينضب كمقدار الطعم و الرائحة و اللون و كفياتها، فإن ذلك مما لا يمكن ضبطه الا باختبار شيء من جنسه، ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف مثل ان يكون الاعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فيبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف.

مسائل.

(١) الأولى: لا بد و ان يختبر الطعم و اللون و الرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك كما في كل وصف يكون كذلك بلا خلاف: لدفع الغرر،

و تفصيل القول في هذه المسألة: انه تارة تختلف قيمة الشيء باختلاف اوصافه الثلاثة، و اخرى لا تختلف.

و على الأول: قد يكون واجد الوصف صحيحا و فاقد فاسدا، و قد يكونان معا من مراتب الصحيح.

اما في القسم الأول: فلا ينبغي التوقف في بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف و اشتراط و لو ضمنى للغرر، من غير فرق بين كون الفاقد فاسدا أو مما لا مالمية له المترقبه من ذلك الشيء، و بين كونه معيبا.

و هناك قول آخر، و هو: القول بصحة البيع اعتمادا على اصالة السلامة.

و فيه: انه لا دليل عليها لا من بناء العقلاء و لا من الشرع،

اما الأول: فلأنهم في اموراتهم لا يبنون على السلامة ما لم يطمئنوا بها.

و ما اعترف به المصنف قدس سره من بنائهم عليها في ما إذا كان الشك في طرء المفسد.

غير سديد، لأنهم في ذلك المورد ايضا لا يبنون عليها مع عدم الاطمئنان و ما يرى من ايقاع المعاملة على الشيء من دون اطمئنان بسلامته انما يكون من جهة الشرط الضمنى. و سيأتى الكلام فيه.

و أما الثانى: فلأن ما يتوهم كونه دليلا عليها ليس الا- الاستصحاب، و هو لا- يجرى في المقام، لأن الأثر مترتب على الإحراز دون المتيقن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٩

و كذا الكلام في الطعم و الرائحة لمن كان مسلوب الذائقة و الشامة. نعم لو لم يرد من اختبار الاوصاف الا استعمال صحته و فساده جاز شرائها بوصف الصحة،

كما في الدبس و الدهن مثلا، فإن المقصود من طعمها ملاحظة عدم فسادهما، بخلاف بعض انواع الفواكه و الروائح التى تختلف قيمتها باختلاف طعمها و رائحتها، و لا يقصد من اختبار اوصافها ملاحظة صحتها و فسادهما و اطلاق كلمات الاصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته (١) بالوصف محمول على ما إذا اريد الاوصاف التى لها مدخل في الصحة لا الزائدة على الصحة التى يختلف بها القيمة، بقرينه تعرضهم بعد هذا البيان جواز شرائها من دون اختبار و لا وصف بناء على اصالة الصحة، و كيف كان فقد قوى في السرائر عدم الجواز اخيرا بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعى عليه الإجماع في الغنية. قال يمكن أن يقال ان بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز ان يكون بالوصف، لأنه غير غائب، فيباع مع خيار الرؤية بالوصف. فإذا لا بد من شمه و ذوقه لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف و هذا أقوى، انتهى.

(١) قوله و اطلاق كلمات الاصحاب فى جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته بالوصف الكلمات بانفسها مقصورة على صورة التمكن من التوصيف و لا تشمل ما لا يمكن فيه ذلك لعدم الانضباط لانه من البديهي ان المراد بالتوصيف تعيين الصفات للمشتري لا مجرد ذكرها كما هو واضح.

كما لا- ينبغى التوقف فى صحة البيع مع العلم بالوصف بالاختبار أو غيره، أو اخبار البائع به ان كان مؤتمنا، أو اشتراط وجوده و لو بالشرط الضمنى لارتفاع الغرر بجميع ذلك.
اما بالأول: فواضح.

و أما بالثانى: فلما دل على حجية خبر الواحد فى الموضوعات «١» و ما دل على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن ان كان مؤتمنا «٢» بعد الغاء خصوصية المورد.

(١) الحجرات آية ٦.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢٠

و يضعفه ان المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكما، بل الاقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصف بناء على اصالة الصحة وفاقا للفاضلين، و من تأخر عنهما، لأنه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره فى الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة.

و من المعلوم انه غير معتبر فى البيع اجماعا، بل يكفى بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. و أما رواية محمد بن العيص عن الرجل يشتري ما يذوقه قبل ان يشتري؟ قال: نعم، فليذقه و لا يذوقن ما لا يشتري، فالسؤال فيها عن جواز الذوق لاعن وجوبه، ثم انه ربما نسب الخلاف فى هذه المسألة الى المفيد و القاضى و سلار و ابى الصلاح و ابن حمزة، (١) قال فى المقنعة

و أما بالثالث: فان كان الشرط صريحا واضحا، و ان كان ضمنيا- اى كان القيد من القيود التى بناء المتعاملين عليها- فلما تقدم اجمالا، و سيأتى تفصيله من انه بحكم ذكر الشرط و ليس من قبيل البناء القلبي المجرد كى يقال انه لا عبرة به فى باب العقود و الإيقاعات. و خبر محمد بن العيص «١» المذكور فى المتن لا يدل على لزوم الاختبار فانه سؤال و جوابا فى مقام بيان جواز الذوق لا وجوبه.

و أما فى القسم الثانى: فما ذكرناه فى هذا القسم يجرى فيه طابق النعل بالنعل، و الفرق بينهما انه لا مجال فى هذا القسم لاحتمال الاستناد الى اصالة السلامة.

و أما فى القسم الثالث: فالأظهر صحة البيع مع الجهل بالوصف و ان لم يشترط وجوده لعدم لزوم الغرر.

(١) ثم انه ربما نسب الخلاف فى هذه المسألة الى المفيد.

ظاهر كلمات هؤلاء كصريح الحلّى تعين الاختبار و عدم كفاية التوصيف كما ان مقتضى اطلاق كلام الجميع عدم الفرق بين وصف الصحة و سائر الاوصاف التى تنضبط بالتوصيف.

(١) الوسائل - باب ٢٥- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢١

كل شىء من المطعومات و المشمومات يمكن للانسان اختباره من غير افساد له كالادهان المختبرة بالشم و صنوف الطيب و الحلوات

المذوقه، فإنه لا يصح بيعه بغير اختبار، فإن اتبع بغير اختبار كان البيع باطلا و المتبايعان فيها بالخيار، (١) فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى.

و عن القاضي انه لا يجوز بيعه الا بعد ان يختبر فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيرا فى رده له على البائع، و المحكى عن سلار و ابى الصلاح و ابن حمزة اطلاق القول بعد صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار من غير تعرض لخيار المتبايعين كالمفيد أو للمشتري كالقاضى. ثم المحكى عن المفيد و سلار ان ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة.

و عن النهاية و الكافى ان بيعه جائز على شرط الصحة أو البراءة من العيوب. (٢)

و عن القاضي لا يجوز بيعه الا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب. قال فى محكى المختلف بعد ذكر عبارة القاضي: ان هذه العبارة توهم اشتراط احد القيدتين.

اما الصحة أو البراءة من العيوب و ليس بجيد، بل الاولى انعقاد البيع سواء شرط احدهما أو خلى عنهما أو شرط العيب.

و الظاهر انه انما صار الى الايهام من عبارة الشيخين حيث قالوا: انه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة، و مقصودهما ان البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز لا ان جوازه مشروط بالصحة أو البراءة، انتهى.

(١) قوله و المتبايعان فيه بالخيار و المراد بالخيار هنا هو الخيار فى احداث بيع جديد و ان لهم ذلك لا الخيار المصطلح - و ذلك للتصريح قبله ببطلان البيع من دون اختبار و كذلك بعده - و لنسبة الخيار الى المتبايعين و لو كان المراد هو الخيار المصطلح كان المنسوب إليه احدهما لا كليهما.

(٢) قوله الا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب المراد بالبراءة من العيوب براءة المبيع منها فيكون عطف تفسير لشرط الصحة لا براءة البائع.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢٢

اقول: و لعله لنكتة بيان ان مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف فى العقد كما عبر فى القواعد فيما يفسده الاختبار: بقوله جاز شرط الصحة لكن الانصاف: ان الظاهر من عبارتى المقنعة و النهاية و نحوهما هو اعتبار ذكر الصحة فى العقد، كما يظهر بالتدبر فى عبارة المقنعة من أولها الى آخرها.

و عبارة النهاية هنا هى عبارة المقنعة بعينها فلاحظ. و ظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدم من الحلى فلا يكفى ذكر الاوصاف فضلا عن الاستغناء عنها باصالة السلامة، و يدل عليه ان هؤلاء اشترطوا فى ظاهر عبارتهم المتقدمة: اشترط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار و ان فهم فى المختلف خلاف ذلك لكن قدما ما فيه، فينبغى ان يكون كلا مهم فى الأمور التى لا تنضبط (١) خصوصية طعمها و ريحها بالوصف.

و الظاهر ان ذلك فى غير الاوصاف التى يدور عليها السلامة من العيب، الا ان تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار (٢) كالشاهد على ان المراد بالاصناف التى لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة، كما ان مقابله و هو ما يفسد الشئ باختباره كالبيض و البطيخ كذلك غالبا، و يؤيده حكم القاضي بخيار المشتري.

عن عهدة العيوب فان هذا الشرط لا يعقل صيرورته موجبا لصحة البيع لو كان باطلا بدونه للجهاة و الغرر لانه لا يرفعهما لو لم يؤكد. (١) قوله فينبغى ان يكون كلامهم فى الامور التى لا تنضبط حاصله انه من افتاء القوم بكفاية التوصيف فيما يفسده الاختبار يستكشف انه يكفى فى رفع الغرر و حيث انه لا- يمكن البناء على كفايته فى رفع الغرر فى مورد دون آخر فيعلم من ذلك ان ما افتوا به من عدم كفاية التوصيف فيما لا يفسده الاختبار انما هو فيما لا يمكن فيه التوصيف الا بعد الاختبار و هو ما إذا كانت الصحة ذات مراتب و لا

يمكن تعيين مرتبة منها الا بعد سبق الاختبار.

(٢) قوله الا ان تخصيصهم الحكم لما لا يفسده الاختبار ... مناط السلامة حاصل ذلك انه من مقابلة ما لا يفسد بالاختبار بما يفسد به - يعلم ان الفساد المنفى تارة و المثبت اخرى واحد و هو ما يقابل الصحة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٣

و كيف كان فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضبط بالوصاف، فلا خلاف معهم منا و لا من الاصحاب، و ان كان مذهبهم موافقا للحلى (١) بناء على ارادة الوصاف التي بها قوام السلامة من العيب، فقد عرفت انه ضعيف في الغاية و ان كان مذهبهم عدم كفاية البناء على اصالة السلامة عن الاختبار و الوصف و ان كان ذكر الوصف كافيا عن الاختبار، فقد عرفت ان الظاهر من حالهم و حال غيرهم عدم التزام ذكر الوصاف الرجعة الى السلامة من العيوب في بيع الاعيان الشخصية.

و يمكن ان يقال بعد منع جريان اصالة السلامة في الاعيان لعدم الدليل عليها لا- من بناء العقلاء الا فيما إذا كان الشك في طرو المفسد، (٢) مع ان الكلام في كفاية اصالة السلامة عن ذكر الأوصاف اعم، و لا من الشرع لعدم الدليل عليه ان السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة (٣) على جهة الركنية للمال، كالحلاوة في الدبس و الرائحة في الجلاب و الحموضة في الخل و غير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المالىة، فلا بد في دفع الغرر من احراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات و حيث فرض عدم اعتبار اصالة السلامة.

و فيه ان ما يفسده الاختبار كما يفسد باختبار وصف صحته يفسد باختبار مراتب صحته فلا شهادة في هذا التخصيص على القصر بوصف السلامة.

(١) قوله و ان كان مذهبهم موافقا للحلى قد عرفت ان الاظهر ذلك فراجع.

(٢) قوله الا فيما إذا كان الشك في طرو المفسد قد عرفت انه لا بناء من العقلاء حتى في هذا المورد.

(٣) قوله ان السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة محصل هذا التفصيل ان السلامة ان كان فواتها موجبا لفوات معظم المالىة و كانت هي مقصودة على وجه الركنية لزم احرازها حين البيع و يبطل بدونه و لا يصح الاعتماد على اصالة السلامة- و ان لم تكن كذلك أى لم تكن مقومة للمالىة فلا تكون متعلقة للغرض النوعى المعاملى من العقلاء- لم يجب احرازها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٤

فلا- بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها، لأماره عرفية مغنية عن الاختبار و الوصف و متى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم تجب احرازها.

نعم لما كان الاطلاق منصرفا الى الصحيح (١) جاء الخيار عند تبين العيب، فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الاطلاق الى النقد لا النسبة و انصراف اطلاق الملك فى المبيع الى غير مسلوب المنفعة مدة يعتد بها لا من جهة الاعتماد فى احراز الصحة و البناء عليها على اصالة السلامة.

و بعبارة اخرى، الشك فى بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجارية ممن لا تحيض فى سن الحيض، و مثل هذا لا يعتبر احراز السلامة عنه، و قد يستلزمه ككون الجارية خنثى، و كون الدابة لا يستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه، و هذه مما يعتبر احراز السلامة عنها، و حيث فرض عدم احرازها بالاصل، فلا بد من الاختبار أو الوصف، هذا و يؤيد ما ذكرنا من التفصيل ان بعضهم كالمحقق فى النافع و العلامة فى القواعد عنوان المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه، هذا، و لكن الانصاف ان مطلق العيب (٢) إذا التفت إليه المشتري و شك فيه فلا بد فى دفع الغرر من احراز السلامة عنه. اما بالاختبار و أما بالوصف و أما بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف. اما لاجل الانصراف. و أما لأصالة السلامة من غير تفرقة بين العيوب اصلا، فلا بد اما من كفاية الاطلاق فى الكل

للأصل و الانصراف.

و أما من عدم كفايته فى الكل نظرا الى انه لا يندفع به الغرر الا إذا حصل منه الوثوق، حتى انه لو شك فى ان هذا العبد صحيح أو انه اجدم لم يجز البناء على اصالة

(١) قوله نعم لما كان الاطلاق منصرفا الى الصحيح هذا دفع اعتراض مقدر هو انه ما الوجه لثبوت الخيار على هذا التفصيل فانه فى الصورة الاولى يبطل البيع و فى الثانية يصح و لكن لا موجب له.

و حاصل الجواب ان وجه ثبوت الخيار فى الصورة الثانية ليس من حيث الاعتماد على اصالة السلامة بل لاقتضاء اطلاق العقد- أى الشرط الضمنى بالتقريب المتقدم ذلك.

(٢) قوله و لكن الانصاف ان مطلق العيب ... احراز السلامة عنه هذا هو الصحيح على ما تقدم.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢٥

السلامة إذا لم يفد الوثوق، بل لا بد من الاختبار أو وصف كونه غير اجدم،

و هذا و ان كان لا- يخلو عن وجه الا انه مخالف لما يستفاد من كلماتهم فى غير موضع من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب و عدمها.

مسألة: يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار (١) اجماعا

على الظاهر و الاقوى عدم اعتبار اشتراط الصحة فى العقد، و كفاية الاعتماد على اصالة السلامة (٢) كما فيما لا يفسده الاختبار، خلافا لظاهر جماعته تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة

ثم انه فى القسم الأول لو تبين فقد الوصف، فان كان الفاقد مما لا مالىة له بطل البيع،

لأنه حينئذ بنظر العرف الفاقد غير الواجد حقيقة، فما وقع عليه العقد لا واقع له، و ما له واقع لم يقع عليه العقد.

و بعبارة اخرى: مع عدم المالىة للمبيع لا يصدق عنوان البيع، و ان كان الفاقد معييا و له مالىة ايضا صح البيع و ثبت خيار العيب.

و أما فى القسم الثانى، فان كان البيع مع اشتراط وجود الوصف و لو ضمنا ثبت خيار تخلف الشرط، و ان كان مع الاختبار أو اخبار البائع لم يثبت الخيار، لا خيار تخلف الشرط لعدمه، و لا خيار الغبن لأن مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، و لا خيار العيب لعدم كونه معييا.

حكم شراء ما يفسده الاختبار

(١) قوله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختيار محصل الكلام فى المقام: ان الاوصاف التى تختلف المالىة باختلافها على قسمين:

الأول: ما يوجب فقده كون الفاقد غير صحيح.

الثانى: ما لا يوجب فقده ذلك بل يكون الواجد و الفاقد من مراتب الصحيح.

اما فى الأول: فيجوز البيع مع التوصيف أو الاشتراط و لو بنحو الشرط الضمنى كما تقدم فيما لا يفسده الاختبار، و لا يصح البيع بدون ذلك للزوم الغرر.

(٢) و أما الاعتماد على اصالة السلامة فقد عرفت فى المسألة المتقدمة ما فيه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٦

أو البراءة من العيوب (١) أو خصوص احدهما. وقد عرفت تأويل العلامة في المختلف لعبارتى المقنعة و النهاية الظاهرتين في ذلك و ارجاعهما الى ما اراده من قوله في القواعد جاز بيعه بشرط الصحة من انه مع الصحة يمضى البيع و لا معها يتخير المشتري و عرفت ان هذا التأويل مخالف للظاهر حتى ان قوله في القواعد ظاهر في اعتبار شرط الصحة. و لذا قال في جامع المقاصد: و كما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقا،

(١) و أما ما عن جماعة من الاكتفاء بالبراءة من العيوب،

فان كان المراد بها ما تقدم و هو براءة المبيع من العيوب.

فهو متين، الا انه يرجع الى اشتراط الصحة،

و ان كان المراد بها براءة البائع عن عهدة العيوب.

فيرد عليه: ان ذلك يوجب الغرر المبطل للبيع، و لا وجه للقول بصحة البيع معه.

و أما في القسم الثاني: فان كان الوصف مما يمكن ضبطه و توصيفه اعتبر ذلك دفعا للغرر.

و الا جاز بيعه و ان لم يكن الوصف محرزا بلا اختبار للإجماع على عدم لزومه.

و الوجه في ذلك: اما انه لا يلزم الغرر من جهة ان لهذه الأمور عند العرف مالية معينة، و ان كان لو انكشف كونها واجدة للوصف

تصير مالتها ازيد الا انه ما لم ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالية،

أو لأنه على فرض لزوم الغرر السيرة القطعية المستمرة توجب تخصيص دليل الغرر «١».

و الظاهر ان نظر صاحب الجواهر قدس سره المدعى للسيرة على بيع ما يفسده الاختبار بمجرد المشاهدة الى هذا القسم،

و أما في القسم الأول فقد عرفت انه يمكن ان تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط الضمني.

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٧

و كيف كان، فإذا تبين فساد البيع، (١) فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه، فإن كان لفساده قيمة كبيض النعامة و الجوز تخير

بين الرد و الارش، و لو فرض بلوغ الفساد الى حيث لا يعد الفاسد من افراد ذلك الجنس عرفا كالجوز الأجوف الذي لا يصلح الا

للإحراق، فيحتمل قويا بطلان البيع ان لم يكن لفساده قيمة تبين بطلان البيع لوقوعه على ما ليس بتمول، و ان كان تبين الفساد بعد

الكسر ففي الأول تبين الارش خاصة لمكان التصرف، و يظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم فيه فساد المبيع لم

يسقط الرد، و المراد بالارش تفاوت ما بين صحيحه و فاسده الغير المكسور، لان الكسر نقص حصل في يد المشتري، و منه يعلم ثبوت

الارش ايضا و لو لم يكن لمكسوره قيمة، لأن العبرة في التمول بالفاسد الغير المكسور، و لا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول، و يبطل

البيع في الثاني

(١) قوله و كيف كان فإذا تبين فساد البيع و محصل الكلام في المقام: انه ان كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر و نحوه،

فربما يكون للفاسد مقدار من المالية، و لكنه اقل من مقدار الصحيح. و ربما لا تكون له المالية.

فان كان له مقدار من المالية، فان كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الأجوف الذي لا يصلح الا للإحراق، لا إشكال في

فساد البيع، فان ما وقع عليه العقد غير موجود، و الموجود لم يقع عليه العقد.

و بعبارة اخرى: ما قصد لا واقع له، و ما له واقع لم يقصد، و ان كان ذلك معيب الصحيح صح البيع و ثبت خيار العيب، و ان لم تكن له مالمية بطل البيع لتقومه بتبديل المال.

و أما ان كان التبين بعد التصرف بالكسر و نحوه، فان كان للفساد مالمية و كان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لا وجه لبطلان البيع، و يسقط خياره للتصرف، فيتعين عليه اخذ الارش. و لو كان التصرف الكسرى بالمقدار اللازم فى الاختبار، فهل يكون ذلك مانعا عن الرد او لا؟ وجهان،

لا يبعد اظهرية الثانى، فان البيع بشرط الصحة يتضمن شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقف عليه الاختبار، و ليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف. و ان كان بنظر العرف مابينا للصحيح بطل البيع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢٨

اعنى ما لم يكن لفساده قيمة وفاقا للمبسوط و السرائر.

و ظاهر من تأخر عنهما و ظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرح به الشيخ و الحلى و العلامة فى التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات و هو صريح جملة ممن تأخر عنهم و ظاهر آخرين عدا الشهيد فى الدروس، فإن ظاهره انفساخ البيع من حيث تبين الفساد لا من اصله، (١) و جعل الثانى احتمالا و نسبه الى ظاهر الجماعة، و لم يعلم وجه ما اختاره. و لذا نسب فى الروضة خلافه الى الوضوح و هو كذلك فإن الفساد الواقعى ان لم يكن من الاموال الواقعية كان العقد عليه فاسدا لأن اشتراط تمويل العوضين واقعى لا علمى

و ان لم تكن للفساد مالمية، فالكلام فيه فى مواضع:

الأول: ان المبيع الفاسد الذى لا مالمية لمكسوره كالبيض هل له مالمية قبل الكسر من جهة ان العقلاء يبذلون بازائه المال رجاء للسلامة و ليس المال الا ما يبذل بازائه المال، ام ليس له مالمية نظرا الى ان المالمية تنتزع من كون الشىء موضوعا لأثر يميل العقلاء إليه و يكون موردا لرغبتهم؟ وجهان اقواهما الثانى، و عليه فيكون البيع فى الفرض باطلا من اصله من جهة انكشاف عدم المالمية.

الثانى: انه على تقدير المالمية قبل الكسر.

(١) هل يفسخ البيع من حين الكسر و تبين الفساد- كما عن الشهيد قدس سره نظرا الى ان الخروج عن المالمية بالكسر حيث انه لأمر سابق على العقد فيكون مضمونا على البائع ام لا يفسخ من جهة ان الخروج عن المالمية ليس لأمر سابق و هو فساده فانه اوجب نقصا فى المالمية، ثم بالكسر ذهب المقدار الباقي فعلا، وجهان: اقواهما الثانى.

فان قلت: انه يمكن تصحيح كلام الشهيد قدس سره بان يقال: انه بالكسر يظهر العيب،

فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتا قطعاً، و فى ذلك الحين يتلف المبيع فيكون تالفا فى زمان الخيار، فتشمله قاعدة التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له «١».

قلت: اولاً: ان الكسر اتلاف لا تلف، و القاعدة مختصة بالتلف.

و ثانياً انها مختصة بالخيارات الزمانية بانفسها، و خيار العيب ليس زمانياً بذاته

(١) الوسائل- باب ٥ و ٨- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢٩

و ان كان من الاموال الواقعية، فإن لم يكن بينه و بين الصحيح تفاوت فى القيمة لم يكن هنا ارش و لارد (١) بل كان البيع لازماً و قد تلف المبيع بعد قبضه و ان كان بينه و بين الصحيح الواقعى تفاوت فاللازم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بين

الصحيح و الفساد من الثمن لا جميع الثمن.

اللهم الا- ان يقال انه مال واقعى الى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن المالية لأمر سابق على العقد و هو فساده واقعا كان فى ضمان البائع، فيفسخ البيع حينئذ بل يمكن ان يقال بعدم الانفساخ فيجوز له الامضاء، فيكون المكسور ملكا له و ان خرج عن المالية بالكسر و حيث ان خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضمونا على البائع، (٢) و تدارك هذا العيب اعنى فوات المالية، لا يكون الا بدفع تمام الثمن،

لكن سيجىء ما فيه من مخالفة القواعد و الفتاوى. و فيه وضوح كون ماليته عرفا و شرعا من حيث الظاهر.

الثالث: انه على تقدير المالية قبل الكسر و عدم انفساخ البيع، هل يسترجع ما يوازي تمام الثمن، ام يسترجع تفاوت ما بين الصحيح و المعيب؟ وجهان:

اقواما الثانى، فان الموجب للأرش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده.

و دعوى ان الحادث فى زمان الخيار ايضا موجب له،

مندفعة بان الحادث بالإتلاف ليس موجبا له كما هو واضح.

(١) قوله لم يكن هنا رد و الارش عدم ثبوت الارش واضح لعدم التفاوت بين القيمتين و أما عدم ثبوت الرد فغير ظاهر فانه إذا اشتراه بشرط الصحة ثبت خيار تخلف الشرط.

(٢) قوله و حيث ان خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضمونا ليس مراده بذلك ضمان المعاوضة كى يرد عليه بان لازمه انفساخ البيع و المفروض عدمه بل مراده ضمان الغرامة نظرا الى منشأ هذا العيب الحادث هو العيب السابق فالصحيح ان يورد عليه بان الكسر الموجب لنقص مقدار من المالية المشترك بين الصحيح و المعيب ليس منشؤه العيب السابق.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٣٠

و أما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من اول الامر مع انه لو كان ما لا واقعا فالعيب حادث فى ملك المشتري، فإن العلم مخرج له عن المالية لا كاشف فليس هذا عيبا مجهولا و لو سلم فهو كالارمد يعمى بعد الاثراء، و المريض يموت مع ان فوات المالية يعد تلفا لا عيبا، ثم ان فائدة الخلاف تظهر فى ترتب آثار ملكية المشتري الثمن الى حين تبين الفساد، و عن الدروس و اللمعة انها تظهر فى مئونة نقله (١) عن الموضع الذى اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع و على الثانى على المشتري لوقوعه فى ملكه، و فى جامع المقاصد الذى يقتضيه النظر انه ليس له رجوع على البائع بها لانتفاء المقتضى و تبعه الشهيد الثانى قال لانه نقله بغير امره فلا- يتجه الرجوع عليه بها و كون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرم انما يتجه مع الغرور و هو منفى هنا لا اشتراكهما فى الجهل، انتهى.

و اعترض عليه بأن الغرور لا- يختص بصورة علم الغار، و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الاساطين، و هو كونه على البائع على التقديرين و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد، هذا كله فى مئونة النقل من موضع الاثراء الى موضع الكسر.

(١) قوله و عن الدروس و اللمعة انها تظهر فى مئونة نقله الاقوال و الوجوه فى المسألة ثلاثة الاول: ان المئونة على البائع مطلقا الثانى:

انها على المشتري كذلك الثالث: التفصيل بين القول بالانفساخ من حين التبين فعلى المشتري و بين القول

بانكشاف الفساد من الاول فعلى البائع و الاظهر انها على المشتري مطلقا الا مع صدق التغير فانه يرجع المشتري حينئذ

الى البائع لقاعدة الغرور- أو كون النقل بامر- اما رجوعه الى البائع فى الموردين فواضح و أما عدم رجوعه فى غيرهما فلعدم الموجب له.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣١

و أما مئونة نقله من موضع الكسر، لو وجب تفريغه منه (١) لمطالبة مالكة،

أو لكونه مسجداً أو مشهداً، فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبة الحنطة:

فالظاهر انه على البائع على التقديرين، لأنه بعد الفسخ ملكه، و أما لو لم يكن قابلاً للتملك فلا يبعد مؤاخذه المشتري به و في رجوعه

على البائع ما تقدم في مئونة نقله الى موضع الكسر، ثم ان المحكى في الدروس عن الشيخ و اتباعه انه لو تبرأ البائع من العيب (٢) فيما

لا قيمة لمكسوره صح، قال: و يشكل انه اكل مال بالباطل،

و تبعه الشهيد و المحقق الثانيان

(١) قوله و أما مئونة نقله من موضع الكسر تارة يكون لزوم النقل لحق البائع من جهة ان المكسور ماله و متعلق حقه- و اخرى- يكون

لحق الله تعالى كما إذا كان في المسجد و كان بقائه فيه موجبا لهتكه اما في الاول فمئونة الرد على المشتري الا إذا كانت المئونة زائدة

عما يقتضيه طبعاً رد المال: فانه إذا كانت المئونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد اخص من حديث

لا ضرر فيخصص به- و ان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث «١» لا ضرر عدم وجوب البذل عليه و أما في الثاني فمئونة النقل

كأصل وجوبه تكون على عامة المسلمين و صيرورة المشتري سبباً لتوجيه التكليف لا توجب اختصاص التكليف به كما حققناه مفصلاً

في الجزء الاول من فقه الصادق في مبحث تنجيس المسجد.

(٢) قوله لو تبرأ البائع من العيب فيما لا- قيمة لمكسوره صح الظاهر ان مراد الشيخ و اتباعه انه مع الفراغ عن صحة البيع بالاطمينان

بالصحة و السلامة من الاختبار أو التوصيف أو غيرهما إذا تبرأ من العيوب ثم تبين الفساد بالكسر صح و ليس مراده تصحيح البيع

بالتبري حتى يورد عليه بان ذلك موجب للزوم الغرر المبطل- أو يوجه بان المراد اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب.

و على ما ذكرناه فايراد الدروس عليهم بانه اكل للمال بالباطل انما يكون من جهة انكشاف عدم المالية له قبل الكسر أي حين البيع.

(١) الوسائل- باب ١٧- من ابواب الخيار حديث ٥-٤-٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٢

و قد تصدى بعض لتوجيه صحة اشتراء البراءة (١) بما حاصله منع بطلان البيع و ان استحق المشتري مجموع الثمن من باب الارش

المستوعب، فإن الارش غرامة اوجبها الشارع بسبب العيب، لا انه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من الثمن، و لذا يسقط

بالاسقاط و لا يتعين على البائع الاعطاء من نفس الثمن ليسقط بالتبري و ليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع إذ المثلن يتحقق

على حسب معاملة العقلاء، و لم يعلم اعتبار ازيد من ذلك في صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا

النحو.

نعم لو لم يشترط استحق الرجوع بالارش المستوعب، و لعله لذا لم يعبروا بالبطلان و ان ذكر المحقق و غيره الرجوع بالثمن، و فهم منه

جماعة بطلان البيع، لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية و ان لم يكن له قيمة و هو اعم من بطلان البيع، انتهى محصله و فيه مواقع

للنظر فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح ببطلان البيع، كالشيخ في المبسوط و الحل في السرائر و العلامة في التذكرة، معللين ذلك

بأنه لا- يجوز بيع ما لا- قيمة له، و بين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن الظاهر في البطلان، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من

دون البطلان، و يكفي في ذلك ما تقدم من الدروس من ان ظاهر الجماعة البطلان، من اول الأمر، و اختار قدس سره الانفساخ من

حين تبين الفساد،

فعلم ان لا قول بالصحة مع الأرش،

(١) قوله و قد تصدى بعض لتوجيه صحة اشتراء البراءة المتصدى للتوجيه هو صاحب الجواهر قدس سره و يرد عليه. انه ان اراد بذلك عدم اعتبار المالية الواقعية و انه يكفي المالية الظاهرية في صحة البيع - ففيه - ان البيع اذا كان هو تبادل المالين فمع عدم المالية الواقعية يتعين البناء على الفساد الواقعي و ان اراد ان ما لا قيمة لمكسوره يكون ما لا واقعا قبل الكسر - ففيه - ما تقدم في اوائل هذه المسألة.

و ان اراد كفاية الملكية في صحة البيع و لا يعتبر المالية - ففيه - ما تقدم في الجزء الاول من هذا الشرح في مسألة بيع ما لا منفعة له و عرفت انه لا تصدق عناوين المعاملات مع عدم المالية.

و ان اراد انه من حيث كونه محكوما بالارش المستوعب فهو ذو مالىة على أى تقدير - ففيه - ان الارش لا يوجب صيرورة المبيع مالا. /١٣٣

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٣

بل ظاهر العلامة رحمه الله في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين حيث انه بعد حكمه بفساد البيع معللا بوقوع العقد على ما لا قيمة له، و حكاية ذلك عن بعض الشافعية قال، و قال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامه، (١) و كما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع و يظهر فائدة الخلاف في ان القشور الباقية بمن يختص، حتى يجب عليه تطهير الموضع عنها، انتهى.

هذا مع انه لا مجال للتأمل في البطلان بناء على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بمالية المبيع هنا شرعا و عرفا حكم ظاهري، و تمول العوضين واقعا شرط واقعي لا علمي، و لذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حرا أو ما بان خمرا (٢) و غير ذلك إذ انكشاف فقد العوض مشترك بينهما، ثم ان الجمع بين عدم خروجه عن المالية و بين عدم القيمة لمكسوره مما لم يفهم. (٣) فلعله اراد الملكية مضافا الى ان الارش المستوعب للثمن لا يخلو تصوره عن اشكال، لأن الأرش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتي الصحيح و المعيب. نعم ذكر العلامة في التذكرة و التحرير و القواعد ان المشتري للعبء الجاني عمدا يتخير مع الجهل بين الفسخ فيسترد الثمن أو طلب الارش، فإن استوعب الجناية القيمة كان الارش جميع الثمن ايضا

(١) قوله على سبيل استدراك الظلامه الظلامه هي ما للمظلوم عند الظالم و استدراكها تداركها اما باسترجاع عين ما يكون عنده أو باداء ما يمثله.

(٢) قوله و لذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حرا الفرق بين المقام و بين بيع الحر و الخمر بعد اشتراكهما في عدم المالية: ان الحر و الخمر ليسا ملكين بخلاف المبيع في المقام.

(٣) قوله ثم ان الجمع بين عدم خروجه عن المالية و بين عدم القيمة لمكسوره مما لم يفهم يمكن الجمع بينهما ان كان المراد عدم الخروج عن المالية قبل الكسر كما تقدم - نعم لا يمكن الجمع بينهما ان لوحظا في حال واحد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٤

و قد تصدى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بعد فراجع، و كيف كان فلا اجد وجهها لما ذكره، و اضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر من منع حكم الشيخ و اتباعه بصحة البيع و اشتراط البائع على المشتري البراءة من العيوب، و زعم ان معنى اشتراط البراءة في كلامهم اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب، فيكون مرادفا لاشتراط الصحة، و انت خبير بفساد ذلك، بعد ملاحظة عبارة الشيخ و الاتباع. فإن كلامهم ظاهر أو صريح في ان المراد براءة البائع من العيوب لا المشتري. نعم لم اجد في كلام الشيخين و المحكى عن غيرهما تعرضا لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره، ثم انه ربما يستشكل في

جواز اشتراط البراءة من العيوب (١) الغير المخرجة عن المالمية أيضا بلزوم الغرر، فإن بيع ما لا يعلم صحته، وفساده لا يجوز الا بناء على اصالة الصحة، و اشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد بوجود العيوب و عدمها، و قد صرح العلامة و جماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية في العين الغائبة، و سيجيء توضيحه في باب الخيارات انشاء الله.

مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة (٢)

و الفأر بالهمزة قيل جميع فأرة كتمر و تمره.
و عن النهاية انه قد لا يهزم تخفيفا و مستند الحكم العمومات (٣) الغير المزاحمة بما يصلح

(١) قوله ثم انه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب. بلزوم الغرر لا إشكال فيه إذا كان الاشتراط بعد كون البيع صحيحا غير غررى لعدم الجهل به و الاطلاع على حاله بالاختبار و نحوه- و كان الغرض منه دفع الالتزام بالعيوب إذا ظهر الخطاء- نعم- يصح هذا الاشكال لو كان الاشتراط مع الجهل بالمبيع لدفع الغرر فانه يوجهه و لا يرفعه.

بيع المسك في الفأرة

(٢) قوله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة.

(٣) مقتضى العمومات و السيرة جواز بيع ذلك ١٣٥

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٥

للتخصيص عدا توهم النجاسة (١) المنذغ في باب النجاسات بالنص و الاجماع (٢) أو توهم جهالته بناء على ما تقدم من احتمال عدم العبرة باصالة الصحة في دفع الغرر و يندفع بما تقدم من بناء العرف على الاصل في نفي الفساد (٣)
و بناء الاصحاب على عدم التزام الاختبار في الاوصاف التي تدور معها الصحة لكنك خبير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. و أما الغرر من جهة تفاوت افراد الصحيح الذي لا يعلم الا بالاختبار فلا رافع له. نعم قد روى في التذكرة مرسلا عن الصادق عليه السلام جواز بيعه لكن لم يعلم ارادة ما في الفأرة، و كيف كان. فإذا فرض انه ليس له اوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة، فالاحوط ما ذكروه من فتقه بإدخال خيط فيها بآبرة، ثم اخراجه و شمه

و استدلل لعدم الجواز بوجهين:

(١) احدهما: أنه دم و لا يجوز بيع النجس.

(٢) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بانه ليس بنجس للنص «١» و الإجماع.

و يمكن ان يجاب عنه- مضافا الى ذلك بوجهين:-

احدهما: عدم كونه نجسا اما للاستحالة- فتدبر- أو لان المادة من اصلها ليست مادة دم بل هي جرم خاص.

ثانيهما: انه لا دليل على بطلان بيع الدم الذي ينتفع به منفعه محللة معتد بها، كما تقدم تفصيل القول في ذلك في الجزء الاول من هذا الشرح.

الثاني: انه مجهول و لا يجوز بيع المجهول كما تقدم.

و فيه: انه تارة يحتمل الفساد، و اخرى لا يحتمل ذلك، و يكون الفاقد لوصف محتمل من مراتب الصحيح اما في الصورة الاولى فقد افاد المصنف قدس سره.

(٣) ان بناء العرف على اصاله الصحة في نفى الفساد- وقد تقدم ما في ذلك في المسألة السابقة و الحق انه مع اخبار البائع بالسلامة ان كان مؤتمنا أو اشتراط الصحة و لو

(١) الوسائل- باب ٤٣- من ابواب لباس المصلى- و باب ٩٥ و ٩٧- من ابواب آداب الحمام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٦

ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه، و لو بكونه جزءا اخيرا لسبب النقص بأن فتق قبله بإدخال الخيط و الابرة مرارا وجهه، مبنى على ضمان النقص في المقبوض بالسوم، (١) فالاولى ان يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط، ثم ان الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف (٢) و هو كذلك، و صرح بعدم جواز بيع البيض في بطن الدجاج للجهالة و هو حسن، إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر و الصغر.

بالشرط الضمني يصح البيع لارتفاع الغرر.

اما بالاول فلما «١» دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات و ما دل «٢» على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن ان كان مؤتمنا بعد الغاء خصوصية المورد.

و أما بالثاني فلما تقدم في المسألة السابقة- و بدون ذلك لا يكون البيع صحيحا للغرر و أما في الصورة الثانية فان لم تختلف القيمة باختلاف الاوصاف صح البيع بلا كلام لعدم الغرر و ان كان يختلف به القيمة فيصح مع اخبار البائع أو الاشتراط و لو ضمننا و بدونه يحتمل الوجهان وجه البطلان لزوم الغرر وجه الصحة سيرة المتشعبة من التجار و غيرهم على البيع بدون الاختبار و الاحوط ان يختبر بفتقهما بادخال خيط فيها بآبرة ثم اخراجه و شمه.

(١) قوله وجه مبنى على ضمان النقص في المقبوض بالسوم و فيه انه يمكن القول بعدم الضمان و ان قلنا بالضمان في تلك المسألة: فان المشتري ان اختبر مع اذن البائع كان ظاهر ذلك هو المجانية و عدم ضمان النقص و هذا بخلاف المقبوض بالسوم.

(٢) قوله عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف.

الاشكال في بيع اللؤلؤ انما يكون من جهتين- الاولى- من جهة الجهل بالوجود- الثانية- من جهة الجهل بالصفة و انما يصح البيع مع التعارف إذا ارتفع الجهل من الجهتين للتعارف- و الا فلا يصح-

(١) الحجرات: ٦.

(٢) الوسائل- باب ٥- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٧

مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه، (١)

لأن ضم المعلوم إليه لا يخرج عن الجهالة، فيكون المجموع مجهولا- إذ لا- نعني بالمجهول ما كان كل جزء جزء منه مجهولا، و يتفرع على ذلك انه لا يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكا لجهالته و ان ضم إليه القصب أو غيره، و لا اللبن في الضرع و لو ضم إليه ما يحلب منه أو غيره على المشهور، كما في الروضة و عن الحدائق: و خص المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال أو منضمنا الى المعلوم، و جوزوا بيعه إذا كان تابعا للمعلوم، و هو المحكى عن المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و

المقتصر،

و استحسنة المحقق و الشهيد الثانيان. و لعل المانعين لا يريدون الا ذلك، نظرا الى ان جهالة التابع لا يوجب الغرر، و لا صدق اسم المجهول على المبيع عرفا، حتى يندرج فى اطلاق ما دل من الاجماع على عدم جواز بيع المجهول. فإن اكثر المعلومات بعض اجزائها مجهول، خلافا للشيخ فى النهاية، و ابن حمزة فى الوسيلة، و المحكى عن الاسكافى و القاضى، بل فى مفتاح الكرامة ان الحاصل من التتبع ان المشهور بين المتقدمين هو الصحة، بل عن الخلاف و الغنية الإجماع فى مسألة السمك، و اختاره من المتأخرين المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية و المحدث العاملى و المحدث الكاشانى.

و حكى عن ظاهر غاية المراد و صريح حواشيه على القواعد

بيع المجهول منضمًا الى المعلوم

(١) قوله لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه الأقوال فى المسألة- اى فى بيع المجهول مع الضميمة- ثلاثة: احدها: الجواز مطلقا، ذهب إليه السيد فى محكى الانتصار.

الثانى: ما هو المشهور بين الأصحاب و هو عدم الجواز كذلك.

الثالث: ما عن المختلف و شرح الارشاد و غيرهما، و هو التفصيل بين ما إذا كان المجهول تابعا للمعلوم فيصح البيع، و بين ما إذا لم يكن كذلك فيبطل.

و الحق يقتضى البحث فى موضعين:

الأول: فيما تقتضيه النصوص الخاصة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٣٨

و حجتهم على ذلك الاخبار المستفيضة الواردة فى مسألتى السمك و اللبن و غيرهما.

ففى مرسله البنزطى التى إرسالها كوجود سهل فيها سهل، (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا كانت أجمه ليس فيها قصب اخرج شيئا من سمك فباع «فباع» و ما فى الأجمه.

و رواية معاوية بن عمار عن ابى عبد الله عليه السلام لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب، و المراد شراء ما فيها بقريته الرواية السابقة و اللاحقة. (٢) و رواية ابى بصير عن ابى عبد الله عليه السلام فى شراء الأجمه ليس فيها قصب انما هى ماء، قال يصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك، و ما فى هذه الأجمه بكذا و كذا.

الثانى فيما تقتضيه القواعد اما الموضوع الاول فملخص القول فيه، ان بعض النصوص يدل على انه يصح بيع مجهول الصفة مع الضميمة، كمرسل البنزطى «١» المذكور فى المتن.

(١) قوله التى ارسالها كوجود سهل فيها سهل اما كون ارسالها سهلا فلان المرسل هو البنزطى الذى لا يرسل الا عن ثقة و من اصحاب الاجماع و أما كون وجود سهل سهلا، فلان الاظهر عند جماعة الاعتماد على رواياته منهم الوحيد و نحوه خبر ابى بصير «٢» المذكور فى المتن، فانهما ظاهر ان فى صحة بيع المجهول من حيث المقدار بضمه الى المعلوم ينحو الجزئية، و فى المتن ان رواية «٣» معاوية بن عمار المذكورة فيه من هذا القبيل قال.

(٢) و المراد شراء ما فيها بقريته الرواية السابقة و اللاحقة و فيه ان ظاهر الخبر شراء رقبه الارض مع ما فيها من القصب لا شراء السمك فهو اجنبى عن المقام و جملة من تلك النصوص تدل على صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب عقد البيع حديث ٢.

(٢) نفس المصدر حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٩

و موثقة سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه، قال: سألت عن اللبن يشتري و هو في الضرع، قال: لا، الا ان يحلب لك في سكرجة، (١) فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في الاسكرجة و ما في ضرعها بثمان مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة، و عليها تحمل صحيحة العيص بن القاسم قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل، قال: نعم حتى تنقطع أو شيء منها، بناء على ان المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه، (٢) أو يبيع شيء منه محلوب في الخارج، و ما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه. و في الصحيح الى ابن محبوب عن ابي ابراهيم الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة و ما في بطونها من حمل بكذا و كذا درهما، قال: لا بأس ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف

كموثق سماعة «١» المذكور في المتن، فتأمل فانه قابل للحمل على الجهل بالوجود.

(١) قوله يحلب لك في سكرجة - السكرجة معرب سكره و هي بالفارسية وعاء متخذ من الطين يحلب فيه اللبن و صحيح العيص «٢» المذكور في المتن.

(٢) قوله بناء على ان المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه و فيه ان المراد بالانقطاع ان كان هو النقاد - فلا - تعرض فيه لاعتبار الضميمة إذ المراد حينئذ من قوله أو شيء منه بيع بعض اللبن - و ان كان المراد به الانفصال من الضرع - و ان كان حينئذ المراد من قوله أو شيء منه انفصال بعض اللبن و يبعه منضمًا الى ما في الضرع الا ان الجزء السابق و هو يبيع جميعه مع الانفصال بيع المجهول و لم يعتبر فيه الضميمة فما هو ظاهر المتن من حمل الانقطاع على النقاد - و حمل أو شيء منه على حلب شيء من اللبن و ضمه الى ما في الضرع - تفكيك بين الجملتين و حمل لهما على معنيين لا تقابل بينهما اصلا. و بعضها يدل على ان بيع مجهول الوجود يصح مع الضميمة كصحيح الكرخي «٣» المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب عقد البيع حديث ٢.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب عقد البيع حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٠

و موثقة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل، يتقبل بخراج الرجال و جزية رءوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير و هو لا يدري، لعله لا يكون شيء من هذا ابداً أو يكون، أو يشتريه و في اي زمان يشتريه و يتقبل به، قال عليه السلام إذا علم من ذلك شيئاً واحداً. انه قد ادرك فاشتره و تقبل به. و ظاهر الاخيرين كموثقة سماعة ان الضميمة المعلومه انما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا - من حيث جهالته، فإن ما في الاسكرجة غير معلوم بالوزن و الكيل. و كذا المعلوم الحصول من الاشياء المذكورة في رواية الهاشمي، مع ان المشهور، كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الاجماع، و القائلون بجوازه استدلووا برواية الكرخي، مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما

في البطون الى الاصواف، فتيين ان الرواية لم يقل أحد بظاهاها، (١) و مثلها في الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول، روايتا أبي بصير و البنزطي فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون. و لذا جعلوه من الربويات، و لا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة،

لاحتمال ان لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. و أما رواية معاوية بن عمار فلا دلالة فيها على بيع السمك الا بقرينة روايتي ابي بصير و البنزطي التين عرفت حالهما، فتأمل

حيث ان المفروض فيه الجهل بالوجود و نحوه موثق «١» اسماعيل المذكور في المتن.

(١) و اورد عليها: المصنف قدس سره: بانها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه الى مجهول آخر، إذ الأصواف على ظهر مائة نعجة في رواية الكرخي مجهولة بنفسها و لا يصح بيعها منفردة، و المستخرج و المتصيد من السمك اللذان تضمنهما مرسل البنزطي و خبر ابي بصير غير معينين، و ما في الاسكرجة من اللبن غير معلوم الوزن، و على هذا فلم يفت احد بمضمونها فلا بد من رد علمها الى اهلها.

و فيه: ان اطلاقات النصوص واردة في مقام بيان شيء آخر و هو تصحيح بيع

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب عقد البيع حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤١

ثم على تقدير الدلالة ان اريد انتزاع قاعدة منها و هي جواز ضم المجهول الى المعلوم و ان كان المعلوم غير مقصود، الا حيلة لجواز نقل المجهول، فلا دلالة فيها على ذلك، و لم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة، بل المعلوم من بعضهم بل كلهم خلافه فإننا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم، و ان اريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام و لبن الضرع و ما في البطون مع الاصواف فالامر سهل على تقدير الاغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل، من عدم جواز بيع المجهول مطلقا.

بقي الكلام في توضيح التفصيل المتقدم، و اصله من العلامة قال في القواعد في باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و ان انضم الى معلوم.

و يجوز مع الانضمام الى معلوم إذا كان تابعا، انتهى.

و ارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخر عنه الا ان مرادهم من المقصود و التابع غير واضح و الذي يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة: ان مراده بالتابع ما يشترط دخوله في البيع، (١) و بالمقصود ما كان جزء، قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع:

المجهول لا تصح بيع الضميمة، فلا مورد للتمسك باطلاقها من هذه الجهة.

و بعبارة اخرى: ان النصوص انما سيقت لبيان انه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضميمة و ليست في مقام بيان ما يعتبر في الضميمة، فلا يصح التمسك باطلاقها من تلك الجهة.

فالحق انها تدل على صحة بيع المجهول بالضميمة، و لكن لا تختص تلك بصورة كون المجهول تابعا، و تكون مختصة بموارد خاصة و ليست لها اطلاق أو عموم يتمسك به للتعدى عنها.

و أما الموضوع الاول: فان لم يكن المجهول تابعا لا كلام في البطلان للغرر.

و أما التابع فله معان:

(١) احدها: ما عن العلامة في القواعد و التذكرة، و هو: ان التابع ما اخذ شرطا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٢

لو شرط ان الأمة حامل و الدابة كذلك صح، اما لو باع الدابة و حملها و الجارية و حملها، بطل لأن كلما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزء من المقصود و يصح تابعا، انتهى.

و في باب ما يندرج في المبيع قال: السادس العبد، و لا يتناول ماله الذي ملكه مولاه الا ان يستثنيه المشتري ان قلنا ان العبد يملك فينتقل الى المشتري مع العبد،

و كان جعله للمشتري ابقاء له على العبد، فيجوز ان يكون مجهولا- أو غائبا. اما إذا احلنا تملكه و باعه و ما معه صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع، انتهى.

و بمثل ذلك في الفرق بين جعل المال شرطا و بين جعله جزء صرح في التذكرة في فروع مسألة تملك العبد و عدمه معللا بكونه مع الشرط كماء الآبار و أخشاب السقوف.

و قال في التذكرة أيضا في باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع امه جاز إجماعا.

و في موضع من باب الشرط في العقد: لو قال بعتك هذه الدابة و حملها لم يصح عندنا، لما تقدم من ان الحمل لا يصح جعله مستقلا بالشراء و لا جزء.

و قال أيضا: و لو باع الحامل و يشترط للمشتري الحمل، صح لأنه تابع كأساس الحيطان و ان لم يصح ضمه في البيع مع الام للفرق بين الجزء و التابع.

و قال في موضع آخر: لو قال بعتك هذه الشياء و ما في ضرعها من اللبن لم يجز عندنا، و قال في موضع آخر لو باع دجاجة ذات بيضة و شرطها صح، و ان جعلها جزء من المبيع لم يصح

في المبيع في مقابل ما جعل جزء منه، و عليه فعلى القول بالتفصيل لا فرق في الصحة في صورة الاشتراط بين ان يكون الشرط اصلا في الغرض أو تابعا، كما لا فرق في البطلان على الجزئية بين الصورتين.

و اورد على ذلك المحقق الثاني: بان هذا الفرق ليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها.

و رده المحقق النائيني قدس سره: بان الجزء يقسط عليه الثمن، فإذا كان مجهولا يفسد البيع، و هذا بخلاف الشرط، فان الثمن يقع بازاء المشروط، و هو معلوم.

و فيه: تارة يكون الالتزام البيعي اجنبيا عن الالتزام الشرطي، و انما اخذ الاول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٣

و هذه كلها صريحة في عدم جواز ضم المجهول على وجه الجزئية من غير فرق بين تعلق الغرض الداعي بالمعلوم أو المجهول. و قد ذكر هذا المحقق الثاني في جامع المقاصد في مسألة اشتراط دخول الزرع في بيع الأرض، قال: و ما قد يوجد في بعض الكلام من ان

المجهول ان جعل جزء من المبيع لا يصح و ان اشترط صح، و نحو ذلك،

فليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها و المشروط محسوب من جملة المبيع، و لأنه لو باع الحمل و الأم صح البيع، و لا يتوقف على بيعها، و اشتراطه انتهى.

و هو الظاهر من الشهيدين في اللعنة و الروضة حيث اشترطا في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع، و قد صرح الشيخ في مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال، و عن الشهيد: لو اشتراه و ماله صح، و لم يشترط علمه و لا التفصي

من الربا ان قلنا انه يملك، و ان احلنا ملكه اشترط. قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءا من المبيع، فالاقوى الصحة، لأنه بمنزلة

الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع، انتهى.

و اختاره جامع المقاصد، ثم التابع في كلام هؤلاء يحتمل ان يراد به ما يعد في العرف تابعا، كالحمل مع الام، و اللبن مع الشاة، و البيض مع الدجاج، و مال العبد معه و الباغ في الدار، و القصر في البستان، و نحو ذلك (١) مما نسب البيع عرفا الى المتبوع لا إليهما معا و ان فرض تعلق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الاحيان، بل بالتابع خاصة، كما قد يتفق في حمل بعض افراد الخيل.

ظرفا للثاني خاصة من جهة انه لا عبرة بالالتزام الابتدائي، كما لو كان الالتزام البيعى لزيد، و الشرطى لعمر و اخرى يكونان مرتبطين. اما في الصورة الأولى: فيتم ما افاده المحقق النائيني قدس سره،

و لا يتم في الثانية، فان المبيع و ان كان معلوما الا انه من جهة تفاوت مالىة المبيع بالعرض بوجود الشرط و عدمه لا محالة يلزم الغرر فيبطل لذلك.

(١) ثانيهما: ما يظهر من الشهيدين و المحقق الثاني، و هو: ان التابع هو ما يعد في العرف من التوابع، كمفتاح الدار و حمل الام و البيض الذى في جوف الدجاجة، و نحو تلكم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٤

و هذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات، كما تقدم عن الدروس و جامع المقاصد، من صحة بيع الام و حملها، لأن الحمل تابع. قال في جامع المقاصد في شرح قوله المتقدم في القواعد: و يجوز مع الانضمام الى معلوم إذا كان تابعا ان اطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة في بيع دابة اخرى، الا ان يقال التبعية انما تتحقق مع الأم، لأنه حينئذ بمنزلة بعض اجزائها و مثله زخرفة جدران البيت، انتهى.

و في التمثيل نظر، لخروج زخرفة الجدران من محل الكلام في المقام، إلا ان يريد مثال الاجزاء لامثال التابع، لكن هذا ينافى ما تقدم من اعتبارهم العلم في مال العبد، وفاقا للشيخ رحمه الله مع ان مال العبد تابع عرفى، كما صرح به في المختلف في مسألة بيع العبد و اشتراط ماله، و يحتمل ان يكون مرادهم التابع بحسب قصد المتبايعين،

و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره، و ان لم يكن تابعا عرفيا، كمن اشترى قصب الآجام و كان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام و كان فيها قليل من القصب، و هذا ايضا قد يكون كذلك بحسب النوع، و قد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن اراد السمك القليل لأجل حاجه، لكن لم يتهاى له شراؤه الا فى ضمن قصبه الاجم، و الاول هو الظاهر من مواضع من المختلف منها فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه، (١) حيث حمل رواية سماعه المتقدمه على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن و يصير اصلا، و الذى فى الضرع تابعا.

و على هذا ايضا لا نظر الى الغرض الشخصى أو النوعى.

و الأظهر فى التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين ما لو جعل التابع جزء للمبيع، و بين ما لو اخذ شرطا. و فى الأول جهالته موجبة للغرر، و فى الثانى لا توجب ذلك. و الشاهد على هذا التفصيل هو اهل العرف، فانهم يفرقون فى صدق الغرر بين الموردين.

ثم ان التابع بهذا المعنى قسمان:

الأول: ما لا يدخل فى ملك المشتري لو لم يصرح فى العقد. الثانى: ما يكون بناء العرف و العقلاء على تبعيته فى الملكية للمبيع ما لم يصرح بخلافه. فتدبر حتى لا يختلط الموردان.

(١) ثالثها: ما يظهر من العلامة فى المختلف، و هو: ان المراد بالتابع ما يكون تابعا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٥

و قال فى مسألة بيع ما فى بطون الانعام مع الضميمة و المعتمد ان نقول ان كان الحمل تابعا صح البيع، كما لو باعه الام و حملها، أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن،

و ضم الحمل فهذا لا بأس به و إلا كان باطلا. و أما الاحتمال الثانى أعنى مراعاة الغرض الشخصى للمتبايعين، فلم نجد عليه شاهدا إلا ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشخصى بالمجهول و انتفائه على تقدير تعلقه بالمعلوم، و يمكن تنزيل اطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى و ربما احتتمل بعض. بل استظهر ان مرادهم بكون المعلوم مقصودا و المجهول تابعا، كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الأقدام منهما و لو لتصحيح البيع على ان المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذى هو و ان سمي ضميمة لكنه المقصود فى تصحيح البيع (١) قال و لا ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصمة بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض من العوارض، بإيقاع العقد على شىء معين معلوم لا نزاع فيه، و جعل ذلك من التوابع و اللواحق، لما عقد عليه البيع، فلا يقدر حصوله و عدم حصوله كما أوما إليه فى ضميمة الآبق و ضميمة الثمر على الشجر، و ضميمة ما فى الضروع و ما فى الآجام، انتهى.

و لا- يخفى أنه لم يوجد عبارة من عبارتهم تقبل هذا الحمل، إلا أن يريد بالتابع جعل المجهول شرطا، و المعلوم مشروطا، فيريد ما تقدم عن القواعد و التذكرة، و لا أظن إرادة ذلك من كلامه

بالنسبة الى الغرض من المعاملة، سواء أ كان غرضا نوعيا أو شخصيا، مثل ما لو اراد شراء السرج و كان مالكة لا يبيعه بدون الفرس فاشترهما معا، فان الفرس تابع بهذا المعنى، و الظاهر ان جهالة التابع بهذا المعنى مضرة و موجبة للغرر.

(١) رابعها: ما يظهر من المحقق القمى و صاحب الجواهر، و هو: ان التابع ما هو كذلك فى الجعل و التبانى و ان كان هو المقصود بالأصالة و انما يجعل تبعا تخلصا عن الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصمة بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض بإيقاع العقد على شىء معين معلوم لا نزاع فيه و يجعل ذلك من اللواحق. و الظاهر عدم كفاية ذلك، و الا لزم تجويز بيع كل مجهول.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٤٦

بقريته استشهاده بأخبار الضميمة فى المورد المتفرقة، و الأوفق بالقواعد ان يقال: أما الشرط و الجزء فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة، و أما قصد المتبايعين بحسب الشخص. فالظاهر انه غير مؤثر فى الغرر وجودا و عدما، لأن الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم عدم مدخلية قصد المتبايعين فى الموارد الشخصية، بل و كذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذى ذكره فى المختلف من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع و للمجهول و اما التابع العرفى فالمجهول منه و ان خرج عن الغرر عرفا، الا ان المجهول منه جزء داخل ظاهرا فى معقد الاجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقف على العلم بالمجموع. نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا (١) خرج عن بيع الغرر و عن معقد الاجماع على اشتراط كون المبيع معلوما فيقتصر عليه، هذا كله فى التابع من حيث جعل المتبايعين. و أما التابع للمبيع الذى يندرج فى المبيع، و ان لم ينضم إليه حين العقد، و لم يخطر ببال المتبايعين. فالظاهر عدم الخلاف و الاشكال فى عدم اعتبار العلم به، الا إذا استلزم غررا فى نفس المبيع، إذ الكلام فى مسألة الضميمة من حيث الغرر الحاصل فى المجموع لا السارى من المجهول الى المعلوم، فافهم.

و ان شئت قلت ان الجهالة توجب غررية المعاملة، و مجرد البناء على كونه تابعا لا يوجب رفع الغرر.

(١) قوله نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا خرج عن بيع الغرر محصله اعتبار التبعية فى مقام الوجود و فى مقام الجعل و الانشاء باخذه شرطا لا جزء و قد مر ان هذا هو الاظهر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٧

مسألة: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة (١)

على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة. بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الاجماع قال: فيما حكى عنه: نص الاصحاب على انه يجوز الانذار للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصة، فقد استثنى من المبيع امر مجهول و استثناء المجهول مبطل للبيع، الا في هذه الصورة، فإنه لا يبطل اجماعاً، انتهى.

و الظاهر ان اطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع و لو من اول الامر،

بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع الى هذا ايضا، ثم ان الاقوال في تفصيل المسألة ستة: (٢)

الأول: جواز الانذار بشرطين: كون المنذر متعارف الانذار عند التجار و عدم العلم بزيادة ما يندره، و هو للنهاية و الوسيلة و عن غيرهما.

الثاني: عطف النقيصة على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها و هو للتحريم.

الثالث: اعتبار العادة مطلقاً و لو علم الزيادة أو النقيصة و مع عدم العادة فيما يحتملها و هو لظاهر اللمعة و صريح الروضة.

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة و النقيصة، فيجوز مطلقاً، و ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي.

الخامس: عطف العلم بالنقيصة على الزيادة. و هو للمحقق الثاني ناسباً له الى كل من لم يذكر النقيصة.

السادس: اناطة الحكم بالغرر.

الانذار للظروف

(١) قوله: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة هذا هو المشهور بين الاصحاب و عن فخر الاسلام دعوى الاجماع عليه.

(٢) و أما الاقوال التي نقله المصنف فهو كما افاده اقوال في تفصيل المسألة و الفرق بين هذه المسألة و المسألة الآتية واضح حيث ان محل البحث في تلك المسألة بيع المظروف مع ظرفه و محل البحث في المقام بيع المظروف بدون ظرفه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٨

ثم ان صورة المسألة ان يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم انه عشرة ارباط، فإذا اريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض و قلنا بكفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً على ما هو مفروض المسألة و معقد الاجماع المتقدم، (١) فتارة يباع المظروف المذكور جملةً بكذا. و حينئذ فلا يحتاج الى الانذار لأن الثمن و الثمن معلومان بالفرض، (٢) و اخرى يباع على وجه التسعير بأن يقول:

بعتكه كل رطل بدرهم، (٣) فيجىء مسألة الانذار للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

و يمكن ان يحزر المسألة على وجه آخر و هو انه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف، و قلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً، فانذار اي مقدر للظرف يجعل وزن المظروف في حكم المعلوم، و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار، و التراضي أو بغير ذلك.

(١) قوله على ما هو مفروض المسألة و معقد الاجماع المتقدم و الظاهر كما سيأتى ان مورد فتوى المشهور هو الانذار بعد البيع لتعيين

ما يستحقه البائع لا الانذار حين البيع و لا يتوقف ذلك على القول بكفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً

كما عرفت فهذا ليس مفروض المسألة و لا معقد الاجماع.

و كيف كان فالكلام فى المقام يقع فى مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى: فيما يستفاد من النصوص.

اما المقام الأول: فملخص القول فيه: ان بيع المظروف يتصور على وجوه:

(٢) احدها: ان يوزن المظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملةً بكذا و فى هذه الصورة لا يحتاج الى الانذار، و قد حكم المصنف رحمه الله بصحة بيعه بناء على كفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا.

و لكن بناء على هذا و ان كان يتم ما افاده الا ان الكلام فى المبني، إذ الدليل دل على اعتبار العلم بوزن المبيع، و فى المقام وزنه غير معلوم، و معلومية وزنه منضما الى شىء آخر لا تكفى. فالأظهر هو البطلان.

(٣) ثانيهما ان يوزن المظروف مع ظرفه ثم يباع المظروف على وجه التسعير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٩

فالكلام فى تعيين المقدار المنذر، لأجل احراز شرط صحة بيع المظروف (١)

بعد قيام الاجماع على عدم لزوم العلم بوزنه، بالتقدير، أو بأخبار البائع، و إلى هذا الوجه ينظر بعض الاساطين حيث اناط المقدار المنذر بما لا يحصل معه غرر،

و اعترض على ما فى القواعد و مثلها من اعتبار التراضى فى جواز اندار ما يعلم زيادته، بأن التراضى لا يدفع غررا و لا يصحح عقدا، و تبعه فى ذلك بعض أتباعه،

و يمكن ان يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرع استثناء المجهول من البيع على جواز الانذار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعا على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا- على جواز اندار مقدار معين، إذ الانذار حينئذ لتعيين الثمن (٢) فتأمل:

و كيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين فان جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين و غيرهما خصوا اعتبار التراضى بصورة العلم بالمخالفة، فلو كان الانذار لا-حراز وزن المبيع و تصحيح العقد لكان معتبرا مطلقا، إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض، و قد صرح المحقق و الشهيد الثانيان فى وجه اعتبار التراضى مع العلم بالزيادة أو النقيصة بأن الانذار من دون التراضى تضييع لمال احدهما، و لا يخفى انه لو كان اعتبار الانذار قبل العقد لتصحيحه لم يتحقق تضييع المال لأن الثمن وقع فى العقد فى مقابل المظروف، سواء فرض زائدا أو ناقصا، هذا مع انه إذا فرض

بان يقول: بعته كل رطل بدرهم و الكلام فى هذه الصورة يقع فى جهتين:

(١) الأولى: فى انه هل يعتبر الانذار قبل العقد لتصحيح البيع ام لا.

(٢) الثانية: فى الانذار للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم اما الأولى: فقد تقدم الكلام فيها فى مسألة بيع صاع من صبرة، و عرفت ان الاظهر هو البطلان إذا كان وزنه بتمامه غير معلوم.

و أما الثانية: فالأظهر هو الاكتفاء بما تراضيا عليه لو بنينا على صحة البيع و ان الانذار فى هذا المقام لا يضر، فلو عين مقدارا للظرف و تراضيا عليه مع احتمال الزيادة و النقيصة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٠

كون استقرار العادة على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة و النقيصة، (١)

فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقينا لا يوجب غررا، بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قاذح فى صحة البيع، مثلا- لو كان المجموع عشرة ارطال، و كان المعتاد اسقاط رطل للظرف، فإذا تراضيا على ان يندر للظرف رطلان فكأنه شرط للمشتري ان لا يحسب عليه رطلا و لو تراضيا على اندار نصف رطل، فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعة ارطال و نصف ثمننا للتسعة، فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضى فى اندار ما علم زيادته أو نقيصته بأن التراضى لا يدفع غررا، و لا يصحح عقدا، و كيف كان. فالظاهر هو الوجه الأول، فيكون دخول هذه المسألة فى فروع مسألة تعيين العوضين من حيث تجوز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول، كما عنوان المسألة بذلك فى اللمعة، بل نسبه فى الحدائق إليهم لا من حيث اندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد و التواطى على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار.

و ذكر المحقق اليرديلى رحمه الله فى تفسير عنوان المسألة، ان المراد انه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه، ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخمينا، بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا- أزيد و لا- أنقص، بل و ان تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير متساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف الى البائع، انتهى.

لا اشكال فيه، إذ البيع على الفرض تام الأجزاء و الشرائط، و التراضى انما يكون فى مرحلة تسليم حق البائع، و فى هذا المقام كما له ان يبرئ المشتري عن الثمن بتمامه أو بعضه،

كذلك له التراضى على مقدار معين و ابرائه عن الزيادة لو كان، و للمشتري ايضا ان يرضى بان يأخذ البائع اكثر مما يستحقه.

(١) قوله استقرار العادة على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة و النقيصة هذا دفع لما اورده بعض الاساطين على من اکتفى بالتراضى فى اندار ما يعلم زيادته بان التراضى لا يدفع غرر أو حاصله انه لو فرض استقرار العادة على اندار مقدار معين فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص يكون كاشتراط زيادة مقدار على المبيع غير قاذح فى صحة البيع و لا يكون ذلك من الغرر فى شيء.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥١

فظاهره الوجه الاول الذى ذكرنا حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، و جعل الاندار لأجل تعيين الباقي الذى يجب عليه دفع ثمنه.

و فى الحدائق فى مقام الرد على من الحق النقيصة بالزيادة فى اعتبار عدم العلم بها، قال: ان الاندار حق للمشتري، لأنه قد اشترى مثلا مائه من من السمن فى هذه الظروف، فالواجب قيمة المائة المذكورة و له اسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن، انتهى.

و هذا الكلام و ان كان مؤيدا لما استقر بناه فى تحرير المسألة، الا ان جعل الاندار حقا للمشتري و التمثيل بما ذكر لا يخلو عن نظر، فإن المشتري لم يشتر مائة من من السمن فى هذه الظروف، لأن التعبير بهذا من العلم بعدم كون ما فى هذه الظروف مائة من لغو، بل المبيع فى الحقيقة ما فى هذه الظروف التى هى مع المظروف مائة من،

فإن باعه بثمان مائة من من السمن فلا حاجة الى الاندار و لا حق للمشتري و ان اشتراه على وجه التسعير بقوله: كل من بكذا، فالاندار، انما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمة المائة كما ذكره المحدث.

و قد علم مما ذكرنا ان الإندار الذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن، انما هو لتعيين حق البائع و ليس حقا للمشتري.

ثالثها: ان يوزن الظرف و المظروف ثم يندر مقدارا للظرف فيبيع المظروف بعد ذلك،

كما لو وزن المجموع و كان عشرة ارطال ثم اندر رطلين للظرف فباع المظروف الذى هو ثمانية ارطال تخمينا بعد الأندار بمبلغ معين. و فى هذه الصورة إذا كان وزن الظرف من جهة الاعتياد معلوما و اطمأن بان وزنه بالمقدار الذى اندر صح البيع للاطمئنان بوزن

المبيع، فلا جهالة ولا غرر، و الا بطل البيع للجهالة و الغرر. و التراضى لا يصحح البيع الغررى، كما ان معلومية وزن المجموع لا تكفى كما تقدم.

رابعها: ان يبيع مقدارا من المظروف الذى يعلم باشماله عليه، ثم فى مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه ثم يندر مقدارا للظرف و يسلمه الى المشتري. و فى هذه الصورة يصح البيع، إذ لا- غرر و لا- جهالة. و أما فى مرحلة الوفاء فحكمها حكم الصورة الأولى- فراجع- هذا ما تقتضيه القواعد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥٢

و أما الأخبار (١) فمنها موثقة حنان، قال: سمعت معمر الزيات قال لأبى عبد الله عليه السلام انا نشترى الزيت فى زقاقة، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق، فقال له ان كان يزيد و ينقص فلا بأس، و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه (٢) قيل: و ظاهره عدم اعتبار التراضى.

أقول المفروض فى السؤال هو التراضى، (٣) لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتري و التحقيق ان مورد السؤال صحة الأندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا- ثمن أو بثمان مغاير للمظروف، أو مع ردها الى البائع من دون وزن لها، فإن السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه، فلا- اطلاق فيه يعم صورة عدم التراضى و يؤيده النهى عن ارتكابه مع العلم بالزيادة، فإن المنهى عنه ليس ارتكابه بغير تراض، فافهم.

فالمتحصل منها: ان للأندار صورتين:

احدهما: الأندار بعد البيع و فى مقام الوفاء.

ثانيتها: الأندار فى ضمن المعاملة.

و فى الصورة الأولى: الأندار لا يضر بصحة المعاملة ان كانت صحيحة فى نفسها.

ثم هو ان كان بما هو المعتاد الذى عليه بناء العرف و العقلاء لا يعتبر فيه التراضى،

و الا اعتبر فيه ذلك.

و فى الصورة الثانية: ان كان بالمتعارف صح البيع، و الا بطل حتى مع التراضى.

(١) و أما بحسب الأخبار: فما ورد من النصوص فى المقام ثلاثة.

(٢) الاول موثق حنان «١» عن الامام الصادق عليه السلام المذكور فى المتن.

(٣) قوله المفروض فى السؤال هو التراضى لان الحاسب هو البائع أو وكيله كون الحاسب هو البائع لا يكون شاهد التراضى فانه ربما لا

يرضى المشتري به و على أى حال فقد مر ظهور الخبر فى اعتبار التراضى.

(١) الوسائل- باب ٢٠- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥٣

فحينئذ لا يعارضها ما دل على صحة ذلك مع التراضى، مثل رواية على بن ابى حمزة قال سمعت معمر الزيات يسأل ابا عبد الله عليه

السلام قال: جعلت فداك نطرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلا، فربما زاد و ربما نقص، قال: إذا كان ذلك عن

تراض منكم فلا بأس، (١) فإن الشرط فيه مسوق لبيان كفاية التراضى فى ذلك و عدم المانع منه شرعا فيشبه التراضى العلة التامة الغير

المتوقفة على شىء،

و نحوه اشتراط التراضى فى خبر على بن جعفر المحكى عن قرب الاسناد عن اخيه موسى عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع وزنا

فى الناسية و الجوالق، فيقول: ادفع الناسية رطلا أو اكثر من ذلك أ يحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسية و الجوالق فلا بأس، إذا تراضيا، (٢) ثم ان قوله ان كان يزيد و ينقص فى الرواية الاولى يحتمل ان يراد به الزيادة و النقيصة فى هذا المقدار المندر فى شخص المعاملة بمعنى زيادة مجموع ما اندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه، أو بمعنى انه يزيد فى بعض الزقاق و ينقص فى بعض آخر، و ان يراد به الزيادة و النقيصة فى نوع المقدار المندر (٣) فى نوع هذه المعاملة، بحيث قد يتفق فى بعض المعاملات الزيادة و فى بعض اخرى النقيصة.

و هذا هو الذى فهمه فى النهاية، حيث اعتبر ان يكون ما يندر للظروف مما يزيد تارة و ينقص أخرى، و نحوه فى الوسيلة و يشهد للاحتمال الاول رجوع ضمير يزيد و ينقص الى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، و للثانى عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر فى اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، و للثالث ما ورد فى بعض الروايات (٤) من انه ربما يشتري الطعام من اهل السفينة ثم يكيه فيزيد.

قال عليه السلام: و ربما نقص، قلت: و ربما نقص، قال: فإذا نقص ردوا عليكم، قلت: لا، قال: لا بأس.

(١) الثانى خبر على بن حمزة «١» المذكور فى المتن.

(٢) الثالث خبر على بن جعفر عن اخيه عليه السلام المذكور فى المتن «٢».

(٣) قوله و ان يراد به الزيادة و النقيصة فى نوع المقدار المندر.

سيأتى ان هذا الاحتمال هو المتعين، و خبر على بن ابى حمزة صريح فى ذلك.

(٤) و أما الرواية التى استشهد بها لتعيين ارادة هذا الاحتمال فهى اجنبية عن مسألة الاندار.

(١) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٣ - ١

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٤

فيكون معنى الرواية انه إذا كان الذى يحسب لكم زائدا مرة و ناقصا اخرى، فلا بأس بما يحسب، و ان بلغ ما بلغ، و ان زاد دائما فلا يجوز الا بهبة أو ابراء من الثمن أو مع التراضى، بناء على عدم توقف الشق الأول عليه، و وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاق صاحب الزيت، و كيف كان فالذى يقوى فى النظر هو المشهور بين المتأخرين من جواز اندار ما يحتمل الزيادة و النقيصة، لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشتري من الثمن، (١) لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حق احدهما عند انكشاف الحال.

(١) قوله لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع ازيد اورد عليه المحقق النائنى رحمه الله بانه بمفاد ليس التامة و ان كان صحيحا الا انه لا أثر له و بمفاد ليس الناقصة ليست له حالة سابقة و اجراء العدم المحمولى لترتيب آثار العدم النعتى مثبت يرد عليهما ان اصالة عدم زيادة المبيع عليه لا تجرى للعلم بعدم زيادة المبيع على ما فى الظرف من غير فرق بين الاندار حين البيع و الاندار بعده لان المفروض كون المبيع ما فى الظرف و يرد على المحقق النائنى رحمه الله - ان اصالة عدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشتري تجرى لا لإثبات كون ما يعطيه تمام ما يستحقه كى يقال انه مثبت بل لبراءة ذمته.

و تمام الكلام فى هذه الروايات بالبحث فى جهات الأولى: فى سندها.

فالأولان موثقان، و أما الثالث فليس فى طريقه من لم يوثق الا عبد الله بن الحسن. ثم ان الغالب على الظن كون الأولين حاكين عن

قضية واحدة، إذ من المستبعد سؤال الزيات عن ابي عبد الله عليه السلام مسألة واحدة مرتين. والله العالم.

الثانية: في ان موردها هو الانذار بعد البيع أو الأندار في ضمن المعاملة.

ظاهر قوله في موثق حنان فيحسب لنا النقصان ترتب حساب النقصان على الاثراء، فهو من الانذار بعد المعاملة لتسليم حق المشتري إليه و ان ابيت عن ذلك فلا- اقل من احتمال في مقابل احتمال كون الفاء تفسيرية و بيانا لكيفية الاثراء، فلا يمكن استفادة حكم مخالف للقاعدة منه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٥

و أما مع العلم بالزيادة أو النقص، فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعا عليها مع علم المتبايعين بها، لعله مراد من لم يقيد بالعلم و مع الجهل بها أو عدمها، فلا يجوز الا مع التراضي، لسقوط حق من له الحق، سواء تواطئا على ذلك في متن العقد بأن قال: بعتك ما في هذه الظروف كل رطل بدرهم على ان يسقط لكل ظرف كذا، فهو هبة له، أو تراضيا عليه بعده باسقاط من الذمة أو هبة للعين.

هذا كله مع قطع النظر عن النصوص. و أما مع ملاحظتها، فالمعول عليه رواية حنان (١) المتقدمة

و أما خبر علي بن ابي حمزة فان كان متحدا مع خبر حنان فلا كلام، و الا فيمكن ان يقال انه مهمل من هذه الجهة.

و أما خبر علي بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فيقول ... الخ على اشتراء المتاع كون الانذار بعد البيع، و ما في ذيله أ يحل ذلك البيع قابل للحمل على ارادة حلية البيع بلازمه من حيث ان الانذار من توابع البيع المتعلق بما له ظرف و عليه فهذا الخبر ايضا ظاهر في الانذار بعد البيع، و قد مر أن جواز الانذار بعد البيع مما تقتضيه القواعد، فإذا ما تقتضيه القواعد و تدل عليه النصوص هو جواز الانذار بعد البيع الذي هو المتعارف من الانذار، و الظاهر ان ما هو المشهور بين الأصحاب ايضا ذلك. الثالثة: في القيود المعتمدة فيه.

ظاهر موثق حنان في بادئ النظر اعتبار احتمال الزيادة و النقصان، و ظاهر الأخيرين اعتبار التراضي.

و قد يقال في الجمع بين النصوص كما عن صاحب الجواهر رحمه الله: بانه يحمل الموثق على صورة العادة المقتضية للانذار بذلك المقدار، و لذا لم يعتبر فيه التراضي، و يحمل الخبرين الأخيرين على ما إذا لم تكن هناك عادة، و لذا اعتبر فيهما التراضي. و فيه: انه جمع تبرعى لا شاهد له.

(١) و قد يقال كما في المكاسب: ان المعول عليه رواية حنان و الظاهر انه لضعف سند الأخيرين أو ضعف سند الاخير و اتحاد الاول منهما مع الموثقة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٦

الظاهرة في اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفا، (١) و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظروف بحسب حاله، و كان الشيخ رحمه الله في النهاية فهم ذلك من الرواية، فعبّر بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب و حيث ان ظاهر الرواية جواز الانذار واقعا، بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة و النقص علمنا بها كذلك،

فيكون مرجع النهي عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهي عن الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح به، فإن ذلك يحتاج الى هبة جديدة و لا يكفي اقباضها من حيث كونها حقا للمشتري، هذا كله مع تعارف اندار ذلك المقدار و عدم العلم بالزيادة. و أما مع عدم القيد، فمع الشك في الزيادة و النقص و عدم العادة يجوز الأندار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الامرين و معها يجوز

بناء على انصراف العقد إليها، لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدا يكون كالشرط في ضمن العقد، لأن هذا ليس من افراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة له.

(١) و هي ظاهرة في اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفا، و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظروف بحسب حاله. ما افاده رحمه الله من ان المعول عليه خصوص الموثق متين. و أما ما افاده من ان ظاهره كون حساب المقدار الخاص متعارفا، فيرد عليه: ان ظاهره كصريح خبر علي بن ابي حمزة احتمال الزيادة و النقصان، و هذا لو لم يختص بصورة عدم التعارف لا يكون مختصا بصورة التعارف كما لا يخفى.

و الحق ان يقال: ان الزيادات حيث لم يكن سائلا عن معاملته شخصية بل كان سؤاله عن حكم ما هو شغله فلا محالة يكون المراد من قوله عليه السلام ان كان يزيد أو ينقص الزيادة و النقيصة في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة و في بعض آخر النقيصة الذي هو الاحتمال الثالث في المتاجر فلا محالة يصير ذلك سببا لاحتمال الزيادة و النقيصة في كل معاملة شخصية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٧

ثم الظاهر ان الحكم المذكور غير مختص بظروف السمن و الزيت، بل يعم كل ظرف كما هو ظاهر معقد الاجماع المتقدم عن فخر الدين رحمه الله و عبارة النهاية و الوسيلة و الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني رحمه الله، و يؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الاسناد لكن لا- يبعد ان يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف ببيع الشيء فيه و عدم تفرغ منه كقوارير الجلاب و العطريات لا مطلق الظرف اللغوي اعني الوعاء، و يحتمل العموم و هو ضعيف. نعم يقوى تعدية الحكم الى كل مصاحب للمبيع يتعارف ببيعه معه كالشمع في الحلبي المصنوعة من الذهب و الفضة، و كذا المظروف الذي يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعا له كقليل من الدبس في الزقاق.

و أما تعدية الحكم الى كل ما ضم الى المبيع مما لا يراد ببيعه معه فمما لا ينبغي احتماله.

مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه، (١)

و ان لم يعلم الا بوزن المجموع على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة، إلا ما أرسله في الروضة، و نسب في التذكرة الى بعض العامة استنادا الى ان وزن ما يباع وزنا غير معلوم، و الظرف لا يباع وزنا، بل لو كان موزونا لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد و اختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل في بيع الجزاف حاصل هنا، و الذي يقتضيه النظر اما فيما نحن فيه مما جوز شرعا ببيعه منفردا عن الظرف مع جهالة وزنه، فالقطع بالجواز منضمما إذ لم يحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط.

فمراده عليه السلام انه ان كان يحتمل الزيادة و النقيصة لا محالة يتراضيان. اما ان كان يحتمل خصوص الزيادة فقد لا يرضى المشتري ففیه بأس.

فالمتحصل منه: اعتبار التراضي لا غير، فيتحد مفاده مع الأخيرين.

فتحصل: انه لا يستفاد من النصوص غير ما يستفاد من القواعد.

بيع المظروف مع ظرفه

(١) قوله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا- بوزن المجموع تارة يكون كل من الظرف و المظروف مما يجوز بيعه منفردا إذا وزن المجموع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٨

و أما في غيره من احد المنضمين اللذين لا يكفي في بيعه منفردا، معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي، (١) كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها الفى مثقال. فإن الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء. (٢) و أما مع انتفاء الغرر الشخصي و انحصار المانع في النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل و الوزن و الاجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع مجهول المقدار في المكيل و الموزون، فالقطع بالجواز، لأن النص و الاجماع انما دل على لزوم اعتبار المبيع لا كل

جزء منه و لو كان احد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشى بالشمع و عدم جواز بيع الشمع كذلك،

فإن فرضنا الشمع تابعا لا يضر جهالته و إلا فلا،

و اخرى يكون كل منهما مما لا يجوز بيعه منفردا إذا وزن المجموع و ثالثة يكون احدهما يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر.

اما في الصورة الاولى فلا ينبغي التوقف في جواز بيعهما منضمنا إذا لمقتضى لصحة بيع المجموع موجود، و شرطه و هو العلم بوزن المبيع و مقدار الثمن متحقق، و المانع و هو الغرر مفقود.

و أما في الصورة الثانية فان كان قيمة كل منهما مساوية لقيمة الآخر فلا ريب في الجواز لعدم اعتبار العلم بوزن كل جزء من المبيع بل المعتبر العلم بوزن المجموع، و الغرر غير لازم و ان كانت القيمتان مختلفتين كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال و الف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها الفى مثقال.

(١) فقد اختار المصنف رحمه الله بطلان البيع في الفرض معللا.

(٢) بان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لاجله اللوم من العقلاء و لكن الاظهر هي الصحة- و ذلك يظهر بعد بيان مقدمتين الاولى: ان الغرر المبطل انما يكون متقوما بالجهل بالوجود أو بالمقدار أو بالصفة و أما الجهل بالقيمة فقط فلا يكون موجبا للغرر و لذا لو علم بوجود المبيع و وصفه و مقداره

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٩

ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور: (١)

احداها: ان يبيعه من ظرفه بعشرة مثلا (٢)، فيقسط الثمن على قيمتي كل من المظروف و الظرف لو احتيج الى التقسيط، فإذا قيل قيمة الظرف درهم و قيمة المظروف تسعة كان للظرف عشر الثمن.

الثانية: ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا، (٣)

فيحتاج الى اندار مقدار للظرف و يكون قيمة الظرف ما بقي بعد ذلك و هذا في معنى بيع كل منهما منفردا

و لم يعلم قيمته لا- يكون بيعه غريبا بل لو بيع الشيء باضعاف قيمته مع العلم لا يكون غرر و ان كان يلام المشتري على ذلك البيع

الثانية: ان الغرر المدعى في المقام انما يكون من جهة الجهل بالقيمة و لذا لو كانت قيمة كل منهما مساوية لقيمة الآخر لم يكن توقف في الصحة- و على هذا- فالبيع في الفرض ليس غرريا و يكون صحيحا و لكن الانصاف هو البطلان في الفرضين من جهة الجهل بوصف المبيع فانه كما يلزم الغرر لو اشترى المررد بين الذهب و الرصاص و لو بقيمة الرصاص يلزم لو اشترى شيئا مركبا من المجموع مع الجهل بمقدار كل منهما.

و أما في الصورة الثالثة فان كان ما لا يجوز بيعه منفردا تبعا صح البيع و الا بطل على القول بالبطلان في الصورة الثانية كما لا يخفى.

(١) قوله ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور.

بيان الصور و احكامها انما هو لاجل الاحتياج الى استرجاع جزء من الثمن لو ظهر الظرف مستحقا للغير.

و كيف كان ففي المقام صور.

(٢) احداها ان يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلا- و في هذه الصورة لا- ينظر الى نسبة الوزن بل يسترجع بحسب نسبة القيمة فلو كان وزن

الظرف نصف وزن المجموع و لكن كانت قيمته العشر يحسب الثمن اعشار الا بالمناصفة.

(٣) الثانية: ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٠

الثالثة: ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على ان يكون التسعير للظرف و المظروف، (١) و طريقة التقييد لو احتيج إليه كما في

المسالك ان يوزن الظرف منفردا و ينسب إلى الجملة، و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة، و تبعه على هذا غير واحد و مقتضاه انه لو

كان الظرف رطلين و المجموع عشرة اخذ له خمس الثمن،

و الوجه في ذلك ملاحظة الظرف و المظروف شيئا واحدا، حتى انه يجوز ان يفرض تمام الظرف كسرا مشاعا من المجموع ليساوي

ثمنه من المظروف. فالبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف و المظروف، (٢) لأنه إذا باع كل رطل من الظرف

و المظروف بدرهم مثلا وزع الدرهم على الرطل و المظروف بحسب قيمة مثلهما. فإذا كان قيمة خمس الرطل المذكور الذي هو وزن

الظرف الموجود فيه مساويا لقيمة اربعة الاخماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسط الثمن عليه اخماسا.

و في هذه الصورة يندر مقدار للظرف ثم يسترجع من الثمن ما فضل من حساب كل رطل بكذا في المظروف بلا احتياج الى النظر الى

نسبة الوزن أو نسبة القيمة.

(١) الثالثة ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على ان يكون التسعير للظرف و المظروف و لهذه الصورة فرضان احدهما ان يلاحظ

ارطال المظروف و ارطال الظرف فيبيع جميع ارطالهما كل رطل بدرهم و في هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة الوزن ثانيهما: ان

يلاحظ كل رطل ملفق من الظرف و المظروف بكذا و في هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة القيمة كما في الصورة الاولى.

(٢) قوله فالبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف و المظروف الاول اشارة الى الفرض الاول، و الثاني الى الثاني

فتدبر.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦١

[تنبيهات البيع]

مسألة: [المعروف استحباب التفقه في مسائل التجارات]

المعروف بين الاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا. (١)

و عن إيضاح النافع انه قد يجب، و هو ظاهر عبارة الحدائق ايضا و كلام المفيد رحمه الله في المقنعة ايضا لا يأبى الوجوب لأنه بعد ذكر قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

و قوله تعالى: ﴿أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ قال فندب الى الانفاق من طيب الاكتساب، و نهى عن طلب الخبيث للمعيشة و الانفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب و الحرام لم يكن مجتنباً للخبيث من الاعمال، و لا كان على ثقة في تفقه من طيب الاكتساب.

و قال تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فينبغي ان يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما احل الله و حرم من المتاجر و الاكتساب، و جاءت الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام انه كان يقول من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم ثم قال: قال الصادق عليه السلام من اراد التجارة فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه و من لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط في الشبهات، انتهى.

التفقه في مسائل التجارات

(١) يشهد لوجوب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات، ما يدل على وجوب التعلم في الاحكام الشرعية و هي طائفتان الاولى: ما تضمن الامر بالتفقه و الحث و الترغيب على فعله و الذم على تركه كآية النفر «١» و النصوص الكثيرة «٢» الثانية: ما تضمن مؤاخذه الجاهل بفعل المعصية لترك التعلم لاحظ ما عن الامالي عن الامام الصادق عليه السلام عن قوله تعالى فله الحجة البالغة

(١) التوبة: ١٢٢

(٢) اصول الكافي ج ١ ص ٣٠ باب فرض العلم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٢

اقول: ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب الا- ان تعبيره بلفظ ينبغي ربما يدعى ظهوره في الاستحباب، الا- ان الانصاف ان ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة، فإن معرفة الحلال و الحرام واجبة على كل احد بالنظر الى ما يتلى به من الامور، و ليس معرفة جميعها مما يتعلق بالإنسان و جوبها فورا دفعة، بل عند الالتفات الى احتمال الحرمة في فعل يريد ان يفعله، أو عند ارادة الاقدام على افعال يعلم بوجود الحرام بينها، فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم،

و ان لم يلتفت عند فعله الى احتمال تحريمه، فإن التفاته السابق و علمه بعدم خلو ما يريد مزاولتها من الافعال من الحرام كاف في حسن العقاب، و الا لم يعاقب اكثر الجهال على اكثر المحرمات، لانهم يفعلونها و هم غير ملتفتين الى احتمال حرمتها عند الارتكاب.

فقال ان الله تعالى يقول للبعد يوم القيامة عبدى أ كنت عالما فان قال نعم قال له أ فلا عملت بما علمت، و ان كان جاهلا قال له أ فلا تعلمت حتى تعمل فيخضمه فتلك الحجة البالغة «١»

و اورد عليها المحقق العراقي باختصاصها بالتعلم الموجب للعلم بالواقع، و المطلوب اعم من ذلك و بانها ظاهرة في الارشاد الى حكم

العقل بلزوم الفحص لاجل استقرار الجهل الموجب لعذره و يرد الاول ان الامارات قائمة مقام العلم و يرد الثانى انها ظاهرة فى الارشاد الى حكمه بلزوم الفحص عما جعله الشارع، و هذا ينفى كون وجوبه نفسيا، و بعبارة اخرى ان الخبر المذكور ظاهر فى كونه فى مقام افهام العبد بما يقال له هلا تعلمت و لو لم يكن وجوبه ارشاديا و كان نفسيا كان له ان يجيب بعدم علمه بوجوب التعلم، و بالجملة لا كلام فى الواجبات المطلقة انما الكلام فى وجوب التعلم إذا كان الواجب مشروطا بشرط غير حاصل، من جهة انه فى ظرف امكان التعلم لم يثبت وجوب الواجب كى يجب تعلمه مقدمه له، و فى ظرف حصول الشرط لا قدرة له على الامتثال

(١) تفسير الصافى ج ٢ ص ١٦٩- ذيل آيه ١٤٩ الانعام و نحوه فى تفسير البرهان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦٣

و لذا اجمعنا على ان الكفار يعاقبون على الفروع، و قد ورد ذم الغافل المقصر فى معصيته فى غير واحد من الاخبار، ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرم الواقعى الذى يفعله من غير شعور، كما هو ظاهر جماعه، تبعا للاردبيلي رحمه الله: من عدم العقاب على الحرام المجهول حرمة عن تقصير لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه، لكن وجوب تحصيل العلم و ازالة الجهل واجب على هذا القول، كما اعترفوا به.

و تنقيح القول فى ذلك و فيما هو مورد بحث المصنف فى المقام بالبحث فى موارد الاول: فى ان التعلم هل هو واجب نفسى تهيبى كما اختاره المحقق الاردبيلي و تلميذه الفقيه صاحب المدارك ام يكون وجوبه وجوبا مقديما بملاك وجوب المقدمات المفوتة لكونه من متمات الخطاب بذى المقدمة كما اختاره المصنف و نسب الى المشهور ام يكون وجوبه ارشاديا ام يكون وجوبه طريقيا من قبيل وجوب الاحتياط فى موارد لزومه كما اختاره المحقق النائيني الثانى: فى انه هل يكون وجوب التعلم فى باب المعاملات شرعا كما اختاره المصنف فى المتن ام لا فرق بين المعاملات و غيرها كما هو الحق.

الثالث إذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب و كسب المعيشة إذا كان واجبا ايها يقدم اما المورد الاول فقد اشرنا الى ان فيه مسالك اربعة احدها ان وجوبه نفسى تهيبى، و لازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم و ان لم يؤد الى مخالفة الواقع ثانيها ان وجوبه مقدمى و لازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم المؤدى الى مخالفة الواقع كما هو ظاهر المصنف ثالثها ان وجوبه طريقى من قبيل وجوب الاحتياط، و لازمه استحقاق العقاب على مخالفة الواقع رابعها: ان وجوبه ارشادى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦٤

و الحاصل ان التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام، و لا على ترك التعلم، الا إذا كان حين الفعل ملتفتا الى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت ادلة التحريم و وجوب طلب العلم على كل مسلم، و عدم تنقيح عقاب من التفت الى وجود الحرام فى افراد البيع التى يزاولها تدريجا على ارتكاب الحرام فى هذا الاثناء، و ان لم يلتفت حين ارادة ذلك الحرام.

ثم ان المقام يزيد على غيره، بأن الاصل فى المعاملات الفساد، فالمكلف إذا اراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل فى يده من اموال الناس على وجه العوضيئة يحرم عليه ظاهرا الاقدام على كل تصرف منها بمقتضى اصالة عدم انتقاله إليه الا مع العلم بامضاء الشارع لتلك المعاملة، و يمكن ان يكون فى قوله عليه السلام: التاجر فاجر، و الفاجر فى النار الا من اخذ الحق و اعطى الحق اشارة الى هذا المعنى بناء على ان الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق و أخذ الحق، فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة فى هذا المقام شرعى، لنهى الشارع عن التصرف فى مال لم يعلم انتقاله إليه بناء على اصالة عدم انتقاله إليه، و فى غير هذا المقام عقلى مقدمى لثلا يقع فى الحرام.

و قد استدل المحقق الخراساني لوجوبه قبل حصول شرط الوجوب بقوله، من باب استقلال العقل بتنفيذ الاحكام على الانام بمجرد قيام احتمالها الا مع الفحص و الياس عن الظفر بالدليل على التكليف فيستقل بعده بالبراءة انتهى.

و فيه: ان الاحتمال لا يزيد على العلم من حيث المنجزية للحكم، فكما ان العلم بالتكليف المشروط قبل حصول شرطه موجب للتنفيذ عند حصول الشرط مع بقاءه على شرائط فعليته و تنجزه عند حصول الشرط فلذا لا عقاب على مخالفته مع عروض الغفلة عند حصول شرطه، و لا- يجب ابقاء الالتفات العلمى و التحفظ على عدم النسيان كذلك الاحتمال انما يوجب التنجز فى وقته مع بقاءه على صفة الالتفات الى حين تنجز التكليف و لا يجب بقاءه بالتحفظ على عدم الغفلة المانعة عن الفحص عنه.

و أما الشيخ الانصارى رحمه الله فقد استدل لما اختاره بما دل على وجوب المقدمات التى يترتب على تركها عدم القدرة على الواجب فى ظرفه، و سيأتى الكلام عليه عند بيان المختار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦٥

و كيف كان فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محل نظر، بل الاولى وجوبه عليه عقلا و شرعا، و ان كان وجوب معرفة باقى المحرمات من باب العقل فقط، و يمكن توجيه كلامهم بارادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقه و المعاملات الفاسده كذلك. و يطلع على موارد الشبهه و المعاملات الغير الواضحة الصحة،

فيجتنب عنها فى العمل فإن القدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى، لا الفروع الفقهيّة المذكورة فى المعاملات، و يشهد للغاية الاولى قوله عليه السلام فى مقام تعليل وجوب التفقه: ان الربا اخفى من ديبب النملة على الصفا، و للغاية الثانية قول الصادق عليه السلام فى الرواية المتقدمة: من لم يتفقه ثم اتجر تورط فى الشبهات، لكن ظاهر صدره الوجوب فلاحظ.

و أما المحقق النائيني رحمه الله فقد استدل لما اختاره بعد الاعتراض على الشيخ الاعظم رحمه الله، بان التعلم ليس من المقدمات العقلية التى لها دخل فى القدرة، لان الجهل بالحكم لا يوجب سلب القدرة و من هنا كانت الاحكام مشتركة بين العالم و الجاهل. بما حاصله ان العقل يستقل بان لكل من المولى و العبد وظيفة، فوظيفة المولى اظهار مراداته و تبليغها بالطرق المتعارفة التى يمكن للعبد الوصول إليها ان لم يحدث هناك مانع فوظيفته ارسال الرسل و انزال الكتب و تشريع الاحكام.

و بعد ذلك تصل النوبة الى وظيفة العبد، و انه على العبد الفحص عن مرادات المولى و احكامه، و حينئذ يستقل العقل باستحقاق العبد للعقاب عند ترك وظيفته، كما يستقل بقبح العقاب عند ترك المولى وظيفته، و لو لا استقلال العقل بذلك لانسد طريق وجوب النظر الى معجزة من يدعى النبوة، و للزم افحام الانبياء، إذ لو لم يجب على العبد النظر الى معجزة مدعى النبوة لما كان للنبي ان يحتج على العبد بعدم تصديقه له، إذ للعبد ان يقول لم اعلم بانك نبي، و بالجملة كما يستقل العقل بلزوم النظر الى معجزة من يدعى النبوة كذلك يستقل بوجوب تعلم احكام الشريعة، و المناط فى الجميع واحد و هو استقلال العقل بان ذلك من وظيفة العبد.

و من هنا لا- يختص وجوب التعلم بالبالغ كما لا- يختص وجوب النظر فى معجزة النبي به، بل يجب ذلك قبل البلوغ ان كان مميزا ليكون اول بلوغه مؤمنا مصدقا بالنبوة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦٦

...

و الا لزم عدم وجوب الايمان عليه اول البلوغ، و يجب تعلم الصبى احكام العبادة الواجبة عليه اول البلوغ إذا لم يتمكن منه فى وقته لو ترك التعلم قبل البلوغ.

و في كلامه موقعان للنظر يظهر بيان ما هو الحق في المقام.

و تفصيله، ان ترك التعلم قبل وقت الواجب أو شرطه يكون على اقسام.

احدها: ما لو تمكن المكلف مع تركه من تعلم الواجب بعد ذلك، و الامتثال العلمى التفصيلى، كما لو ترك تعلم مسائل الحج قبل زمان وجوبه مع كونه متمكنا من تعلم احكامه تدريجا من الوقت الذى يحرم فيه الى آخر اعمال الحج، و من الضرورى انه لا وجه للقول بوجوب التعلم قبل دخول الوقت حينئذ على القول بعدم كون وجوبه نفسيا، نعم بعد دخول الوقت لا يجوز له تركه مع عدم امكان الامتثال الاجمالى.

و يلحق بهذا القسم الثانى، و هو ما لو فرض انه لو ترك التعلم قبل الوقت لما تمكن من الامتثال العلمى التفصيلى، الا انه كان متمكنا من الامتثال العلمى الاجمالى، كما لو دار امر الواجب بين المتباينين كالقصر و الاتمام و كان بحيث لو ترك التعلم قبل الوقت لما تمكن من تمييز الواجب عن غيره بعده، و لكنه كان متمكنا من الاحتياط، و كما لو لم يعلم بمقدار النفقة الواجبة عليه على فرض الازدواج و لم يتمكن من معرفه ذلك بعده، و لكنه كان متمكنا من الاحتياط، بناء على ما هو الحق من ان الامتثال الاجمالى انما هو فى عرض الامتثال العلمى التفصيلى، فانه حينئذ لا وجه لوجوب التعلم قبل الازدواج.

و أما من حيث الامتثال فى غير موارد دوران الامر بين المتباينين كما فى المورد الثانى فقد يقال انه حيث يكون شاكا فى التكليف فتجرى البراءة عنه و ان تمكن من الاحتياط فلا يجب عليه شىء.

لكنه توهم فاسد إذ بعد حصول الشرط بما انه يحتمل التكليف، و لا محاله يحتمل العقاب على مخالفته، و العقل مستقل بوجوب دفع الضرر الاخرى المحتمل. بمعنى انه لو كان واجبا و لم يأت به أو كان حراما ففعل، و عاقبه المولى، يكون عقابه فى محله فلا بد له من الاحتياط.

فان قيل انه ما المانع من جريان البراءة عن ذلك التكليف المحتمل، و يرفع احتمال العقاب بها، فيرتفع موضوع قاعده و جوب دفع الضرر المحتمل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦٧

...

اجبنا عنه بان عدم جريان البراءة العقلية انما هو من جهة ان موضوعها عدم البيان،

و حيث ان بيان المولى، ليس بايصال التكليف الى العبيد باى نحو امكن، بل انما هو بجعل القانون، و وضعه فى معرض الوصول، بحيث لو تفحصوا عنه لو صلوا إليه، فلا موضوع لها فى المورد، و من لم يتفحص عنه مع التمكن منه قبل حصول الشرط لا يجرى فى حقه هذه القاعدة، فان شئت فاختبر ذلك من حال الموالى و العبيد العرفية فانه إذا ارسل المولى مكتوبا الى العبد، و عين فيه تكاليفه فى الشهر القادم، و وصل المكتوب الى العبد و لكنه لم ينظر إليه حتى يعرف وظائفه، مستندا الى انه لا تجب المقدمه قبل وجوب ذيها، و بعد تحقق الشرط لم يتمكن من المراجعة إليه و تمكن من الاحتياط، و مع ذلك لم يحتط و ترك واجباته،

فهل يتوهم احد بانه ليس للمولى ان يعاقبه على ذلك لقاعدة قبح العقاب بلا بيان، و الظاهر ان هذا من الواضح بمكان.

و أما عدم جريان البراءة الشرعية: فلما حققناه فى مبحث البراءة و الاشتغال من انها لا تجرى فى الشبهات قبل الفحص مطلقا.

ثالثها: ان المكلف لو ترك التعلم قبل الوقت فكما لا يتمكن من الامتثال العلمى التفصيلى، كذلك لا يتمكن من الامتثال الاجمالى بعد الوقت، و يكون متمكنا من الاتيان بذات الواجب أى الامتثال الاحتمالى، كما إذا فرض ان الوقت ضيق لا يتمكن المكلف الا باتيان احدى الصلاتين، الجمعة أو الظهر، و القصر أو الاتمام، و فى هذا القسم يجب التعلم لانه يحتمل ترك الواجب فى ظرفه لو ترك التعلم قبل حصول الشرط و يكون احتمال ذلك مستندا الى ترك التعلم فيجب التعلم، لا للمقدمية.

و لا لما افاده الشيخ الاعظم رحمه الله، من ما دل على وجوب المقدمه التي لو تركت قبل الوقت لما تمكن من امتثال الواجب في ظرفه كالسير الى الحج.

بل من باب وجوب دفع الضرر المحتمل حيث انه لاحتمال ترتب ترك الواجب على ترك التعلم يحتمل العقاب على المخالفه و لا مؤمن منه فيحكم العقل بوجوب الدفع، و هو لا يمكن الا بالتعلم قبل الوقت.

رابعها: ما لو كان ترك التعلم قبل الوقت موجبا لترك الواجب في ظرفه، اما للغفلة عن التكليف، أو لعدم التمكن من امتثاله، و الاول كثيرا ما يتفق في المعاملات فانه إذا لم يتعلم

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٨

...

احكام المعاملات و لم يميز الصحيحه عن الفاسده فوقع المعامله فاسده في الخارج و تحقق الانتقال في نظره فلا محاله يتصرف فيما يراه منتقلا- إليه غافلا- عن حرمة، و الثاني كثيرا ما يتفق في العبادات كالصلاه حيث انها مركبه من عدة اجزاء و شرائط، و معلوم ان تعلمها يحتاج الى مدة من الزمن لا سيما لمن لا يحسن اللغه العربيه.

و في هذا القسم يجب التعلم قبل الوقت، لما افاده الشيخ الاعظم رحمه الله و هو الملاك الذي لاجله يبنى على وجوب المقدمه، الموجب تركها فوات الواجب في ظرفه.

و بذلك يظهر ان ايراد المحقق النائيني، في غير محله.

كما ان ما افاده من ان وجوب التعلم ثابت حتى فيما قبل البلوغ بالتقريب المتقدم.

يرده ما دل على رفع القلم عن الصبي، فانه يشهد بعدم الوجوب، و لم يظهر وجه اختصاص هذا الحكم الطريقي بعدم شمول دليل الرفع له، سوى ما قيل.

من ان وجوب التعلم عقلي، و حديث الرفع لا يصلح لرفعه.

و هو مردود بانه بعد ورود التعبد من الشارع بانه لا شيء على الصبي من ناحية مخالفه الاحكام الشرعيه لا يحكم العقل بوجوب التعلم، فان شئت قلت، انه يرتفع موضوع الحكم العقلي بتعبد الشارع، فلا يلزم من ذلك التخصيص في الحكم العقلي، كي يقال انه ممتنع.

و قد حكم الشيخ الاعظم رحمه الله في رسالته العمليه بفسق تارك تعلم مسائل الشك و السهو فيما يتلى به عامه المكلفين.

و اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله، بان ذلك يبنى على احد امور. ١- اختيار مذهب المحقق الاردبيلي من كون وجوب التعلم نفسيا موجبا للعقاب. ٢- كون التجري موجبا للفسق و ان لم يوجب العقاب. ٣- الفرق بين مسائل الشك و السهو و بين غيرها، من جهة قضاء العاده باستلزام ترك التعلم فيما يكثر الابتلاء به، لمخالفه الواقع، و الاول لم يلتزم هو قدس سره به، و أما الثاني فالالتزام به بعيد، و أما الثالث فالالتزام به ابعد بعد فرض كون الوجوب طريقيا.

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٩

...

و يمكن ان يقال انه على القول بان العدالة هي الملكة الباعثه للالتزام بالواجبات و ترك المحرمات يتم ما افاده الشيخ لكشف التجري عن عدم وجود الملكة في النفس و ان لم يكن الفعل حراما.

وجوب التعلم عند الشك في الابتلاء

هذا كله فيما لو علم المكلف بالابتلاء، أو اطمأن به.

و أما لو شك في ذلك فهل يجب التعلم كما هو المشهور بين الاصحاب، ام لا.

قد استدل للاول بما استدل به لوجوب التعلم مع العلم بالابتلاء.

و لكن قد يقال انه يمكن اجراء استصحاب عدم الابتلاء بالاضافة الى الزمان المستقبل، لليقين بعدم الابتلاء فعلا، و الشك في الابتلاء فيما بعد، فيستصحب عدم الابتلاء،

بناء على ما هو الحق من جريان الاستصحاب في الامور الاستقبالية.

و اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله بان الاستصحاب انما يجرى فيما إذا كان المستصحب اثرا شرعيا، أو موضوعا ذا اثر شرعى، و الا كما في المقام، حيث ان الاثر، و هو استقلال العقل بوجوب التعلم انما هو مترتب على مجرد احتمال الابتلاء، لقاعدة وجوب دفع الضرر المحتمل،

لا على واقعه، فلا يجرى الاستصحاب.

و بعبارة اخرى، ان الاثر في كل مورد كان مترتبا على نفس الشك و الاحتمال دون الواقع، متى شك فيه فالموضوع محرز بالوجدان، و معه لا مورد للتعبد بالواقع اصلا فانه لغو،

و ما نحن فيه كذلك، لان الموضوع هو احتمال الابتلاء، و هو محرز بالوجدان، و أما الابتلاء الواقعي فلا- اثر له كى يجرى الاستصحاب فيه.

و فيه: انه و ان كان التعبد بما هو محرز بالوجدان لغوا صرفا، و من اراد انحاء تحصيل الحاصل، و التخصيص في الحكم العقلي لا ريب في امتناعه، و لكن التعبد بما يوجب رفع موضوع حكم العقل، لا- محذور فيه، و بعبارة اخرى ان الحكم العقلي قابل للتخصص و الخروج الموضوعى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٧٠

و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد، و لا- يخلو عن وجه في مقام التوجيه، ثم ان التفقه في مسائل التجارة لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسدة التي أهمها الربا، الجامعة بين اكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقة الكذائية، لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد. بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا تعارض بين أدلة التفقه هنا، و أدلة تحصيل المعاش، نعم ربما اورد في هذا المقام و ان كان خارجا عنه التعارض بين ادلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات، و انواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد، و بين أدلة طلب الاكتساب و الاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي ان ينفق عليه، و ترك إلقاء كله على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإن الأخبار من الطرفين كثيرة يكفي في طلب الاكتساب ما ورد من: أنه أوحى الله تعالى الى داود (على نبينا و آله و عليه السلام): يا داود إنك نعم العبد لو لا أنك تأكل من بيت المال و لا تعمل بيدك شيئا. فبكى عليه السلام أربعين صباحا ثم الان الله تعالى له الحديد، و كان يعمل كل يوم درعا و يبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة و ستين درعا فباعها و استغنى عن بيت المال، الحديث.

و ما نحن فيه من هذا القبيل: فان موضوع حكم العقل هو الضرر المحتمل، و المطلوب بالاستصحاب ليس هو اثبات وجوب الدفع، بل المثبت بالاستصحاب عدم العقاب، و الضرر، و به يرتفع موضوع وجوب الدفع.

و على الجملة كما انه يصح رفع موضوع قبح العقاب بلا بيان باستصحاب الوجوب، كذلك يصح رفع موضوع وجوب دفع الضرر المحتمل بالاستصحاب المذكور و لا محذور فى ذلك. و لكن يمكن الاستدلال لوجوب الدفع، و عدم جريان الاصل المذكور بوجهين.

١- العلم الاجمالي بجملة من الاحكام الشرعية فى ظرفها و هذا العلم الاجمالي مانع عن اجراء الاصل المذكور فى كل ما هو من اطراف العلم الاجمالي.

٢- اطلاق ما دل على وجوب التعلم: إذ لو اقتص ذلك بموارد العلم أو الاطمينان بالابتلاء لم يبق تحت تلك الادلة الا موارد نادرة. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧١

[الاخبار الواردة فى الحث على التعلم]

و ما أرسله فى الفقيه عن الصادق عليه السلام: ليس منا من ترك ديناه لآخرته، أو آخرته لديناه، و إن العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال. و أما الأخبار فى طلب العلم و فضله فهى أكثر من ان يذكر و أوضح من ان يحتاج إلى الذكر، و ذكر فى الحدائق: ان الجمع بينهما بأحد وجهين أحدهما و هو الأظهر بين علمائنا تخصيص اخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم و يقال: بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقل تحصيله و استفادته و تعليمه و افادته، قال و بهذا الوجه صرح الشهيد الثانى قدس سره فى رسالته المسماة (بمنية المريد فى آداب المفيد و المستفيد) حيث قال فى جملة شرائط العلم: و ان يتوكل على الله و يفوض امره إليه و لا يعتمد على الأسباب فيتوكل عليها، فيكون وبالاً عليه، و لا على احد من خلق الله تعالى بل يلقى مقاليد امره إلى الله تعالى فيظهر له من نفحات قدسه و لحظات انسه ما به يحصل مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد فى الحديث عن النبي صلى الله عليه و آله ان الله تعالى قد تكلف «تكفل» لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره، بمعنى ان غيره محتاج إلى السعى على الرزق حتى يحصل له، و طالب العلم لا يكلف بذلك بل بالطلب و كفاه مئونة الرزق ان احسن النية، و أخلص القربة، و عندى فى ذلك من الوقائع ما لو جمعته ما لا

يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى و جمل ما اشتغلت بالعلم و هو مبادئ عشر الثلاثين و تسعمائة الى يومنا هذا و هو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة.

و بالجملة ليس الخبر كالعيان، و روى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكليني قدس سره بإسناده الى الحسين بن علوان قال: كنا فى مجلس نطلب فيه العلم، و قد نفدت نفقتى فى بعض الاسفار، فقال لى بعض اصحابى: من تؤمل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلانا، فقال إذا و الله لا تسعف بحاجتك و لا تبلغ املكك و لا تنجح طلبتك،

قلت: و ما علمك رحمك الله قال: ان ابا عبد الله حدثنى انه قرأ فى بعض كتبه ان الله تبارك و تعالى يقول و عزتى و جلالى و مجدى و ارتفاع مكانى على عرشى لا تقطن امل كل مؤمل غيرى بالأس و لأكسونه ثوب المذلة عند الناس و لأنحيته من قبرى و لأبعدنه من صلى أ يؤمل غيرى فى الشدائد و الشدائد بيدى و يرجو غيرى و يقرع باب غيرى و بيدى مفاتيح الابواب و هى مغلقة و بابى مفتوح لمن دعانى فمن ذا الذى املنى لنوائبه فقطعته دونها، و من ذا الذى رجاني لعظيمة فقطعت رجاء منى منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٢

جعلت آمال عبادى عندى محفوظة، فلم يرضوا بحفظى، و ملأت سماواتى ممن لا يمل من تسيحى، و امرتهم ان لا يغلقوا الأبواب بينى و بين عبادى فلم يثقوا، بقولى أ لم يعلم من طرقته نائبة من نوائبى انه لا يملك كشفها احد غيرى الا من بعد اذنى، فما لى اراه لاهيا عنى اعطيته بجودى ما لم يسألنى، ثم انتزعت منه فلم يسألنى رده و سأل غيرى، أ فترانى أبدأ بالعطايا قبل المسألة؟ ثم اسأل فلا

اجيب سائلى أ بخيل انا فيخلنى عندى أو ليس الجود و الكرم لى، أو ليس العفو و الرحمة بيدي؟ أو ليس انا محل الآمال؟ فمن يقطعها دونى؟ أ فلا يستحا المؤمنون ان يؤملوا غيرى؟ فلو ان اهل سماواتى و اهل ارضى أملوا جميعا، ثم اعطيت كل واحد منهم مثل ما امل الجميع ما انتقص من ملكى مثل عضو ذرة، و كيف ينقص ملك انا قيمه، فيا يؤسا للقانطين من رحمتى، و يا يؤسا لمن عصانى و لم يراقبنى، انتهى الحديث الشريف و انتهى كلام شيخنا الشهيد رحمه الله.

قال فى الحدائق و يدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه فى الكافى بإسناده إلى أبى إسحاق السبيعى عن حدثه قال سمعت امير المؤمنين عليه السلام يقول: ايها الناس ان كمال الدين طلب العلم و العمل به، الا و ان طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، ان المال مقسوم مضمون لكم قد قسمه عادل بينكم و ضمنه لكم، و سقى لكم، و العلم مخزون عند اهله، و قد امرتم بطلبه من اهله فاطلبوه، الخبر.

قال: و يؤكده ما رواه فى الكافى بسنده عن ابى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله يقول الله عز و جل و عزتى و جلالى و كبريائى و نورى.

و عظمتى و علوى و ارتفاع مكانى لا يؤثر عبد هواى على هواه إلا استحفظته ملائكتى و كفلت السموات و الأرضين رزقه و كنت له من وراء تجارة كل تاجر فتأتيه الدنيا و هى راغمة. الحديث. انتهى كلامه و انت خيرى بأن ما ذكره من كلام الشهيد رحمه الله و ما ذكره من الحديث القدسى لا-ارتباط له بما ذكر من دفع التنافى بين ادلة الطرفين لأن ما ذكر من التوكل على الله و عدم ربط القلب لغيره لا ينافى الاشتغال بالاكتساب، و لذا كان امير المؤمنين (صلوات الله عليه و على أخيه و زوجته و ولديه و ذريته) جامعاً بين أعلى مراتب التوكل، و اشد مشاق الاكتساب:

و هو الاستقاء لحائظ اليهودى، و ليس الشهيد ايضا فى مقام ان طلب

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٥، ص: ١٧٣

العلم افضل من التكبس، و ان كان افضل، بل فى مقام ان طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الاسباب الظاهرة الموجودة غالباً لطلاب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين. و الحاصلة من الموقوفات للمدارس و اهل العلم؟ و الموجودة الحاصلة غالباً للعلماء و المشتغلين من معاشره السلطان و اتباعه و المراودة مع التجار و الاغنياء و العلماء الذين لا ينتفع منهم الا بما فى ايديهم من وجوه الزكوات ورد المظالم و الاخماس و شبه ذلك، كما كان متعارفاً فى ذلك الزمان بل فى كل زمان فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التى ذكرناها.

و بالجملة، فلا شهادة فيما ذكر من كلام الشهيد رحمه الله من اوله الى آخره، و ما اضاف إليه من الروايات فى الجمع المذكور اعنى تخصيص ادلة طلب الحلال بغير طالب العلم. ثم انه لا إشكال فى ان كل من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم الى الاحكام الاربعه أو الخمسة. و لا ريب ان المستحب من احدهما لا يزاحم الواجب و لا الواجب الكفائى الواجب العينى، و لا إشكال ايضا فى ان الأهم من الواجبين المعينين مقدم على غيره، و كذا الحكم فى الواجبين الكفائين مع ظن قيام الغير به، و قد يكون كسب الكاسب مقدماً لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحب مقدماً.

بقى الكلام فى المستحب من الامرين عند فرض عدم امكان الجمع بينهما.

و لا- ريب فى تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبة على الامرين فرب من لا يحصل له باشتغاله بالعلم الا شىء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة، و يترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة، منها تكفل احوال المشتغلين من ماله أو مال اقاربه من التجار المخالطين معه، على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة و المستحبة فيحصل بذلك ثواب الصدقة و ثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم، و رب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيى بها فنون علم الدين، فلا يحصل له من كسبه إلا قليل من الرزق فإنه لا إشكال فى ان اشتغاله بالعلم و الأكل من وجوه الصدقات أرجح و ما ذكر من حديث داود (على نبينا و آله و عليه السلام) فإنما

هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوة و الرئاسة العلمية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٤

و بالجملة فطلب كل من العلم و الرزق إذا لوحظ المستحب منها من حيث النفع العائد الى نفس الطالب كان طلب العلم ارجح، و إذا لوحظ من جهة النفع الواصل الى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل، فثبت من ذلك كله ان تراحم هذين المستحبين كتراحم سائر المستحبات المتنافية، كالاشتغال بالاكساب أو طلب العلم الغير الواجبين مع المسير الى الحج المستحب أو الى مشاهد الأئمة عليهم السلام، أو مع السعي في قضاء حوائج الاخوان الذي لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال الى غير ذلك، مما لا يحصى.

و أما المورد الثاني، فافاد المصنف ان وجوب التعلم في غير باب المعاملات يكون عقليا محضا و قد تقدم ما يمكن ان يستدل له و نقده و أما في باب المعاملات فهو شرعي: لنهاي الشارع عن التصرف مع الجهل بصحة المعاملة: لأصالة عدم الانتقال و فيه اولا ان الاصل في العبادات ايضا هو الاحتياط لاخصاص ادلة البراءة بالشبهات قبل الفحص و ان قيل: ان اصالة الاحتياط لا تجرى مع الغفلة اجبنا عنه بان اصالة عدم الانتقال ايضا توجب تنجز الواقع و عدم جواز التصرف في الاموال المكتسبة و لا تدل على وجوب معرفة احكام المعاملات و أما الثالث فمحصل القول فيه انه إذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب و كسب المعيشة إذا كان واجبا- فايهما يقدم و لقد اطال المصنف رحمه الله تبعا للحدائق الكلام في المقام و الحق انهما من قبيل الواجبين المتراحمين فلا بد من ملاحظة الخصوصيات و الموارد و الفوائد المترتبة على كل منهما و ترجيح الاعم من كل منهما على الآخر و ليس ذلك تحت ضابط واحد فالمتعين ملاحظة كل مورد ثم الحكم بالتقديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٥

مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية، (١)

و اختلفوا في حرمة و كراهته، فعن التقى و القاضي و الحلبي و العلامة في المنتهى الحرمة، و هو المحكي عن ظاهر الدروس و حواشي المحقق الثاني و عن الشيخ و ابن زهرة، لا يجوز.

و اول في المختلف عبارة الشيخ بالكراهة، و هي اي الكراهة مذهب الاكثر، بل عن ايضاح النافع ان الشيخ ادعى الاجماع على عدم التحريم.

و عن نهاية الاحكام تلقي الركبان مكروه عند اكثر علمائنا و ليس حراما اجماعا و مستند التحريم ظواهر الاخبار. (٢)

منها ما عن منهل القصاب، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لا تلق، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله نهى عن التلقى قلت: و ما حدا لتلقى قال عليه السلام ما دون غدوة أو روحه قلت و كم الغدوة و الروح، قال: اربعة فراسخ، قال ابن ابي عمير، و ما فوق ذلك فليس بتلق

حرمة تلقي الركبان

(١) قوله لا-خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية تنقيح القول في المسألة بالبحث في مقامين الأول: في اصل الحكم الثاني: في الخصوصيات المعتبرة فيه اما الاول ففيه قولان بعد الاتفاق ظاهر اعلى المرجوحية فعن التقى و الفاضل و الحلبي و العلامة و غيرهم الحرمة- و عن الاكثر الكراهة.

(٢) و مستند الحكم جملة من النصوص «١» الظاهرة في التحريم المذكور في المتن جملة منها و اورد على الاستدلال بها للحرمة- بوجوه احدها ضعف السند- بدعوى- ان جميع تلك النصوص سبعة خمسة منها تنتهي اسنادها الى منهل القصاب و هو مجهول و

واحد منها رواية عمر بن شمر الضعيف عن عروة ابن عبد الله المجهول- و السابع مرسل و فيه ان في طريقتين من روايات منهاج من هو من اصحاب الاجماع فان في طريق

(١) الوسائل - باب ٣٦- من ابواب آداب التجارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٦

و في خبر عروة لا يتلقى احدكم تجارة خارجا من مصر، و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض. و في رواية اخرى لا تلق و لا تشتري ما يتلقى و لا تأكل منه.

و ظاهر النهي عن الأكل كونه لفساد المعاملة، فيكون اكلا بالباطل، و لم يقل به إلا الإسكافي.

و عن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه، فيكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الاصحاب (١) فيقصر عن افادة الحرمة و الفساد، نعم لا بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل مما يشتري من المتلقى، و لا بأس به حسما لمادة التلقى، و مما ذكرنا يعلم ان النهي في سائر الاخبار ايضا محمول على الكراهة، لموافقته للاصل (٢) مع ضعف الخبر

احدهما ابن ابي عمير و في طريق الآخر ابن محبوب فلا مورد للمناقشة فيها من حيث السند.

(١) ثانيها اعراض المشهور عنها و فيه اولاً: ان جماعة افتوا بالحرمة و ثانياً ان الاعراض الموهن هو الاعراض عن الخبر سند الا دلالة و الاصحاب عملوا بهذه النصوص فانهم حكموا بالمرجوحية و افتائهم بالكراهة لا يكون حجة علينا

(٢) ثالثها: موافقة القول بالكراهة للاصل و مخالفة القول بالحرمة له و فيه: ان الاصل لا يقاوم الدليل و مع وجوده يرتفع موضوع الاصل بالورود أو الحكومة مع ان القول بالكراهة ايضا مخالف للاصل، و عدم الحرمة و ان كان موافقا له الا انه لا يثبت به الكراهة رابعها: كون الروايات موافقة للعامة و فيه: ان مخالفة العامة من مرجحات احدي الحجيتين على الاخرى بعد فقد جملة من المرجحات لا من مميزات الحجة عن اللاحجة و بالجملة: موافقة العامة من حيث هي ليست من الموهنات خامسها: ان النهي و ان كان ظاهرا في نفسه في الحرمة الا ان النهي عن التلقى من جهة وقوعه في سياق النهي عن اكل المتلقى بقوله لا تأكل منه و قوله لا تأكل من لحم ما تلتقى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٧

و مخالفته للمشهور. ثم ان حد التلقى أربعة فراسخ، (١) كما في كلام بعض.

و الظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود، (٢) لأن الظاهر زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ. و قد تبعوا بذلك مرسله الفقيه. و روى ان حد التلقى روحة فإذا بلغ إلى أربعة فراسخ فهو جلب، فإن الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون الا بارادة خروج الحد عن المحدود، كما ان ما في الرواية السابقة ان حده ما دون غدوة أو روحة محمول على دخول الحد في المحدود، لكن قال في المنتهى حد علمائنا التلقى بأربعة فراسخ، فكر فكهوا الى ذلك الحد، فإن زاد على ذلك كان تجارة و جلبا و هو ظاهر لأنه بمضيه و رجوعه يكون مسافرا،

و يجب عليه القصر فيكون سفرا حقيقيا، إلى ان قال و لا يعرف بين علمائنا خلافا فيه انتهى.

الذي لم يرد منه الحرمة يقينا لعدم فساد المعاملة يحمل على الكراهة و اجيب عنه بان الحرمة كما يمكن ان تكون منبعثة عن فساد المعاملة باعتبار ان اكل مال الغير بلا سبب شرعي حرام كذلك يمكن ان تكون منبعثة عن مصلحة في نفس ترك الاكل و حسم مادة

التلقى المحرم.

بل الظاهر ان الاكل حرام من حيث انه اكل لما تلقى لا من حيث انه مال الغير وفيه: ان الظاهر منه كون النهى عنه من جهة كونه مال الغير فمع صرفه عن ظاهره لا وجه لحمله على ما ذكر فتأمل و الاولى في الجواب ان يقال ان النواهي المتعددة الواقعة في سياق واحد لو حمل احدها على الكراهة للدليل على عدم حرمة متعلقه لا وجه لحمل غيره عليها بناء على ما حققناه في محله من ان الحرمة و الكراهة خارجتان عن حريم الموضوع له و المستعمل فيه و انما تنتزعان من الترخيص في فعل ما تعلق النهى به و عدمه فتحصل ان الاظهر هو القول بالحرمة.

و أما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في جهات الاولى في حد التلقى.

(١) لا كلام في ان حده اربعة فراسخ، انما الكلام في دخول الحد في المحدود و خروجه عنه.

(٢) قال المصنف و الظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٨

و التعليل بحصول السفر الحقيقي يدل على مسامحة في التعبير، و لعل الوجه في التحديد بالاربعة ان الوصول الى الأربعة بلا زيادة و نقيصة نادر، فلا يصلح ان يكون ضابطا لرفع الكراهة إذ لا يقال انه وصل الى الاربعة الا إذا تجاوز عنها و لو يسيرا.

فالظاهر انه لا إشكال في اصل الحكم و ان وقع اختلاف في التعبير في النصوص و الفتاوى ثم انه لا إشكال في اعتبار القصد، (١) إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقى، فلو تلقى الركب في طريقه ذاهبا أو جائيا لم يكره المعاملة معهم. و كذا في اعتبار قصد المعاملة من المتلقى فلا يكره لغرض آخر و لو اتفقت المعاملة.

مقتضى - خبر ابن ابي عمير - قلت و ما حد التلقى قال ما دون غدوة أو روحة قلت و كم الغدوة و الروحة قال اربعة فراسخ «١» هو الثاني و مقتضى خبر ابن محبوب قال قلت له ما حد التلقى قال روحة «٢» في بادئ النظر هو الاول و لكن بما ان للحد معنيين - احدهما - ما ينتهي به الشيء - و الآخر - ما ينتهي عنده الشيء - فالحد في الخبر الاول يحمل على المعنى الاول فان الحد بذلك المعنى داخل في المحدود - و هو في الخبر الثاني يحمل على المعنى الثاني فانه بذلك المعنى خارج عنه - فالجمع بين الخبرين يقتضى البناء على الخروج - و الذي يسهل الخطب ان الوصول الى الاربعة بلا زيادة و لا نقيصة نادر جدا - الثانية: في اعتبار القصد و عدمه.

(١) قال المصنف ثم انه لا إشكال في اعتبار القصد و استدل رحمه الله لاعتباره بعدم صدق عنوان التلقى بدونه و اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله بان عنوان التلقى ليس منها عنده بالنهي النفسى فانه ليس بمرجوح قطعاً بل المرجوح السبق الى الاشتراء ممن قصد البلد بمتاعه

(١) الوسائل باب ٣٦ من ابواب التجارة حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٩

قل ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد (١)

و فيه انه مبنى على عدم اختصاص القيد بالحكم الاخير، فيحتمل ان يكون العلة في كراهة التلقى مسامحة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقى، أو مظنة حبس المتلقين ما اشتروه أو ادخاره عن اعين الناس و بيعه تدريجاً، بخلاف ما إذا اتى الركب و طرحوا امتعتهم في الخانات و الاسواق، فإن له اثراً بينا في امتلاء اعين الناس خصوصاً الفقراء وقت الغلاء إذا اتى بالطعام، و كيف كان فاشترط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة، ثم انه لا فرق بين اخذ المتلقى بصيغته البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم لا بأس

باستيهابهم و لو باهداء شىء إليهم

و عليه فنفس هذه المعاملة مرجوحة و لو لم يتلق اصلا و فيه: ان التلقى للاشتراء بنفسه منهي عنه و الظاهر مرجوحته ايضا كيف و قد جمع فى النصوص بين النهى عنه و النهى عن الاشتراء و الحق ان يقال ان المنهى عنه هو التلقى للاشتراء فإذا لم يكن من قصده التلقى اصلا أو كان و لم يكن للاشتراء لا- يكون ذلك مرجوحا و أما الاشتراء فحيث ان الظاهر من الخبر مرجوحية الاشتراء إذا كان مع التلقى المرجوح لا مطلقا- فلا يكون مرجوحا إذا لم يكن التلقى عن قصد فالظاهر اعتباره الثالثة: فى اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

(١) قيل ظاهر التعليق فى رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

هذا التعليق وقع فى خبرين احدهما: خبر عروة عن الامام الباقر عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله لا يتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض «١»

ثانيهما: ما عن الشيخ بسنده عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه و آله لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض «٢»

(١) اورد صاحب الوسائل صدره فى الوسائل - باب ٣٦- من ابواب آداب التجارة حديث- و ذيله فى - باب ٣٧- منها حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣٧- من ابواب آداب التجارة حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٨٠

و لو تلقاهم لمعاملات اخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية، (١) نعم لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض. قوى سراية الحكم الى بيع شىء منهم و ايجارهم المساكن و الخانات، كما انه إذا جعلنا المناط فى الكراهة كراهة غبن الجاهل، كما يدل عليه النبوى العامى: لا تلقوا الجلب فمن تلقاه و اشترى منه فإذا اتى السوق فهو بالخيار قوى سراية الحكم الى كل معاملة يوجب غبنهم كالبيع و الشراء منهم متلقيا، و شبه ذلك، لكن الاظهر هو الاول

و قد استدل العلامة رحمه الله به و استنده الى غير واحد على اعتبار الجهل و يرد عليه ان الظاهر و لا أقل من المحتمل كونه علة لحكم بيع الحضرى للبدوى و المناسب ايضا ذلك فانه إذا لم يصير الحاضر و كيلا للبادى فى البيع يشترى المشتري باقل فيرتزق منه فتدبر مع ان كونه من قبيل العلة المعممة و المخصصة غير ثابت- فالظاهر هو التعميم- لإطلاق الروايات و عدم معلومية علة الحكم و لعلها شىء موجود فى فرض العلم.

الرابعة: فى انه هل يختص الحكم بالتلقى للاشتراء ام يعم التلقى للبيع منهم أو لمعاملات اخر غير شراء متاعهم ففى المتن.

(١) و لو تلقاهم لمعاملات اخر... فظاهر الروايات عدم المرجوحية وجه الظهور مع اطلاق قوله عليه السلام فى خبر منهال القصاب عن ابى عبد الله عليه السلام لا تلق فان رسول الله صلى الله عليه و آله نهى عن التلقى «١» هو ورودا لإطلاق مورد الغالب المتعارف و هو التلقى للاشتراء كما هو مفاد ساير النصوص و به يظهر حال قوله صلى الله عليه و آله لا يتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر «٢» مع ان الصدوق رواه هكذا و لا يتلقى احدكم طعاما- و هو ظاهر فى التلقى لا اشتراء الطعام.

(١) الوسائل - باب ٣٦- من ابواب آداب التجارة حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٨١

و كيف كان فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. (١) وقد يحكى عن الحلبي ثبوت الخيار و ان لم يكن غبن، و لعله لإطلاق النبوي المتقدم (٢) المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق و الاطلاع على القيمة، و اختلفوا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى على قولين سيجىء ذكر الاقوى منهما فى مسألة خيار الغبن انشاء الله.

مسألة: يحرم النجش على المشهور

كما فى الحدائق، (٣) بل عن المنتهى و جامع المقاصد: انه محرم اجماعا لرواية ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله الواشمه و المؤشمه و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه و آله. و فى النبوي المحكى عن معانى الاخبار لا- تناجشوا و لا تدابروا قال: و معناه ان يزيد الرجل فى ثمن السلعة، و هو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد زيادته و الناجش خائن، و التدابر الهجران انتهى كلام الصدوق. و الظاهر ان المراد بزيادة الناجش مواطاة البائع المنجوش له.

(١) الخامسة: إذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار كما هو المشهور بين الاصحاب و عن الحلبي ثبوت الخيار و ان لم يكن غبن و فى المتن.

(٢) و لعله لإطلاق النبوي المتقدم و لكنه كما افاده محمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق و الاطلاع على القيمة و تمام الكلام فيه فى خيار الغبن.

(٣) قوله مسألة يحرم النجش على المشهور كما فى الحدائق و قد تقدم الكلام فيه حكما و موضوعا فى آخر المكاسب المحرمة فى الجزء الثانى من هذا الشرح مفصلا فلا نعيد.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٨٢

مسألة: إذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل، يكون المدفوع إليه منهم (١)

و لم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع، كمال الامام أو رد المظالم المدفوع الى الحاكم، فله صور: احداها: ان يظهر قرينه على عدم جواز رضاه بالاخذ منه كما إذا عين له منه مقدارا قبل الدفع أو بعده، و لا إشكال فى عدم الجواز لحرمة التصرف فى مال الناس على غير الوجه المأذون فيه. (٢)

الثانية: ان يظهر قرينه حاله أو مقاليه على جواز اخذه منه مقدارا مساويا لما يدفع إلى غيره أو انقص أو أزيد، و لا إشكال فى الجواز حينئذ (٣) إلا انه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع، الى الأصناف المختلفة، كان عين للمجتهدين مقدارا، و للمشتغلين مقدارا، و اعتقده الدافع بعنوان يخالف معتقد المدفوع إليه (٤)

كيفية صرف المال المدفوع للصرف فى قبيل

(١) قوله إذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع إليه منهم لا يخفى انه تارة يدفع المال إليه من جهة كونه ولى الامر كدفع سهم الامام عليه السلام الى الحاكم الشرعى بما انه نائب الامام عليه السلام و اخرى يدفع إليه ليكون وكيلا عن الدافع فى صرفه فى قبيل لا كلام فى جواز اخذ المدفوع إليه من ذلك المال فى الصورة الاولى و انما الكلام فى الصورة الثانية. و فى تلك الصورة- فروض.

(٢) احدها: ان يظهر قرينه على عدم رضاه بالاخذ منه لا إشكال في عدم جواز الاخذ في هذا الفرض.

(٣) ثانيها: ان يظهر قرينه على جواز اخذه منه لا إشكال في جواز الاخذ حينئذ.

(٤) انما الاشكال: فيما إذا اختلف مقدار المدفوع الى الاصناف المختلفة كان عين للمجتهدين مقدار أو لغيرهم مقدارا اقل منه و اعتقد انه من المجتهدين، و الدافع

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٣

و التحقيق هنا مراعاة معتقد المدفوع إليه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية (١) كأن يقول ادفع إلى كل مشتغل كذا، و إلى كل مجتهد كذا و خذ انت ما يخصك. و ان كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعيا إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع لأن الداعي إنما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع.

الثالثة: ان لا يقوم قرينه على احد الامرين، و يطلق المتكلم (٢) و قد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكي عن وكالة المبسوط، و زكاة السرائر،

و مكاسب النافع، و كشف الرموز، و المختلف، و التذكرة، و جامع المقاصد: تحريم الأخذ مطلقا.

و عن النهاية و مكاسب السرائر و الشرائع، و التحرير، و الارشاد، و المسالك و الكفاية: انه يجوز له الاخذ منه ان اطلق من دون زيادة على غيره. و نسبة في الدروس الى الأكثر. و في الحدائق إلى المشهور و في المسالك هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ.

و عن نهاية الاحكام و التنقيح و المهذب البارع و المقنعة: الاقتصار على نقل القولين، و عن المهذب البارع: حكاية التفصيل بالجواز ان كان الصيغة بلفظ ضعه فيهم، أو ما ادى معناه، و المنع ان كانت بلفظ: ادفعه، و عن التنقيح عن بعض الفضلاء:

انه ان قال هو للفقراء جاز

يعتقد عدم كونه منهم ففي المتن ما حاصله.

(١) انه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية يراعى معتقد المدفوع إليه و ان كان ذلك العنوان داعيا الى تعيين ذلك المقدار

كان المتبع اعتقاد الدافع و فيه ان العنوان في الافعال الخارجية المتعلقة بالاشخاص كالاقتداء و البيع و الرضا

و نحو تلکم يكون داعيا و لا- معنى لكونه موضوعا و الرضا و ان كان يتعلق بالعنوان الكلى الا انه من حيث كونه مرآة و طريقا الى الافراد و عليه فلا محالة يكون المنطقتان الاعتقاد الدافع فانه إذا عين مقدارا للمجتهدين و كان يعتقد عدم كون المدفوع إليه مجتهدا لا يكون راضيا باخذه ذلك المقدار.

(٢) ثالثها: ان لا يقوم قرينه على احد الامرين و قد اختلفت فيه كلماتهم لاحظ المتن.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٤

و ان قال اعطه للفقراء، فإن علم فقره لم يجز إذ لو اراده لخصه، و ان لم يعلم جاز احتج القائل بالتحريم مضافا الى ظهور اللفظ في

مغايرة الأمور بالدفع للمدفع إليهم، (١) المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امرأة ان يزوجه من شخص فزوجه من نفسه أو وكله في شراء شىء فاعطاه من عنده بصحيحه ابن الحجاج المسندة في التحرير الى مولانا الصادق عليه السلام و ان اضمرت في غيره، قال: سألته عن

رجل اعطاه رجلا مالا ليصرفه في محاييح أو في مساكين، و هو يحتاج أ يأخذ منه لنفسه؟ و لا يعلمه هو، قال: لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه و احتج المجوزون بأن العنوان المدفوع إليه شامل له و الفرض الدفع الى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية الغير و

اللفظ و ان سلم عدم شموله له لغة الا ان المنساق عرفا صرفه الى كل من اتصف بهذا العنوان. فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع إليهم اشخاصا خاصة. و كان الداعي على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور، و الرواية

معارضة بروايات أخر،

فالمهم صرف عنان الكلام الى بيان المدرك و الكلام فيه يقع فى موردين الاول: فيما يقتضيه القواعد و الاظهر انه الجواز مطلقا: فان ظاهر تعليق كل حكم على موضوع ثبوته لجميع افراده فلو علق رضاه على المجتهد كان مقتضاه جواز تصرف كل مجتهد بما هو مجتهد لا سيما مع احراز عدم خصوصية فرد فى نظره فاذا كان المدفوع إليه يرى نفسه مجتهدا جاز له التصرف.

(١) و أما ظهور الدفع فى مغايرة الدافع و المدفوع إليه و الواضع و الموضوع فيه فلو سلم و اغمض عن اختصاصه ببعض الموارد فهو لا يقاوم الظهور المشار إليه و على ذلك فيجوز له التصرف فيه.

الثانى فيما يقتضيه النصوص الخاصة- و هى - طائفتان الاولى ما يدل على عدم الجواز كمصحح «١» ابن الحجاج المذكور فى المتن

(١) الوسائل - باب ٨٤- من ابواب ما يكتب به حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٨٥

مثل ما عن الكافى الصحيح عن سعد بن يسار، قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يعطى الزكاة يقسمه فى اصحابه أ يأخذ منه شيئا؟ قال: نعم.

و عن الحسين بن عثمان فى الصحيح أو الحسن بابن هاشم فى رجل اعطى مالا يفرقه ممن يحل له، أ يأخذ شيئا لنفسه؟ و ان لم يسم له قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره، و صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا لحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن يحل له الصدقة، قال: لا بأس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره، و لا يجوز له ان يأخذ إذا امره ان يضعه فى مواضع مسمأة الا باذنه.

و الذى ينبغى ان يقال: اما من حيث دلالة اللفظ الدال على الاذن فى الدفع و الصرف فإن المتبع الظهور العرفى و ان كان ظاهرا بحسب الوضع اللغوى فى غيره كما ان الظهور الخارجى الذى يستفاد من القرائن الخارجية مقدم على الظهور العرفى الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن، ثم ان التعبد فى حكم هذه المسألة لا يخلو عن بعد.

الثانية: ما يدل على الجواز.

كصحيح سعد بن يسار، «١» و حسن الحسين بن عثمان، «٢» و صحيح ابن الحجاج «٣»

المذكورة فى المتن لاحظها و الجمع بينهما انما يكون باحد انحاء.

(١) اختصاص النصوص المجوزة بالمال الذى كون من الحقوق الشرعية اما اختصاص الاول فواضح، و أما الثانى فلقوله يفرقه فيمن يحل له، و أما الثالث فلقوله و هو ممن يحل له الصدقة، و خبر المنع مختص بمال يكون للدافع.

(٢) ان خبر المنع من جهة التعبير بالنكرة ظاهر فى ارادة اشخاص معينين فلا يعارض الاخبار المجوزة.

(٣) الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة و من المعلوم ان الاخير يتوقف على عدم تمامية الاولين و عدم امكان الجمع بنحو آخر و الاظهر هو الثانى فاذا لا تدل الاخبار على ما ينافى القواعد

(١) الوسائل - باب ٤٠- من ابواب المستحقين للزكاة حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٨٦

فالاولى حمل الأخبار المجوزة (١) على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، و حمل الصحيحة المانعة «السابقة» على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور فأمرها بالدفع الى مساكين على وجه يكون المسكنة داعيا الى الدفع لا موضوعا، و لما لم يعلم المسكنة في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه، ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ، (٢) لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي و لو لم يكن للفظ ظهور، فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع (٣) إذ لا يجوز التصرف في مال الغير الا- باذن من المالك أو الشارع.

مسألة: احتكار الطعام

و هو كما في الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف في مرجوحيته. (٤)

فالاقوى هو الجواز مطلقا.

(١) قوله فالاولى حمل الاخبار المجوزة على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان و فيه انه جمع تبرعى لا شاهد له.
(٢) قوله ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ و فيه انه على تقدير المعارضة يتعين الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة لنصوصية الاخبار المجوزة في الجواز.

(٣) قوله فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع و فيه ان الواجب حينئذ الرجوع الى الاخبار العلاجية.

حرمة الاحتكار

(٤) قوله مسألة احتكار الطعام و هو ... لا خلاف في مرجوحيته في المسألة قولان، بناء على ما هو الظاهر من ان مورد كلمات الفقهاء هو عدم وجود باذل الكفاية و أما بناء على ان مورد كلماتهم هو الاعم ففي المسألة اقوال منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٧

و قد اختلف في حرمة فعن المبسوط و المقنعة و الحلبي في كتاب المكاسب و الشرائع و المختلف الكراهة و عن كتب الصدوق و الاستبصار و السرائر و القاضى و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و الروضة التحريم، و عن التنقيح و الميسية تقويته و هو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية لصحيفة سالم الحناط (١) قال لى أبو عبد الله عليه السلام ما عملك؟ قلت: حناط و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه قلت: يقولون يحتكر قال: يبيعه احد غيرك قلت: ما ابيع أنا من ألف جزء جزء قال: لا- بأس إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حذام، و كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبي صلى الله عليه و آله فقال له يا حكيم بن حذام إياك ان تحتكر، فإن الظاهر منه ان علته عدم البأس و وجود البازل فلولا حرم.

و صحيفة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الحكرة فقال انما الحكرة ان يشتري طعاما و ليس في المصر طعام غيره فتحتكره فإن كان في المصر طعاما غيره فلا بأس، ان تلتمس بسلتك الفضل و زاد في الصحيفة المحكية عن الكافي و التهذيب قال و سألت عن الزيت، قال ان كان عند غيرك فلا بأس بامساكه، و عن امير المؤمنين عليه السلام

الاول: ما هو الاشهر و هو كراهة الاحتكار الثانى: ما ذهب إليه جمع من الفقهاء و هو التحريم الثالث: ما ذهب إليه المصنف رحمه الله و هو التحريم مع عدم باذل الكفاية و الكراهة معه و كيف كان فقد استدلل للحرمة مضافا الى وجوه اعتبارية.
بكثير من النصوص «١» و هى و ان كان بعضها ضعيف السند- و بعضها قاصر الدلالة من جهة تضمنه اللعن على المحتكر الذى هو

بمعنى الابعاد الملائم مع الكراهة- أو وروده في مقام بيان موضوع الاحتكار المحكوم بالحرمة أو الكراهة الا ان: جملة منها صحيحة السند- ظاهرة الدلالة عليها.

(١) كصحيح «٢» الحناط عن الامام الصادق عليه السلام المذكور في المتن.

(١) الوسائل- باب ٢٧ و ٢٨- من ابواب آداب التجارة.

(٢) الوسائل- باب ٢٨- من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٨

في نهج البلاغة في كتابه الى مالك الاشر فامنع من الاحتكار فإن رسول الله منع منه (١) و ليكن البيع بيعا سمحا في موازين عدل لا يجحف بالفريقين البائع و المبتاع، فمن قارف حكرة بعد نهيك اياه فنكل به و عاقب في غير اسراف.

و صحيحة الحلبي قال سألته عليه السلام عن يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: ان كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به، و ان كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر و ترك الناس ليس لهم طعام، فإن الكراهة في كلامهم عليهم السلام و ان كان يستعمل في المكروه و الحرام (٢) إلا ان في تقيدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهة الاحتكار مطلقا قرينه على إرادة التحريم (٣) و حملة على تأكيد الكراهة أيضا مخالف لظاهر يكره كما لا يخفى و ان شئت قلت: ان المراد بالأس في الشرطية الأولى التحريم لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضا فالشرطية الثانية كالمفهوم لها، و يؤيد التحريم ما عن المجالس بسنده عن ابي مريم الانصاري

(١) و ما «١» في نهج البلاغة في كتابه عليه السلام الى مالك الاشر فامنع من الاحتكار فان رسول الله صلى الله عليه و آله منع منه- و نحوهما غيرهما- و يؤيدها النصوص الاخر.

(٢) و لا يعارضها صحيح «٢» الحلبي المذكور في المتن فان الكراهة في اصطلاحهم عليهم السلام اعم من الكراهة المصطلحة و عليه فهو ايضا بمفهوم الشرط يدل على التحريم فانه يدل على ثبوت الباس مع عدم كثرة الطعام و هو ظاهر في التحريم و بما ذكرناه ظهر مدرك القول بالكراهة و ضعفه.

(٣) و قد استدل المصنف رحمه الله لما اختاره بان جملة من النصوص متضمنة للنهي عن الاحتكار و ظاهر ذلك مرجوحته مطلقا و ظاهر صحيح الحناط و صحيح الحلبي حرمة في صورة عدم باذل الكفاية اما الاول فلان الظاهر منه ان علة عدم الباس وجود البازل فلولا حرم و أما الثاني: فلانه قيد الحكم فيه بصورة عدم باذل غيره و هذا بواسطة ما دل على

(١) الوسائل- باب ٢٨- من ابواب آداب التجارة حديث ١٣.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٩

عن ابي جعفر عليه السلام قال قال: رسول الله صلى الله عليه و آله أيما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه و تصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع. و في السند بعض بني فضال، و الظاهر ان الرواية مأخوذة من كتبهم التي (١)

قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها خذوا بما رووا و ذروا ما رأو ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السند، و قد ذكرنا ان هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذي ادعاه

الكشى على تصحيح ما يصح عن جماعة و يؤيده أيضا ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورام من أنه أرسل عن النبي صلى الله عليه و آله عن جبرائيل قال: أطلعت على النار فرأيت في جهنم واديا فقلت يا مالك لمن هذا؟ قال لثلاثة: المحتكر، و المدمنين للخمر، و القوادين.

و مما يؤيد التحريم ما دل على وجوب البيع عليه، فإن الزامه بذلك ظاهر فى كون الحبس محرما إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر و خلاف قاعدة سلطنة الناس على اموالهم.

كراهة الاحتكار مطلقا قرينة على ارادة التحريم و فيه: ان الخبرين يقيدان جميع نصوص الاحتكار المتضمنة للنهي عنه سواء حمل النهى فيها على الكراهة أو الحرمة فمورد الحكم صورة عدم وجود باذل غيره و الا فلا يكون الاحتكار مكروها و بذلك يظهر ما فى قوله و ان شئت قلت الخ.

(١) قوله و الظاهر ان الرواية «١» ماخوذة من كتبهم التى - فففيه دليل على اعتبار ما فى كتبهم قد ذكر المصنف رحمه الله هذا الكلام فى كتاب الصلاة و عليه بنى حجية ما فى كتبهم و ان كان المروى عنه ضعيفا أو مجهولا و يرد عليه ان ذلك النص «٢» سؤالاً و جواباً مسوق لبيان ان فساد عقائد و آراء بنى فضال لا يمنع عن الاخذ برواياتهم فغاية ما يدل عليه حجية قولهم و رواياتهم و انها كالروايات المروية عنهم فى حال استقامتهم بلا نظر فيه الى حجية الروايات من غير تلك الجهة

(١) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب آداب التجارة حديث ٦.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضى حديث ١٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٩٠

ثم ان كشف الابهام عن اطراف المسألة يتم ببيان امور:

الأول: فى مورد الاحتكار، (١) فإن ظاهر التفسير المتقدم عن أهل اللغة و بعض الأخبار المتقدمة: اختصاصه بالطعام و فى روايه غياث بن إبراهيم ليس الحكرة الا فى الحنطة، و الشعير، و التمر، و الزبيب، و عن الفقيه: زيادة الزيت، و قد تقدم فى بعض الأخبار المتقدمة أيضا دخول الزيت أيضا.

و فى المحكى عن قرب الاسناد برواية ابى البخترى عن على عليه السلام قال: ليس الحكرة الا فى الحنطة و الشعير و التمر و الزيت و السمن.

و عن الخصال فى رواية السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله الحكرة فى ستة اقسام الحنطة، و الشعير، و التمر، و الزيت، و الزبيب و السمن، ثم ان ثبوته فى الغلات الأربع بزيادة السمن لا خلاف فيه ظاهرا، و عن كشف الرموز و ظاهر السرائر دعوى الاتفاق عليه.

و عن مجمع الفائدة نفى الخلاف فيه، و أما الزيت فقد تقدم فى غير واحد من الاخبار و لذا اختاره الصدوق و العلامة فى التحرير حيث ذكر ان به رواية حسنة و الشهيدان و المحقق الثانى و عن ايضاح النافع ان عليه الفتوى.

و أما الملح فقد الحقه بها فى المبسوط و الوسيلة و التذكرة و نهاية الاحكام و الدروس (٢) و المسالك و لعله لفحوى التعليق الوارد فى بعض الأخبار: من حاجة الناس

و أما اصحاب الاجماع فقد دل الدليل على الاستغناء برواياتهم عن ملاحظة من قبلهم فى السند.

(١) قوله الاول فى مورد الاحتكار الظاهر ان ثبوته فى الغلات الاربع و السمن لا خلاف فيه بل عن جماعة الاجماع عليه و تشهد به

النصوص «١» منها الروايات الثلاث في المتن وفيها الزيت ولا إشكال في شيء من ذلك انما الكلام في الملح ففي المتن.
(٢) و أما الملح فقد الحقه بها في المبسوط و الوسيلة و التذكرة و نهاية الاحكام و الدروس

(١) الوسائل - باب ٢٧ - من ابواب آداب التجارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩١

الثاني روى السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام ان الحكرة في الخصب اربعون يوماً، و في الغلاء و الشدة ثلاثة ايام، فما زاد على الاربعين في الخصب، فصاحبه ملعون و ما زاد في العسرة على ثلاثة ايام فملعون. (١)
و يؤيدها ظاهر رواية المجالس المتقدمة، و حكى عن الشيخ و محكى القاضي و الوسيلة العمل بها، و عن الدروس ان الأظهر تحريمه مع حاجة الناس و مظنتها الزيادة على ثلاثة ايام في الغلاء و أربعين في الرخص للرواية، انتهى.
و أما تحديده بحاجة الناس فهو حسن، كما عن المقنعة و غيرها، و يظهر من الأخبار المتقدمة.
و أما ما ذكره من حمل رواية السكوني عن بيان مظنة الحاجة فهو جيد، (٢)
و منه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبداً.

قال في محكى المبسوط يثبت الاحتكار في الملح و لم نقف على حديث دال عليه و لعله نظر في ذلك الى دعوى الحاجة إليه و اساس الضرورة الى تناوله فصار كالطعام انتهى و لكن مقتضى الحصر في خبر «١» غياث عدم ثبوت هذا الحكم في الملح و العلة المستنبطة المشار إليها لا تصلح لاثبات الحكم الشرعي بها: لعدم كونها منصوصة بعنوان العلة للحكم كي تعمم و لذا لم يفت احد بثبوته في غير ذلك من ما يحتاج إليه الناس فالأظهر عدم اللاحق.

(١) الثاني: روى «٢» السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام ان الحكرة في الخصب الى آخر الخبر ظاهر الخبر تحديد الحكرة في الرخص باربعين يوماً و في الغلاء بثلاثة ايام و عمل به الشيخ و القاضي و صاحب الوسيلة و الايراد عليه تارة بضعف السند، و اخرى.
(٢) بانه محمول على بيان مظنة الحاجة كما عن الدروس و استحسنة المصنف رحمه الله في غير محله اما الاول فلما تقدم في هذا الشرح مرارا من اعتبار خبر السكوني و أما الثاني فلان ذلك خلاف الظاهر لا شاهد له فالأظهر تامة هذا التحديد.

(١) الوسائل - باب ٢٧ - من ابواب آداب التجارة حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٢

الثالث: مقتضى ظاهر صحيحة الحلبي المتقدمة في بادئ النظر حصر الاحتكار في شراء الطعام، لكن الاقوى التعميم بقريته تفرغ قوله: فإن كان في المصر طعام و يؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام اهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه، سواء كان بالاشترار أو بالزرع و الحصاد و الاحراز، الا ان يراد جمعه في ملكه، و يؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار بأن يترك الناس ليس لهم طعام، و عليه فلا- فرق بين ان يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوبا له، أو كان قد اشتراه لحاجة، فانقضت الحاجة و بقي الطعام لا يحتاج إليه المالك فحبسه متربصا للغلاء.

الرابع: اقسام حبس الطعام كثيرة لان الشخص اما ان يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر، أو حصل له من دون تحصيل له، و الجس اما ان يراد منه نفس تقليل الطعام اضراراً بالناس في انفسهم أو يريد به الغلاء و هو اضرارهم من حيث المال أو يريد به عدم الخسارة من رأس ماله و ان حصل ذلك لغلاء عارضى لا يتضرر به اهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكر و زوار في البلاد و توقفهم

يومية أو ثلاثة فيحدث للطعام عزة لا يضر بأكثر أهل البلد، وقد يريد بالحبس لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر هذا كله مع حصول الغلاء بحسه. وقد يجس انتظارا لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحسه بل لقله الطعام آخر السنة أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام، ثم حسبه لا انتظار أيام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمة الحال. وقد يكون لحب اعانة المضطرين و لو بالبيع عليهم و الإرفاق بهم، ثم حاجة الناس قد يكون لأكلهم و قد يكون للبذر أو علف الدواب أو الاسترباح بالثمن و عليك في استخراج احكام هذه الأقسام (١) و تميز المباح و المكروه و المستحب من الحرام.

(١) قوله و عليك في استخراج احكام هذه الاقسام الاحتكار المحرم هو الاحتكار مع حاجة الناس و المباح هو الاحتكار لامع حاجتهم و الواجب هو الاحتكار لإعانة المضطرين في ايام الغلاء و المستحب هو الاحتكار لإعانة الزوار و أما المكروه فلم نجد له مثالا. ثم ان الاحتكار بما هو احتكار لا يكون واجبا و لا مستحبا و اتصافه بهما انما يكون من جهة انطباق عناوين اخر عليه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٣

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل في اجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكراهة، بل عن المذهب البارع الاجماع عليه، و عن التنقيح كما في الحدائق عدم الخلاف فيه، و هو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب. و لذا ذكرنا ان ظاهر ادلة الاجبار تدل على التحريم، لان الزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم لا يسعر عليه اجماعا، كما عن السرائر، و زاد وجود الاخبار المتواترة. و عن المبسوط عدم الخلاف فيه، لكن عن المقنعة انه يسعر عليه بما يراه الحاكم. و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد: انه يسعر عليه ان اجحف بالثمن، لنفى الضرر، (١) و عن الميسي و الشهيد الثاني: انه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهي عن التسعير و الجبر بنفى الاضرار.

خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب و الاقتصاد فيه.

ففي مرسله ابن فضال عن رجل عن ابي عبد الله عليه السلام ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع و دون طلب الحريص الراضى بدنياه المطمئن إليها، و ليكن انزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف و تكسب ما لا بد للمؤمن منه، ان الذين اعطوا المال، ثم لم يشكروا لا مال لهم.

و في صحيحة الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله في حجة الوداع الا ان روح الامين نفث في روعي: انه لن يموت نفس حتى يستكمل رزقها فاتقوا الله و اجملوا في الطلب و لا يحملنكم استبطاء شيء من الرزق أن تطلبوه بشيء من معصية الله، فإن الله تبارك و تعالى قسم الأرزاق في خلقه حلالا، و لم يقسمها حراما،

(١) قوله انه يسعر عليه ان اجحف بالثمن لنفى الضرر قالوا و لانه لولاه لانتفت فائدة الجبر إذ بدونه يتمتع المالك من البيع الا باضعاف ثمنه فلو سوغناه انتفت الحكمة في الزامه بالبيع.

و هو جيد: الا انه لا يدل على التسعير لملائمته مع ما عن الميسي و الشهيد الثاني انه يؤمر بالنزول من دون تسعير- و الله العالم

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٤

فمن اتقى الله و صبر اتاه الله برزقه من حله و من هتك حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حله قصر به من رزق الحلال و حوسب عليه يوم القيامة.

و عن ابي عبد الله عليه السلام انه كان امير المؤمنين عليه السلام كثيرا ما يقول: اعلموا علما يقينا ان الله عز و جل لم يجعل للعبد و ان اشتد جهده و عظمت حيلته و كثرت مكائده ان يسبق ما سمي له في الذكر الحكيم، و لم يحل بين العبد في ضعفه و قلة حيلته ان

يبلغ ما سمي له في الذكر الحكيم.

أيها الناس انه لن يزداد امرء نقيرا لحذفه و لم ينقص امرء نقيرا لحمقه، فالعالم بهذا العامل به اعظم الناس راحة في منفعتة، و العالم بهذا التارك له اعظم الناس شغلا في مضرتة، و رب منعم عليه مستدرج بالاحسان إليه و رب مغرور في الناس مصنوع له فأبق ايها الساعي من سعيك، و ابصر من عجلتك، و انتبه من سنه غفلتك،

و تفكر فيما جاء عن الله عز و جل على لسان نبيه صلى الله عليه و آله.

و في رواية عبد الله بن سليمان قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: ان الله عز و جل وسع في ارزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، يعلموا ان الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل و لا حيلة.

و في مرفوعة سهل بن زياد انه قال قال امير المؤمنين عليه السلام: ما فعل عمر بن مسلم قلت: جعلت فداك اقبل على العبادة و ترك التجارة، فقال: ويحه اما علم ان تارك الطلب لا تستجاب له دعوته، إن قوما من اصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله لما نزل قوله تعالى: (و من يتق الله يجعل له مخرجا و يرزقه من حيث لا يحتسب) اغلقوا الابواب و اقبلوا على العبادة و قالوا: قد كفينا فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه و آله فأرسل إليهم،

فقال لهم: ما دعاكم الى ما صنعتهم؟ فقالوا يا رسول الله صلى الله عليه و آله تكفل الله تعالى لنا بأرزاقنا فاقبلنا على العبادة. فقال صلى الله عليه و آله انه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب. و قد تقدم رواية انه ليس منا من ترك آخرته لدنياه، و لا من ترك دنياه لآخرته. و تقدم أيضا حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع انبيائه الصلاة و السلام بعد الحمد لله الملك العلام على ما انعم علينا بالنعم الجسم التي من أعظمها الاشتغال بمطالعة و كتابة كلمات اوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للناس و العام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٥

الخيارات

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٧

القول في الخيار و اقسامه و أحكامه:

مقدمتان

الاولى: الخيار [في معنى الخيار]

اسم مصدر من الاختيار غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد (١) على ما فسره به في موضع من الإيضاح فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة. و في عقد الفضولي و ملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث، و ملك العمه و الخالة لفسخ العقد على بنت الاخ و الاخت و ملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد إذا اعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب. و لعل التعبير بالملك

معنى الخيار اصطلاحا

قبل بيان الخيار و اقسامه و احكامه لا بد من تقديم مقدمتين:

احدهما: في معنى الخيار.

الخيار على ما في كتب اللغة اسم مصدر من تخير مثل الطيرة اسم تطير، و هو مرادف للاختيار.

و أما في الاصطلاح فقد ذكروا له معنيين:

(١) أحدهما: ما عن موضع من الايضاح و جماعة من المتأخرين و اختاره المصنف ره، و هو: ملك فسخ العقد.

ثانيهما: ما عرفه المحققون من القدماء، و هو: ملك اقرار العقد و ازالته.

و قبل بيان ما هو الحق عندنا ينبغي تقديم مقدمة.

و هي: ان الجواز و اللزوم الثابتين في العقود على قسمين:

الأول: ما لا يقبل الاسقاط و الانتقال الى الغير، كلزوم النكاح و لذا لا يصح جعل خيار الفسخ فيه و لا يقبل الاقالة، و جواز الهبة: فانه غير قابل للاسقاط و الانتقال- و يعبر عنهما باللزوم و الجواز الحكيمين.

الثاني: ما يقبل ذلك كلزوم البيع و جوازه، و يعبر عنهما باللزوم و الجواز الحقيين،

و عن هذا الجواز يعبر بالخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٨

للتنبية على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام (١) فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الرد لعقد الفضولي و التسلط على فسخ العقود الجائزة فإن ذلك من الاحكام الشرعية لا من الحقوق. و لذا لا تورث و لا تسقط بالاسقاط. و قد يعرف بأنه ملك اقرار العقد و ازالته و يمكن الخدشة فيه بأنه ان اريد من اقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ، (٢) فذكره مستدرک لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه إذ القدرة لا يتعلق باحد الطرفين و ان اريد منه الزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ. ففيه ان مرجعه الى اسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه يرد على التعريف الأول: ان الملك المستعمل في المقام لا يراد به الملكية المصطلحة المضافة الى الاعيان، بل المراد به الملك بمعناه اللغوي، و هو السلطنة، و هو بهذا المعنى كما يصدق على القسم الثاني من الجواز يصدق على القسم الأول، بل يشمل ملك حل النكاح بالطلاق.

و ما افاده المصنف رحمه الله بان التعبير بالملك.

(١) للتنبية على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام، فيخرج ما كان من قبيل الاجازة ان اراد به الملكية المصطلحة من جهة ان الحق مرتبة ضعيفة من الملك،

فيرد عليه: ما ذكرناه في اوائل الجزء الثالث عند بيان حقيقة الحق،

و ان اراد به الاستيلاء الخاص دون مطلق الاستيلاء- و هو ما كان نفس الاستيلاء تحت الاختيار بحيث يمكن للشخص سلب الاستيلاء و عزل نفسه عن السلطنة عزلا- ابتدائيا- فيرد عليه: انه لا- يعتبر في الملك إلا دخول المملوك تحت السلطان لا دخول السلطنة أيضا تحت السلطان.

و أما التعريف الثاني: فاورد عليه المصنف رحمه الله بايرادين: احدهما:

(٢) انه ان اريد باقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرک لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، و ان اريد به الزام العقد كان مرجعه إلى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار.

وفيه: ان المتعين هو الثاني، و ليس مرجعه إلى ما ذكر، بل حقيقته تثبيت العقد الذي هو امر وجودي، و لازمه سقوط الخيار.

و ان شئت قلت: ان مرجعه الى اسقاط حق ازالة العقد لا- إسقاط الخيار، فالخيار مركب من سلطنتين: السلطنة على ازالة العقد، و السلطنة على رفع هذه السلطنة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٩

مع ان ظاهر الالزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك فإن لكل منهما الزامه من طرفه لا مطلقا. ثم ان ما

ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق في كلمات المتأخرين و إلا فاطلاقه في الاخبار و كلمات الاصحاب على سلطنة الاجازة و الرد لعقد الفضولي و سلطنة الرجوع في الهبة و غيرهما من افراد السلطنة شائع.

الثانية: ذكر غير واحد تبعا للعلامة في كتبه ان الاصل في البيع اللزوم، (١)

إشارة

قال في التذكرة: الاصل في البيع اللزوم، لأن الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك، و الاصل الاستصحاب، و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و إنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، انتهى.

اقول المستفاد من كلمات جماعة: ان الاصل هنا قابل لإرادة معان:

ثانيتها: ان ظاهر الالزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك.

وفيه: ان الذي بيد ذى الخيار الالزام من طرفه لا- من الطرفين، و انما يكون لازما من الطرف الآخر من جهة عدم الخيار له، و هذا الظهور في الفسخ ايضا ممنوع، فانه ازاله من جانبه، و لكن حيث لا يعقل انحلال العقد من طرف واحد يلتزم بانحلاله من الطرفين لا ان معنى الفسخ ذلك كى يلتزم به فى الاجازة بقريته المقابلة.

فظهر ان ما عرفه القدماء متين لا يرد عليه شىء.

الاصل في البيع اللزوم

(١) الثانية: ذكر غير واحد تبعا للعلامة في كتبه: ان الاصل في البيع اللزوم، قال فى محكى التذكرة: الاصل فى البيع اللزوم، لان الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك، و الاصل الاستصحاب، و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و انما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه. انتهى.

وقد تقدم البحث و الكلام فى المقصود الاصلى من هذه المقدمة فى اول كتاب البيع فى مسألة المعاطاة، و انما تعرضنا هنا لها لجهتين:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٠٠

الاول: الراجح: احتمله فى جامع المقاصد مستندا فى تصحيحه الى الغلبة. (١)

وفيه ان اراد غلبة الافراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس، أو الحيوان أو الشرط، و ان اراد غلبة الأزمان فهى لا تنفع فى الأفراد المشكوكه مع انه لا يناسب ما فى القواعد من قوله: و انما يخرج من الاصل لامرين ثبوت خيار أو ظهور عيب.

الثانى: القاعدة المستفاد من العمومات التى يجب الرجوع إليها عند الشك فى بعض الافراد، أو بعض الاحوال، و هذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره فى التذكرة فى توجيه الاصل.

الثالث: الاستصحاب و مرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ احدهما و هذا حسن.

الرابع: المعنى اللغوى بمعنى (٢) ان وضع البيع و بنائه عرفا و شرعا على اللزوم و صيرورة المالك الأول كالأجنبى، و انما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لاحدهما أو لهما يسقط بالاسقاط، و بغيره، و ليس البيع كالهبة التى حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكما شرعيا له اصلا و بالذات، بحيث لا يقبل الاسقاط.

الاولى: للتعرض لم احتمالات الاصل الواقع فى كلمات الفقهاء.

الثانية: للتسهيل على الطالب.

و كيف كان: فالاصل المزبور قابل لإرادة معان:

(١) الأول: الراجح المستند الى الغلبة: ذكره فى جامع المقاصد و فيه: انه ممنوع صغرى و كبرى،

اما الاولى: فلأن أغلب افراد البيع تنعقد جائزة من جهة خيار المجلس و غيره،

و اراد غلبة الازمان لا تنفع، فانها توجب اللاحق لو شك فى لزوم فرد فى زمان خاص،

لا فيما إذا شك فى لزوم فرد فى جميع الازمنة.

و أما الثانية: فلعدم الاساس لما اشتهر من ان الظن يلحق الشئ بالاعم الاغلب.

(٢) الثانى: المعنى اللغوى، و هو ما يبنى عليه الشئ، بمعنى ان وضع البيع و بنائه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٠١

من هنا ظهر ان ثبوت خيار المجلس فى اول ازمته انعقاد البيع، لا- ينافى كونه فى حد ذاته مبني على اللزوم، لأن الخيار حق خارجى

قابل للانفكاك. نعم لو كان فى اول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لاحقا مجعولا قابلا للسقوط، كان

منافيا لبنائه على اللزوم. فالاصل هنا، كما قيل نظير قولهم: ان الاصل فى الجسم الاستدارة فإنه لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير

الاستدارة لأجل القاسر الخارجى و مما ذكرنا ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية حيث انكر هذا الاصل لأجل خيار المجلس، الا

ان يريد ان الاصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، و سيأتى ما فيه.

بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة انه لا يخرج من هذا الاصل (١) الا- بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب. فإن

ظاهرة ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار، مع انه من اسباب الخيار و توجيهه بعطف الخاص على العام، كما فى جامع

المقاصد (٢) غير ظاهر، إذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار بل عطف على نفسه و هو مبين له لا أعم. نعم قد يساعد عليه ما فى

التذكرة من قوله و انما يخرج عن الاصل بأمرين:

عرفا و شرعا على اللزوم.

و احسن توجيه لذلك ما افاده السيد الفقيه رحمه الله، و هو: ان بناء العرف على اللزوم،

فإذا ورد دليل الامضاء كفى.

و فيه انه لا ريب فى ان بناء العرف على اللزوم فى موارد و عدمه فى موارد اخر كما فى المعيب و المغبون و شبههما، و عليه فإذا شك

فى مورد انه من قبيل الاول أو الثانى لا وجه للتمسك بعموم بناء العرف، إذ لا عموم له.

و ان قيل: انه يتمسك بعموم ادلة الامضاء.

يجاب عنه بانه تمسك حينئذ بالقاعدة المستفادة من العمومات و سيأتى الكلام فيها.

(١) قوله بقى الكلام فى معنى قول العلامة ... انه لا يخرج من هذا الاصل الا بأمرين و قد ذكر فى توجيه قول العلامة وجوه.

(٢) منها ان عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار من قبيل عطف الخاص على العام

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٠٢

احدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص فى احد العوضين بل للتروى خاصة.

و الثانى: ظهور عيب فى احد العوضين، انتهى.

و حاصل التوجيه على هذا ان الخروج عن اللزوم لا- يكون الا- بتزلزل العقد لاجل الخيار، و المراد بالخيار فى المعطوف عليه ما كان ثابتا بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين لا لاقضاء نقص فى احد العوضين و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص احد العوضين لكنه مع عدم تماميته تكلف فى عبارة القواعد مع انه فى التذكرة ذكر فى الأمر الاول الذى هو الخيار فصولا سبعة بعدد اسباب الخيار و جعل السابع منها خيار العيب، و تكلم فيه كثيرا و مقتضى التوجيه ان يتكلم فى الأمر الأول فيما عدا خيار العيب و يمكن توجيه ذلك بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار (١) فإن نفس ثبوت الارش بمقتضى العيب، و ان لم يثبت خيار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة الى جزء من الثمن متزلزل قابل لابقائه فى ملك البائع و اخراجه عنه، و يكفى فى تزلزل العقد ملك اخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه، و ان شئت قلت: ان مرجع ذلك الى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، و نقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين فى مقابل الآخر، لكنه مبنى على كون الارش جزءا حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده.

و قد صرح العلامة فى كتبه بأنه لا يعتبر فى الارش كونه جزءا من الثمن، بل له ابداله، لأن الأرش غرامة، و حينئذ فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا فى العقد، (٢)

و فيه ان المعطوف عليه ليس مطلق السبب- كما ان المعطوف ليس خيارا خاصا- بل المعطوف عليه مطلق الخيار و المعطوف سبب من اسبابه فلا يتم ذلك.

(١) و منها ما افاده العلامة رحمه الله، و حاصله ان العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار فان ثبوت الارش بمقتضى العيب موجب لاسترداد جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه فالعقد بالاضافة الى جزء من الثمن متزلزل و ان لم يثبت الخيار.

(٢) و اورد المصنف عليه بانه ليس الارش جزءا حقيقيا من الثمن بل هو غرامة فلا يوجب ثبوته تزلزل العقد منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٠٣

ثم ان الاصل بالمعنى الرابع انما ينفع مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع، لأن الخيار حق خارجى يحتاج ثبوته الى الدليل. اما لو شك فى عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا- يقتضى ذلك الاصل لزومه لأن مرجع الشك حينئذ الى الشك فى الحكم الشرعى. و أما الاصل بالمعنى الاول فقد عرفت عدم تماميته. و أما بمعنى الاستصحاب فيجرى فى البيع و غيره إذا شك فى لزومه و جوازه. و أما بمعنى القاعدة فيجرى فى البيع و غيره، لأن اكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع. و قد اشرنا فى مسألة المعاطاء إليها و نذكرها هنا تسهيلا على الطالب.

فمنها قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) دل على وجوب الوفاء بكل عقد،

و المراد بالعقد مطلق العهد، كما فسر به فى صحيحة ابن سنان المروية فى تفسير على بن ابراهيم،

و الظاهر ان نظره قداه الى ان العقد يقتضى اللزوم و كون احد العوضين فقط عوضا عن الآخر و المخرج عن الامر الاول هو الخيار و عن الثانى ظهور العيب فانه يوجب اخذ الارش مع المبيع.

و منها غير ذلك مما ذكره العلامة، مع ما يرد عليه و غيره

القاعدة المستفادة من العمومات

الثالث: القاعدة المستفادة من العمومات التى يجب الرجوع إليها عند الشك.

(١) فمنها: قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١».

و تقريب الاستدلال به: انه دل على وجوب الوفاء بكل عقد، و المراد بالعقد مطلق العهد أو ما يسمى عقدا عرفا، و معنى وجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فإذا دل العقد على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه، فآخذه منه بغير رضاه نقض لذلك، فهو حرام، فإذا حرم جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد- و من جملة ذلك التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه- كان هذا لازما مساويا للزوم للعقد.

(١) المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٤

أو ما يسمى عقدا لغه و عرفا، و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب الدلالة اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دل العقد مثلا على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التمليك، من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك، نقض لمقتضى «لمضمون» ذلك العهد فهو حرام. فإذا حرم باطلاق الآية جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد، و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه صاحبه، كان هذا لازما مساويا للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ احدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي اعني فساد الفسخ من احدهما بغير رضا الآخر، و هو معنى الزوم، بل قد حقق في الاصول ان لا معنى للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي، و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان الوفاء انما يتعلق بالعهد و الالتزام، و هو انما يتعلق بامر اختياري مثل النذر، و لا يتعلق بما هو خارج عن تحت الاختيار كالملكية الى الأبد، فلا معنى لوجوب الوفاء بمقتضى العقد.

و بعبارة اخرى: ان وجوب الوفاء بشيء فرع كونه تحت الاختيار و الملكية و بقائها الى الابد خارجة عن تحت اختيار المكلف، فلا يتعلق بها وجوب الوفاء، و هذه آية اختصاص الآية الشريفة بباب النذر و شبهه.

و فيه: ان الوفاء بمعنى التمام أو ما يقاربه، و عليه فان كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده، و ان كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على الملكية كان الوفاء به اتمامه و عدم رفع اليد عنه بحله و نقضه.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله، و هو: ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد و بقائه بعد الفسخ مشكوك فيه، فالتمسك بعموم الآية من باب التمسك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه.

و فيه: انه لا كلام في بقاء العقد ما لم يفسخ، و عليه فالأمر بالوفاء ان كان ارشادا كان مدلول الآية المطابق لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ، و ان كان مولويا نفسيا كان عدم الفسخ

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٥

(القائل هو العلامة في المختلف) من ان معنى وجوب الوفاء بالعقد، العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. (١)

توضيح الضعف ان اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للعقد، و ليسا من مقتضيات العقد في نفسه، مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم هذا المعنى اعني وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه، يصير بدلالة الآية حكما شرعيا للعقد،

مساويا للزوم و اضعف من ذلك ما نشاء من عدم التفتن لوجه دلالة الآية على اللزوم، مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور، و

هو ان المفهوم من الآية عرفا حكمان تكليفي و وضعي. وقد عرفت ان ليس المستفاد منها الاحكام واحد تكليفي يستلزم حكما وضعيا و من ذلك

ايضا مامورا به، فلو حرم الفسخ لم يكن مؤثرا اجماعا.

مع ان حرمة الفسخ لو ثبتت فانما هي بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، و من عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.

(١) الثالث: ما عن العلامة في المختلف، و هو: ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم أو جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

و فيه: ان العقد الجائز لا يجب الوفاء به لجواز فسخه و حله، فمن الوجوب يستكشف كونه لازما.

مع ان الجواز و اللزوم من احكام العقد لا من منشآت المتعاقدين، و لذا لو اوقعا العقد اللازم غير قاصدين للزوم بل للجواز اتصف العقد به.

الرابع: ما افاده السيد الفقيه رحمه الله، و هو: ان العقد بمعنى العهد، و هو يشمل التكليف الالهي و العهد الذي بين الخالق و المخلوق كالنذر و ما يكون بين المخلوقين بعضهم مع بعض،

و حينئذ يدور الأمر بين حمل الأمر على الوجوب فيكون خروج العقود الجائزة و المستحبات من باب التخصيص، و حمله على القدر المشترك بين الوجوب و الاستحباب فيسقط الاستدلال، و حيث انه يبعد خروج المستحبات على كثرتها فيتعين الثاني:

و فيه: اولاً: ستعرف عدم كون العقد بمعنى العهد.

و ثانياً: ان الالتزام بالتخصيص لا محذور فيه.

منهاج الفقه (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٦

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى: (احل الله البيع على) اللزوم (١) فإن حلية البيع التي لا يراد منها الاحلية جميع التصرفات المترتب عليه التي منها ما يقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضاء الآخر مستلزماً لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغوا غير مؤثر،

و ثالثاً: ان الوجوب و الاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له و المستعمل فيه،

و انما ينتزعان من الترخيص في الترك و عدمه، و عليه فعدم اللزوم في بعض الموارد للتخصيص في الترك لا يوجب الالتزام بالتخصيص و لا بعدم اللزوم في الموارد التي لم يرد فيها ذلك.

فتحصل: ان شيئاً من هذه الايرادات لا يتم.

و لكن يرد عليه امور:

الأول: ان العقد غير العهد، إذ العهد هو الجعل و القرار، و العقد هو ربط شيء بشيء،

و هو في اصطلاح الفقهاء في قبال الايقاع، فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالآخر.

الثاني: ان الوفاء عبارة عن التمام، فالإيفاء هو الاتمام و الانهاء.

الثالث: ان الأمر به ارشاد الى اللزوم، و لا يكون حكماً تكليفاً، و ان كان على هذا ايضاً تدل الآية على اللزوم، و قد تقدم تفصيل القول في كل واحد من هذه الامور في مبحث المعاطاة في الجزء الثالث و على ما ذكرناه دلالة الآية على اللزوم اظهر.

(١) و منها: قوله تعالى (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) «١» و قد ذكر المصنف رحمه الله في وجه دلالة الآية الشريفة على اللزوم: ان الحلية المستندة

الى البيع ظاهرة في التكليفية لا سيما بواسطة مقابلة ذلك بحرم الله الربا، و حيث انه لا موهم لحرمة البيع - لا بما هو فعل و لا بما هو
تسبب للملك - فلا بد من تقدير التصرفات، و من حلية التصرفات يستكشف صحة البيع، اما من جهة انها تدل على حلية التصرفات
المرتبة على البيع - و مرجع ذلك الى حلية الاكل من هذا السبب - و لازم ذلك عرفا ثبوت الملكية و أما من جهة ان حلية التصرفات

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٧

...

المتوقفة على الملك كالباع و الوطاء و نحوهما من آثار الملك، فإذا دلت الآية على جوازها دلت بالملازمة العقلية على الملكية، أو
من جهة الملازمة العرفية بين حلية التصرفات و نفوذ البيع.
و مقتضى اطلاق الآية حلية التصرفات بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الآخر،
و هذا يستلزم عدم تأثير الفسخ و كونه لغوا، و هو لازم للزوم.
و هو قدس سره بعد اسطر اورد على هذا الوجه: بان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة باطلاق الآية، فلا يمكن
التمسك في رفعه بالاطلاق.
و في كلامه مواقع للنظر:

الاول: ما افاده من: ان المراد بالحلية الحلية التكليفية، فانه يرد عليه: ان الظاهر: منها من جهة استنادها الى البيع هي الوضعية منها، و
هكذا في الحرمة المنسوبة الى الربا، و عليه فتدل الآية الشريفة على صحة البيع و نفوذه بالمطابقة بلا نظر لها الى الزوم.
الثاني: ما افاده من تقدير التصرفات، فانه يرد عليه: انه لا وجه لذلك سوى توهم انه لا موجب لحرمة البيع بما هو عمل من الاعمال،
فيتعين التقدير، و هذا عليل، فان البيع من حيث انه يتوصل به الى التصرفات قابل لان يكون حلالا و حراما، و عليه فلا وجه للتقدير، و
على هذا فيستكشف من حلية البيع بهذا المعنى نفوذه و صحته، إذ لو لا نفوذه لم يكن وجه للترخيص فيه.
الثالث: ما اورده على نفسه، فانه يرد عليه: انه لو قدر التصرفات و كان مقتضى اطلاق الآية حلية التصرفات بعد الفسخ لم يكن الشك
في تأثير الفسخ مانعا عن ذلك، فان التمسك بالاطلاق انما يكون لدفع مثل هذا الشك.
و المحقق النائيني رحمه الله وجه ايراد المصنف رحمه الله: بان القيود الراجعة الى الموضوع يمكن ان يكون الحكم بالنسبة إليها مطلقا
أو مقيدا، و أما حالات نفس الحكم فلا يمكن ان يكون
منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٨

و منه يظهر وجه الاستدلال على الزوم باطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض، (١) فإنه يدل على ان التجارة سبب لحلية التصرف
بقول مطلق حتى بعد فسخ احدهما من دون رضا الآخر، فدلالة الآيات الثلاث على أصالة الزوم على نهج واحد لكن يمكن ان يقال:
انه إذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة باطلاق الآيتين الاخيرتين، لم يمكن التمسك في رفعه الا
بالاستصحاب و لا ينعف الاطلاق. (٢)

الحكم بالنسبة إليها مطلقا و لا مقيدا، فضلا عن ان يكون مطلقا أو مقيدا، بالاضافة الى رافعه، إذ المحكوم ليس ناظرا الى نفسه، فضلا
عن ان يكون مطلقا بالنسبة الى حاكمه،
و في المقام الفسخ لو كان مؤثرا لكان رافعا لأصل الحلية، و لا إطلاق لها بالنسبة الى رافعها.

و فيه: اولاً: ان المصنف رحمه الله صرح بالاطلاق.

و ثانياً: ان الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لمنشأ الحلية و هو البيع و العقد لا للحكم نفسه، و اطلاق الحكم بالنسبة الى رافع منشئه كسائر حالاته امر ممكن.

و ثالثاً: ان هذا الوجه يجرى في (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بان يقال: ان الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لوجوب الوفاء، فلا يمكن ان يكون ما دل عليه مطلقاً بالنسبة الى رافعه.

و قد ظهر مما ذكرناه دلالة الآية الشريفة على نفوذ البيع و صحته دون لزومه.

(١) قال المصنف رحمه الله: و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض «١»

تقريب الاستدلال به: ان الاكل الذي رخصه الشارع عنواناً للتصرفات المترتبة على المعاملة لا- لنفسها- لما تقدم- فمن جوازه يستكشف نفوذ المعاملة، و من اطلاقه- لما بعد الفسخ- يستكشف اللزوم.

(٢) ثم اورد عليه بما اوردته على سابقه.

و فيه: اولاً: ان الاكل في صدر الآية كناية عن التملك، فكذلك في المستثنى، فالمرخص فيه هو التملك.

و ثانياً: ان الايراد غير تام كما تقدم.

(١) سورة النساء آية ٢٩.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٩

و منها قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) (١) دل على حرمة الاكل بكل وجه يسمى باطلا عرفاً، و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل،

فان اكل المارة من ثمرة الاشجار التي تمر بها باطل لو لا اذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، و كذلك الأخذ بالشفعة و الخيار، فان رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوي الخيار و الشفعة، و ما نحن فيه من هذا القبيل، فان اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه باطل عرفاً، (٢) نعم لو دل الشارع على جوازه، كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين

و المصنف قد استدلال بالآية الشريفة على اللزوم بطريق آخر ذكره في المعاطاة، و قد تعرضنا له هناك و بينا عدم تماميته فراجع.

(١) و منها: قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) «١» تقريب الاستدلال به على اللزوم و جهان:

(٢) الأول: ان الأكل المنهى عنه كناية عن التصرف المعاملي، و هو التملك، فيدل على النهي عن التملك بالباطل، و منه اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه.

و فيه: اولاً: ان المراد بالباطل اما هو الباطل العرفي أو الشرعي أو الفاسد الخالي عن الأثر الذي لا يختلف معناه عرفاً و شرعاً، و انما الاختلاف بينهما في المصدق،

اما على الأول- الذي هو اساس الاستدلال-: فحيث ان اذن المالك الحقيقي موجب للخروج عن كونه باطلا- و في المقام، يحتمل الاذن في الفسخ، فلا محالة يشك في صدق الباطل عليه، و معه لا يبقى مورد للتمسك باطلاق الحكم.

و أما على الاخيرين فالشك في صدق الموضوع اظهر.

و ثانياً: انه يحتمل اختصاص الآية بالمعاضات من جهة التعبير باموالكم بينكم الظاهر في اعطاء مال و اخذ مال، و الرجوع ليس منها، فانه رد للملك و يستتبع ذلك رجوع العوض لا انه تملك بعوض.

و ثالثا: ان الفسخ حل للعقد فلا تشمله الآية لعدم كونه سببا للاكل بل هو رافع

(١) سورة النساء آية ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٠

و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه و آله: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه (١)

للسبب المملك و بعده يكون الملك بالسبب الأول.

الوجه الثاني: ان الاكل المنهى عنه كناية عن التصرفات، فتدل الآية على عدم جواز التصرفات بعد السبب الباطل و منه الرجوع و الفسخ.

و يرد عليه ما اوردناه على الوجه الأول.

(١) و منها: قوله صلى الله عليه و آله: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه «١»

و تقريب الاستدلال به من وجهين:

الاول: ان الخبر يدل على عدم حلية مال الغير بغير رضاه، و حيث انه لا معنى لحرمه المال، و تقدير تصرف دون آخر ترجيح بلا مرجح، فتقدر جميع التصرفات و منها الفسخ و من حرمة يستكشف عدم تأثيره و فيه اولا ان الحرمة حيث استندت الى المال تكون ظاهرة في ارادة حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة به، و لا تشمل التصرف الاعتباري.

و ثانيا: ان حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما تقدم في اول الجزء الثالث من هذا الشرح.

الثاني: انه يدل على حرمة التصرفات في مال الغير بغير رضاه، و مقتضى اطلاقه حرمتها حتى بعد الفسخ، و لازم ذلك عدم تأثير الفسخ.

و فيه: انه حيث يحتمل تأثير الفسخ فيحتمل عدم كونه مال الغير بعد الفسخ، و معه لا مورد للتمسك باطلاق الحكم.

(١) هذا المضمون في كثير من الأخبار راجع الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلى - و المستدرک ج ٩ ص ٢١٢

و غيرهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١١

و منها قوله: الناس مسلطون على أموالهم، فإن مقتضى السلطنة التي امضاها الشارع: ان لا يجوز اخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه، (١) و لذا استدلت المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما اقرضه بأن فائدة الملك التسلط، و نحوه العلامة في بعض كتبه.

و الحاصل ان جواز العقد الراجع الى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره واخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم. و منها قوله صلى الله عليه و آله: المؤمنون عند شروطهم. (٢) و قد استدلت به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الاردبيلي قدس سره بناء على ان الشرط مطلق الالتزام و الالتزام لو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، فإن العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدي عنه

(١) و منها: قوله عليه السلام: الناس مسلطون على اموالهم «١».

هذه الرواية و ان كانت ضعيفة السند الا ان ضعفها مجبور بالعمل،

و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على ثبوت السلطنة التامة للمالكين على اموالهم،
و من مقتضيات السلطنة التامة رفع مزاحمة الاجانب و منهم المالك الاول، و لازمه عدم تأثير فسخه.
و بعبارة اخرى: خروج المال عن ملكه بغير رضاه مناف للسلطنة.
و اورد عليه بايرادات-: و قد ذكرناها مع اجوبتها في مبحث المعاطاة.
و الحق في الجواب عنه: انها تدل على ثبوت السلطنة ما دام كونه مالا له و لا تدل على تسلطه على ابقاء الموضوع و كون بقائه تحت
اختياره كى تكون ازالته منافية للسلطنة الثابتة له فتدبر- و تمام الكلام في ذلك المبحث كما ان التقريب الآخر لدلائلها على ذلك مع
جوابه المذكوران هناك فراجع.
(٢) و منها: قوله صلى الله عليه و آله المؤمنين عند شروطهم «٢».
و تقريب الاستدلال به: ان الشرط هو مطلق الالتزام، و الالتزام و لو ابتداء من غير ربط

(١) البحار ج ١- ص ١٥٤ الطبع القديم- و ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار و فيها المسلمون.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٢

فيدل على لزوم بالتقريب المتقدم في: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفا هو
الالتزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثله قوله عليه السلام في دعاء التوبة: و لك يا رب شرطي ان لا أعود
في مكروهك و عهدى ان اهجر جميع معاصيك، و

قوله عليه السلام في اول دعاء الندبة: بعد ان شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا

كما لا يخفى على من تأملها مع ان كلام بعض اهل اللغة يساعد على ما ادعيناه من الاختصاص. ففي القاموس:

الشرط الزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و منها الاخبار المستفيضة في أن

البيعين بالخيار ما لم يفترقا

، (١) و انه

إذا افترقا

وجب البيع

، و انه

لا خيار لهما بعد الرضا

. فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموما أو خصوصا.

بعقد آخر، و عليه فالعقد شرط يجب الوقوف عنده، و يحرم التعدي عنه، فيدل على لزوم بالتقريب المتقدم في (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

و لكن تامة الاستدلال به تتوقف على امرين: صدق الشرط على المعاملات كالببيع،

و دلالة على اللزوم.

اما الأول: فمضافا الى ما سيأتي في مبحث الشروط من عدم صدقه على الالتزامات المعاملية: انه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن
التزام، و هو لا يصدق على الالتزام الابتدائي. و بعبارة اخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، و لذا قال
في محكى القاموس: الشرط الزام الشيء أو التزامه في البيع و نحوه و أما الثانى: فالظاهر انه انشاء حكم تكليفي لا وضعي، إذ مضمونه

عدم انفكاك المؤمن عن شرطه، و هذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك ارشادا الى صحته أو لزومه، بل هو صفة في المؤمن فلا محالة يكون ظاهرا في كونه امرا بالوفاء بالشرط تكليفا، و عليه فيجرى فيه ما ذكرناه في (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

(١) و منها: الاخبار المستفيضة في ان

البيعين بالخيار «١» ما لم يفترقا

و انه إذا افترقا وجب البيع

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٣

و قد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب (١) ايضا، و ربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع، و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب (٢) المتقدم المقتضى للزوم. و رد بأنه ان اريد بقاء علاقة المالك أو علاقة يتفرع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك، و ان اريد بها سلطنة اعادة العين في ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك (٣) و انما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل، فإذا فقد الدليل فالاصل عدمها

و اورد على هذا الوجه:

بان هذه النصوص تدل على اللزوم الحيثي لا اللزوم من جميع الجهات، و لذا لا تنافي ثبوت خيار الحيوان و الشرط و نحوهما. و بانها في مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسك باطلاقها من هذه الجهة. و لكن يرد على الاول: انه خلاف اطلاق النصوص. و على الثاني: انها في مقام بيان الجواز قبل التفرق و اللزوم بعده، و لذا في بعض تلك النصوص قال عليه السلام بعد ذلك: فإذا افترقا فلا خيار لهما.

الاستدلال للزوم بالاستصحاب

(١) و ربما يستدل على اللزوم بالاستصحاب.

بتقريب: ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، و قد اشبعنا الكلام في هذا الاستصحاب و ما يمكن، ان يورد عليه في مبحث المعاطاة، و انما نذكر في المقام الاشكال الذي لم يذكره المصنف رحمه الله هناك و ذكره في المقام، و هو.

(٢) ان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علقه المالك الأول.

و استصحاب بقاء حق الفسخ الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس.

(٣) و اجاب المصنف رحمه الله عن الأول: بانه ان اريد بقاء علاقة المالك أو علاقة تتفرع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك، و ان اريد بها سلطنة اعادة العين في ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٤

و ان اريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع، فإنها تستصحب عند الشك،

فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال الاصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف، ففيه مع

عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس (١)

توضيح ما افاده:

انه ربما يتوهم ان الملكيه و ان كانت امرا اعتباريا الا انها ليست بسيطه، بل هي ذات مراتب، فإذا انتقلت العين عن الشخص بنحو ليس له ارجاعها الى ملكه الا بعقد جديد فقد انقطعت العلاقه بالمره، و إذا انتقلت بنحو له ارجاعها الى ملكه متى ما شاء فقد بقيت مرتبه منها.

فلو شك في الجواز و اللزوم يشك في ان علقه المالك الاول هل انقطعت بالمره ام بقيت مرتبه ضعيفه منها فيستصحب بقائها بعد كون قوة العلاقه و ضعفها من مراتب شيء واحد،

فإذا جرى هذا الاصل لا يبقى شك في بقاء الملك كى يستصحب، فان الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق و عدمه.

و ربما يتوهم ان للشخص سلطنه على ماله و سلطنه على تسليط الغير عليه حدوثا و بقاء و بالبيع زالت السلطنه عليه، و كذلك السلطنه على تسليط الغير حدوثا. اما السلطنه على تسليط الغير بقاء فهي مشكوكه الارتفاع فيستصحب بقائها، و نتيجة ذلك جواز رفع سلطنه الغير بالفسخ.

و كلاهما فاسدان:

اما الأول: فلأن الملكيه التي هي امر اعتباري و من سنخ الوجود بسيطه و ليست ذلت مراتب و هي قد زالت بالبيع و لم يبق منها شيء. مع انه لو سلم كونها ذات مراتب- حيث ان ما يبقى بعد العقد الجائر مابين مع الملكيه، و لذا ترى ان خيار المجلس بنظر العرف مغاير مع الملكيه- فلا يجرى الاستصحاب.

و أما الثاني: فلأن السلطنه على رد الملك سلطنه جديده ان ثبتت، فانها تثبت في ظرف عدم الملك فكيف تكون من آثار الملك و اجاب المصنف عن الاصل الثاني بوجوه.

(١) الاول ان الدليل اخص من المدعى لعدم جريانه في غير البيع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٥

بل مطلقا بناء على ان الواجب هنا الرجوع في زمان الشك الى عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) لا الاستصحاب انه لا يجدى بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، (٢) فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم، فتأمل.

(١) الثاني: ان الواجب هنا الرجوع في زمان الشك الى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١)

لا الاستصحاب.

و أورد عليه: بان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حيث لا عموم زمانى له فلا يكون هو المرجع في زمان الشك، بل المرجع استصحاب حكم الخاص على ما اسسه في الاصول.

و يمكن دفعه بان ذلك يتم في ما إذا كان خروج الفرد في الاثناء لا من الاول كما في المقام، و الا فالمرجع عموم العام و تمام الكلام في محله.

(٢) الثالث: انه لا يجدى بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق.

و اورد عليه: بان الكلام انما هو مع قطع النظر عن الادله الاجتهادية،

مع ان هذه الاخبار كما توجب عدم جريان هذا الاصل توجب عدم جريان الاصل المحكوم ايضا.

وفيه: ان ما يثبت بهذه النصوص هو زوال ذلك الحق الثابت في المجلس، و أما زوال الحق الآخر المشكوك الحدوث فهي لا تدل عليه،

و حيث انه يحتمل ذلك فان قلنا بان الخيار واحد و ان تعددت اسبابه يجرى استصحاب بقاء الخيار الشخصي الثابت سابقا، و ان قلنا بتعددته بتعدد اسبابه فيمكن اجراء استصحاب الكلى الجامع بينهما، فانه و ان كان من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى الا انه حيث يحتمل حدوث فرد آخر مقارنا لحدوث المتيقن يجرى استصحاب الكلى على مسلك المصنف رحمه الله. و لكن المختار عدم جريان الاستصحاب فيه حتى في هذا الفرض فلا يجرى الاصل المزبور في المقام. فتحصل: ان الاستصحاب ايضا من ادلة اللزوم.

(١) سورة المائدة آية ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٦

ثم أنه يظهر من المختلف في مسألة ان المسابقة لازمة أو جائزة، ان الأصل عدم اللزوم، (١) و لم يرد من تأخر عنه إلا- بعموم قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٢)

و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل، نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهه، مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا «تسليما (٣)» ليكون الاصل بقاء ذلك الاثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين، ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم انما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، و يجرى ايضا فيما إذا شك في عقد خارجي انه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، بناء على ان المرجع في الفرد المردد بين عنواني العام، و المخصص الى العموم. و أما بناء على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم الى الاصل، بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ احد المتعاقدين، الا ان يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز

(١) و قد افاد العلامة في مسألة المسابقة عند الشك في انها جائزة أو لازمة انها غير لازمة لأصالة عدم اللزوم،

(٢) و رده من تأخر عنه بعموم آية الوفاء بالعقد «١» و المصنف رحمه الله استحسّن الاصل المزبور في بعض الابواب قال.

(٣) نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا و اورد عليه المحقق الايرواني، مضافا الى ان غاية ما ذكره بطلان استصحاب بقاء الاثر بعد الفسخ الذي هو معنى اصالة اللزوم لا صحة اصالة الجواز.

بانه بناء على جريان الاستصحاب التعليقي يجرى الاستصحاب في المقام: فانه يجرى استصحاب بقاء استحقاق العوض لو سبق الثابت قبل الفسخ و يحكم بانه يستحق العوض لو سبق بعد الفسخ ثم ناقش قده فيه: بان المختار عدم جريان الاستصحاب التعليقي.

وفيه: ان هذا الاستصحاب يجرى و ان بنينا على عدم جريان الاستصحاب التعليقي من جهة ان الاستصحاب التعليقي المصطلح انما هو فيما لو تحقق احد جزئي موضوع الحكم كالعصير العنبي ثم حين ما تحقق الجزء الآخر شك في الحكم من جهة الشك في بقاء الجزء الاول لاحتمال التبدل، و في المقام ليس كذلك، بل المتيقن هو انشاء تمليك على تقدير سبق

(١) سورة المائدة آية ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٧

كما إذا شك في ان الواقع هبة أو صدقة. فإن الأصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة، (١) لكن الاستصحاب المذكور انما ينفع في اثبات صفة اللزوم.

و أما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا اريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا، بل يرجع في

اثر كل عقد الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض، حكم بالبراءة (٢) التي هي من آثار الهبة

و المشكوك فيه بقاء هذا الاثر و ارتفاعه عن موضوعه، فيجربى الاصل فيه، و نظير المقام ما لو شك في وجوب الحج على المستطيع. و بالجملة: ما نحن فيه من قبيل الشك في بقاء التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده فيجربى الاصل، و هذا غير الاستصحاب التعليق المصطلح الذي ليس الشك فيه في بقاء الجعل.

و لا يخفى ان ما ذكرناه من دلالة العمومات على اصالة اللزوم انما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم. و أما إذا كان الشك في عقد خارجي انه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز فلا مورد للتمسك بالعمومات فيتعين حينئذ الرجوع الى الاستصحاب، الا ان يكون هناك اصل حاكم ففي المتن.

(١) كما إذا شك في ان الواقع هبة أو صدقة فان الاصل حينئذ عدم قصد القرية فيحكم بالهبة الجائزة.

و لكن يتم ذلك بناء على كون الهبة و الصدقة حقيقة واحدة و الفرق بينهما انما هو من قبيل الفرق بين الماهية بشرط لا و الماهية بشرط شيء، فالتمليك المجاني المجرد عن قصد القرية هبة، و التمليك المجاني الذي قصد به القرية صدقة، إذ عليه تكون اصالة عدم قصد القرية نافية للزوم المترتب على الصدقة.

و أما بناء على ما مال إليه في الجواهر من كونهما حقيقتين متباينتين فلا اصل لهذا الاصل و تمام الكلام في محله.

(٢) قوله فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٨

و إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان، لعموم على اليد ان كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة، (١) و ان كان المستند دخوله في ضمان العين (٢) أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقا لها كان الاصل البراءة أيضا.

القول في اقسام الخيار

إشارة

و هي كثيرة الا ان اكثرها متفرقة و المجتمع منها في كل كتاب سبعة، (٣) و قد انهاها بعضهم الى ازيد من ذلك، حتى ان المذكور في اللمعة مجتمعا اربعة عشر، مع عدم ذكره لبعضها، و نحن نقتفى أثر المقتصر على السبعة كالمحقق و العلامة قدس سره، لأن ما عداها لا يستحق عنوانا مستقلا، إذ ليس له احكام مغاير لسائر انواع الخيار، فنقول و بالله التوفيق

الا ان يحصل العلم الاجمالي بالمخالفة القطعية من جريان اصالة اللزوم و اصالة البراءة معا كما لو شك في ان الواقع هبة أو بيع فان مقتضى اصالة اللزوم عدم رجوع العين الى مالكها الاول بعد الفسخ و مقتضى اصالة البراءة عدم استحقاقه العوض مع انه يعلم اجمالا اما باستحقاقه العوض أو رجوع ماله إليه بالفسخ فلا يجري شيء من الاصلين.

(١) قوله لعموم على اليد «١» ان كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة التمسك به في المقام مبني على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لانه قد خرج عنه ما إذا كانت اليد بعنوان تسليط المالك مجانا- و حيث ان المختار عدم جوازه فلا يجوز التمسك به في المقام اللهم الا ان يقال ان الخارج عن العموم ليس هو التسليط المجاني بهذا العنوان بل بعنوان اسقاط المالك احترام

ماله - و عليه - فاحترام المال معلوم و سقوطه مشكوك فيه و الاصل عدمه.

(٢) قوله و ان كان المستند دخوله في ضمان العين و قد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ان الاقدام على الضمان ليس دليلا مستقلا للضمان.

(٣) قوله و هي كثيرة الا- ان اكثرها متفرقة و المجتمع منها في كل كتاب سبعة و الحق في بيان الجامع لها ان الخيار تارة يكون بجعل الشارع ابتداء و مطلقا

(١) المستدرک- باب ١- من كتاب الوديعه، كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٩

الاول في خيار المجلس:

اشارة

فالمراد بالمجلس، مطلق مكان المتبايعين حين البيع، (١) و إنما عبر بفرده الغالب و إضافة الخيار إليه لاختصاصه به و ارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق،

كخيار المجلس و الحيوان، و اخرى: يكون بجعل من المتعاملين مثل شرط الخيار، و ثالثة: يكون وسطا بينهما بان يلتزم المتبايعان في ضمن العقد وجود شرط أو وصف،

أو عدمه، أو عمل خارجي و تبين خلافه، فانه يثبت لمن له الالتزام الخيار حينئذ، و الكلام يقع اولا فيما يكون بجعل شرعي ابتداء. خيار المجلس

(١) قال المصنف رحمه الله فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين.

و لكن: ليس في ادلة هذا الخيار لفظ المجلس و لا مكان المتبايعين،

بل في النصوص جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق، و يستظهر من ذلك اعتبار الاجتماع العرفي في جانب المغيا،

فلو لم يكن بينهما اجتماع حال البيع لم يكن هناك خيار،

كما لو أوقعا العقد بواسطة التلفون مع كون كل منهما في بلد غير بلد الآخر.

نعم حيث يكون المراد الاجتماع بالابدان فيكون المراد الاجتماع من حيث المكان،

و حيث ان الغالب من مكان الاجتماع كونه محلا للجلوس فلذا عبر بخيار المجلس،

و على هذا فكما لا يعتبر المجلس لا يعتبر مكان البيع، بل لو افترقا عن مكان البيع مع بقاء اجتماع المتبايعين و عدم تفرق احدهما عن صاحبه كان الخيار باقيا،

فهذا الخيار خيار الاجتماع في المجلس و اضافته الى الاجتماع اضافة المسبب الى سببه،

و يعبر عن سببه بمحل سببه من باب تنزيل المحل منزلة المحال.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٠

و لا خلاف بين الامامية في ثبوت هذا الخيار، (١) و النصوص به مستفيضة،

و الموثق الحاكي لقول على عليه السلام إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب مطروح أو مؤول و لا فرق بين اقسام البيع و انواع المبيع، نعم سيجيء استثناء بعض اشخاص المبيع كالمنعق على المشتري، و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل.

(١) و فى الجواهر: اجماعا منا بقسميه، و النصوص المستفيضة شاهدة به، لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن الامام الصادق عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا: الحديث «١» و نحوه صحيح زرارة عنه عليه السلام «٢». و صحيح الفضيل عنه عليه السلام- فى حديث- قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «٣». و نحوها غيرها. و أما موثق غياث عن جعفر عن ابيه عن الامام على عليهم السلام: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا «٤» فربما يحمل على التقيّة.

و اورد عليه: بان الخبر علوى، و موجب التقيّة حدث فى عصر الامامين الصادقين عليهما السلام و دفع بان الحاكي لهذه الرواية حيث انه الامام الصادق عليه السلام فيمكن التقيّة فى مقام الحكاية و الرواية عن الامير عليه السلام.

وفيه: ان التقيّة فى مقام الحكاية بمعنى نقل جملة عن شخص مع عدم صدورها منه و كونه كذبا غير معهود، و لعل احسن الوجوه ما افاده بعضهم من ان المراد من الصفق على المبيع هو الصفق بعنوان الالتزام بالمبيع لا الصفق المحقق للبيع، كيف و موضوعه المبيع، فيكون البيع محققا قبله.

انتهى

- (١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ١.
 (٢) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ٢.
 (٣) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ٣.
 (٤) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ٧.
 منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٢١

[مسائل فى خيار المجلس]

مسألة: لا اشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كانا اصليين،

إشارة

و لا- فى ثبوته للوكيلين فى الجملة. (١) و هل يثبت لهما مطلقا خلاف، قال فى التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما فى المجلس، و الا فبالوكيلين فلو مات الوكيل فى المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه، لأن ملكه اقوى من ملك الوارث. و للشافعية قولان:

احدهما: انه يتعلق بالموكل، و الآخر انه يتعلق بالوكيل، انتهى.

اقول: و الاولى ان يقال ان الوكيل ان كان وكيلا فى مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقا لجماعه، منهم المحقق و الشهيد الثانيان، لأن المتبادر من النص غيرهما و ان عممناه لبعض افراد الوكيل، و لم نقل بما قيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه

و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل.

ثبوت الخيار للوكيل

(١) الاولى: لا- خلاف و لا- إشكال في ثبوت هذا الخيار للمتبايعين إذا كانا اصييين و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة، الا ما عن المحقق الثاني في جامع المقاصد من انكار ثبوته للوكيل بقول مطلق.
و كيف كان: فيقع الكلام في مقامين:
الاول: في ثبوت الخيار للوكيل.
الثاني: في ثبوته للموكل.

اما المقام الاول فتوضيحه: ان الوكيل قد يكون وكيلا في اجراء الصيغة خاصة، و قد يكون وكيلا مستقلا في ايجاد المعاملة فقط، و قد يكون وكيلا- مستقلا في امر المعاملة ايجادا و فسخا- على كلام في معقوليته سيجيء- و قد يكون وكيلا- مفوضا إليه امر المعاملة وجودا و عدما ان شاء باع و ان شاء لم يبع.
اما القسم الاول: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له في قبال ما قيل من صدق البيع منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٢
بحكم الغلبة الى خصوص العاقد المالك، مضافا الى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه،

على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج، (١)
ألا- ترى انه لو شك المشتري في كون المبيع ممن يعتق عليه لقرابة أو يجب صرفه لنفقة أو اعتاقه لنذر، فلا- يمكن الحكم بعدم وجوبه، لأدلة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع و عدم وجوب عتقه

عليه فتشمله ادلة الخيار بوجوه.

(١) احدها: ما افاده المصنف رحمه الله و تفرد به و هو: ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج.
و فيه: ان الخيار اما ان يكون سلطنة على حل العقد، أو على تراد العوضين، و على التقديرين ليس هو سلطنة على خصوص الاسترداد بعد ثبوت السلطنة على الرد.

اما على الاول: فواضح،

و أما على الثاني: فالأنة لا موجب للالتزام بكونه سلطنة على الاسترداد خاصة سوى ان المالك و الوكيل المفوض، لهما السلطنة على الرد بالاقالة و نحوها، فلا معنى لجعل الخيار لهما الا السلطنة على الاسترداد.
و حيث انه لا يعقل السلطنة على الاسترداد دون الرد فلا محالة يكون الخيار مجعولا لمن له سلطنة على الرد،
و هو توهم فاسد:

لان الرد بما انه له مصاديق و ما يكون ثابتا للمالك بعضها، فجعل الخيار بمعنى السلطنة على الرد و الاسترداد بلا اعتبار رضا الآخر لا يلزم منه اللغو، و عليه فالخيار هو السلطنة على تراد العينين لا على جلب ما ذهب خاصة.
ثم ان المحقق النائيني رحمه الله وجه كلام المصنف رحمه الله بما سنذكره في الوجه السابع. فانتظر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٣

هذا مضافا الى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان (١) الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل فى اجراء الصيغ، فان المقام و ان لم يكن من تعارض المطلق و المقيد الا ان سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين مع ان ملاحظة حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور (٢) مضافا الى ادلة سائر الخيارات. (٣) فان القول بثبوتها لموقع الصيغ لا ينبغى من الفقيه.

و الظاهر عدم دخوله فى اطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة، فان الظاهر من قوله: اشترى الوكيل أو باع تصرف الوكيل بالبيع و الشراء لا مجرد ايقاع الصيغ.

و من جميع

(١) ثانيها: ما افاده المصنف رحمه الله تبعا لغيره، و هو: ان بعض «١» اخبار هذا الخيار قد قرن فيه بينه و بين خيار الحيوان الذى لا يلتزم الفقيه بثبوته للوكيل فى اجراء الصيغ،

و ظاهر ذلك من جهة وحدة السياق كون موضوع الخيارين واحدا.

وفيه: ان الموجب لاختصاص خيار الحيوان بغير الوكيل ما فى بعض «٢» رواياته من جعل الخيار لخصوص صاحب الحيوان لا اختصاص الموضوع به.

(٢) ثالثها: ما فى المكاسب ايضا، و هو: ان ملاحظة حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور.

وفيه: ان الحكمه غير معلومه، مع ان الحكم لا يدور مدارها.

(٣) رابعها: ما فى المتن ايضا، قال: مضافا الى ادلة سائر الخيارات، فان القول بثبوتها لموقع الصيغ لا ينبغى من الفقيه.

وفيه: ان بعض تلك الخيارات مختص بالمالك لاختصاص دليله به كخيار الغبن لو قلنا ان مدركه حديث لا ضرر، و بعضها تابع لجعل المتبايعين و لو كان هو الاجنبى كشرط الخيار، و بعضها كخيار العيب يجرى فيه ما هو الجارى فى المقام.

خامسها: ما فى المكاسب فى اواخر المبحث، و هو: ان ثبوت الخيار للوكيل يضاد مع سلطنة الموكل على ماله، لان بالفسخ يخرج المال عن ملكه قهرا عليه، فادله الخيار على فرض شمولها له تعارض دليل سلطنة المالك، و يقدم دليل السلطنة، و ان كانت النسبة

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٤

...

عموما من وجه لحكم العقل و بناء العقلاء، و لا أقل من التساقت فيرجع الى استصحاب بقاء الملك بعد فسخه.

وفيه: ان النسبة بين دليل الخيار و دليل السلطنة عموم مطلق، لان خيار كل من المتعاملين ينافى سلطنة الآخر على ما انتقل إليه.

سادسها: ما افاده بعض المحققين رحمه الله، و هو: ان بعض، «١» نصوص الباب تضمن ثبوت هذا الخيار للتاجر، و عدم شموله لمجرى الصيغ واضح،

و به يقيد اطلاق سائر النصوص.

وفيه: انه بما انهما مثبتان لا وجه للحمل.

سابعها: ان دليل الخيار مخصص لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «٢» فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار في الفسخ بدليل الخيار، و الذي من شأنه الوفاء هو المتصرف في المال.

و الوكيل في اجراء الصيغة، حيث انه لا- يملك التصرف في المال المنتقل إليه لا- وفاء له، فلا- يكون ذلك واجبا عليه، و لا معنى لاستثنائه عن هذا الحكم في موارد خاصة. و بهذا وجه المحقق النائيني رحمه الله كلام المصنف رحمه الله الذي هو الوجه الاول الذي ذكرناه.

و فيه: ان الوفاء بمعنى التمام، فالمأمور به في الآية الشريفة- كما تقدم في اول هذا الجزء و في مبحث المعاطاة- هو الاتمام و الانتهاء، و انتهاء العقد و اتمامه انما هو بعدم نقضه و حله،

و ليس المأمور به ترتيب الآثار عملا كى يقال انها لا تشمل الوكيل المذكور، و عليه فهي شاملة له ايضا، و بدليل الخيار يخصص بالنسبة إليه.

فالحق في وجه عدم ثبوت الخيار له ان يقال: ان دليل الخيار منصرف عنه.

توضيحه: ان البائع- و كذا البيع- له اطلاقان: احدهما: هو المنشئ و الموجد للبيع

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ٦.

(٢) سورة المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٥

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوتة للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق، و اضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ (١) بزعم ان الخيار حق ثبت للعاقده بمجرد اجرائه للعقد، فلا- يبطل بمنع الموكل، و على المختار فهل يثبت للموكلين، فيه اشكال من ان الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين (٢) و ذكروا انه لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع و كيله، و من ان الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين، و نسبة الفعل اليهما شائعة. و لذا لا يتبادر من قوله: باع فلان ملكه الكذائي كونه مباشرا للصيغة و عدم الحث بمجرد التوكيل في اجراء الصيغة

الثاني: من كان حصول البيع باختياره و استقلاله و سلطانه، و لو كان غير مباشر له،

فيقال: فلان باع داره و عقاره، و ان كان البيع صادرا عن وكيله و المنصرف إليه، لفظ البائع عند الاطلاق هو الثاني، و عليه فهو لا يشمل الوكيل الموقع للصيغة.

و يؤيد ذلك، بل يدل عليه ما في بعض نصوص الباب من تعليل اللزوم بالافتراق بكون ذلك رضا منه، «١» فانه يستكشف من ذلك ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون رضاه معتبرا في المعاملة، و الوكيل المجرى للصيغة لا- يكون رضاه معتبرا فيها و لا- ربط له بالمعاملة كى يكون تصرفه دالا على رضاه، و لعله الى هذا نظر المصنف رحمه الله في ما ذكره من الوجه الذي ذكرناه اولاً. فراجع و تدبر.

(١) قوله و اضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ.

لم يظهر لى و لا لغيرى وجه الاضعفية إذ على فرض القول بشمول دليل الخيار للوكيل، لا فرق فيه بين منع الموكل و عدمه.

ثبوت الخيار للموكل

و أما المقام الثاني: و هو ثبوت الخيار للموكل، فالكلام فيه يقع في موردين:

الاول: في اصل ثبوت الخيار للموكل.

الثاني: في الامور المتفرعة على ثبوته له.

اما الاول: فقد استدلل لعدم ثبوت الخيار له بوجوه:

(٢) منها: ان الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين، و ذكروا انه

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٦

...

لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع وكيه.

وفيه: ما تقدم من ان البيع بالاطلاق الثاني من الاطلاقين المتقدمين الذي هو المنصرف إليه عند اطلاقه - و هو من كان حصول البيع باختياره و استقلاله - يشمل الموكل دون الوكيل الا في مورد واحد.

مع انه لو سلم ان المراد به العاقد بما ان العقد كما ينسب الى الوكيل بالمباشرة ينسب الى الموكل بالتسبب، لا سيما إذا كان الوكيل وكيلا في اجراء الصيغة خاصة، يعم بيع الموكل ايضا.

و أما مسألة النذر فان نذر ان لا يباشر البيع لم يحث بيع وكيه و ان نذر ان لا ينقل ماله حث.

و ان نذر ان لا يبيع بما له من المفهوم، فان باع وكيه المفوض الذي تكون و كالتة قبل النذر لم يحث من جهة انه لم يصدر البيع عن اختياره و لم ينذر ان يعزل وكيه، و ان وكل غيره بعد النذر حث سيما إذا كان ملتفتا إليه حين البيع. و تمام الكلام في محله.

و منها: انه لو سلم صحة انتساب البيع الى المباشر و السبب الا انه في الاستعمال الواحد لا بد ان يراد احدهما، فقوله عليه السلام البيعان لا بد ان يراد به الوكيلان أو الموكلان،

و حيث إن المفروض ثبوته للوكيل المفوض فلا يشمل الموكل.

وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم شموله للوكيل الا إذا كان وكيلا في البيع و عدمه.

و ثانياً: ان المستعمل فيه على فرض الشمول لهما ليس هما معا بما معنيان، بل المستعمل فيه هو الجامع بينهما، و عليه فلا محذور من ارادتهما معا منه.

و منها: انه مع فرض تأثير فسخ الوكيل كيف يمكن الالتزام بتأثير فسخ الموكل، مع ان الحق الواحد لا يعقل قيامه باكثر من واحد.

وفيه: انه على فرض شمول النص لهما لا يكون الثابت لهما خيارا واحدا بل خيارين،

فانه كسائر القضايا الحقيقية ينحل الى احكام عديدة بحسب ما لموضوعه من الافراد،

فالظاهر ثبوت الخيار للموكل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٧

ممنوع، فالاقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد (١) و المراد به مجلسهما المضاف عرفا الى العقد، فلو جلس هذا

في مكان و ذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، الا إذا صدق كون مكانيهما مجلسا

لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان كلساني الموكلين و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين.

توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد

(١) ثم ان ثبوت الخيار للموكل هل يتوقف على حضوره مجلس العقد كما بنى عليه المصنف رحمه الله، أو لا يتوقف عليه،

ام يفصل بين الوكيل في اجراء الصيغة فقط أو في خصوص معاملته خاصة بحيث تنتهي وكالته بالعقد فلا يكفي اجتماع الوكيلين بل يعتبر حضور الموكلين مجلس العقد والـ فلا- خيار لهما، و بين الوكيل المفوض المستقل فيكفي اجتماع الوكيلين ولا يعتبر حضور الموكلين كما ذهب إليه المحقق النائيني رحمه الله وجوه:

و الحق في المقام ان يقال: ان موضوع هذا الخيار قوامه بامرین:

احدهما: صدق البيع ثانيهما: كون البائع والمشتري مجتمعين لما عرفت من ان هذا الخيار حيث يكون مغيا بالافتراق فيعلم انه خيار الاجتماع، و حيث ان الافتراق المجعول غاية يراد به الافتراق بدنا،

يكون المراد به الاجتماع بدنا و في المكان، و يعتبر فيه كون الاجتماع للبيع، فلو اجتمعا في مكان لا للبيع بل لغرض آخر و كانا غافلين عنه غير ملتفتين إليه لا يثبت لهما الخيار.

و عليه فإذا حضر الموكلان مجلس العقد متوجهين إليه أو اجتمعا في مجلس للبيع و وكلا شخصين آخرين اجتمعا في محل آخر للبيع أو لم يجتمعا و اوقعا العقد غير مجتمعين كما إذا كانا في محلين متباعدين و اوقعا العقد بواسطة التلفون- ثبت لهما الخيار.

و استدلل للثاني بوجهين:

الاول: ما في محكي الجواهر احتماله، و هو: ان نصوص الباب مختصة بالوكيل

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٨

...

و لا- تشمل الموكل لتبادر العاقد من البيع، و انما نلتزم بثبوت الموكل من جهة ان هذا الحق الثابت متعلق بالمال فيتبعه في النقل و الانتقال، و ما تضمنه النصوص يكون مغيا بالافتراق، و أما ما ثبت من الخارج فلا- وجه لتقييده به، بل حيث ان الحق الثابت بعقد الوكيل يكون مغيا به فيدور بقاء حق الوكيلين و ثبوت حق الموكل و بقاءه مدار عدم تفرق الوكيلين فقط.

و فيه: ما تقدم من ان ثبوت الحق للموكل ليس الا من جهة صدق البيع عليه، و عليه فيعتبر فيه ايضا الاجتماع، و الا فلا وجه لثبوت له لان الخيار متعلق بالعقد لا بالمال، مع انه لو كان متعلقا به لما كان وجه لثبوته للوكيل بعد فرض كون ثبوت له من جهة صدق البيع عليه.

و دعوى ان الموكل كما انه بعقده يستفيد بازاء ماله ملكا و حقا فكذا بتوكيله يستفيد ما كان له مباشرة،

مندفعة بان الموكل انما يستفيد بازاء ماله ملكا من جهة كون المال له و البيع له، و هذا موجود في بيع و كيله، و أما استفادته الحق فانما تكون لاجل بائعيته و عاقديته، و هذا العنوان مفقود في فرض التوكيل على الفرض، فلا وجه لثبوت له.

الثاني: ما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، و هو: ان المجلس لا عنوان له في الخيار، و لا أنيط به الخيار، و انما العبرة و مدار الخيار على هيئة المتبايعين من النسبة و البعد حينما صارا متبايعين، فيحدث الخيار قائما بهذه الهيئة و يستمر ما استمرت الهيئة و يزول بزوال الهيئة بالافتراق، فإذا تعاقد الوكيلان و كان الموكلان حينئذ على نسبة خاصة من البعد يثبت لهما الخيار متقوما بهذه الهيئة، دائما بدوامها و منقطعا بانقطاعها.

و فيه: ما تقدم من انه من جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق يعلم اعتبار الاجتماع في ثبوت و انه لا خيار مع عدم الاجتماع، إذ لا تفرق الا

بعد الاجتماع. فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٩

هذا كله ان كان وكيلاً في مجرد ايقاع العقد. وان كان وكيلاً في التصرف المالي كأكثر الوكلاء فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل في القراض و اولياء القاصرين. (١)
فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، (٢) و دعوى تبادر المالكين ممنوعه خصوصاً إذا استندت الى الغلبه، فإن معاملة الوكلاء و الاولياء لا تحصى،

ثبوت الخيار للوكيل المستقل

و أما القسم الثاني: و هو الوكيل في ايجاد المعاملة مستقلاً فقط، فعمده الوجوه التي ذكرناها لعدم ثبوت الخيار للوكيل في القسم الاول جارية في هذا القسم كما هو واضح،
فالظاهر عدم ثبوت الخيار له.

(١) و أما القسم الثالث: فقد اختار المصنف رحمه الله ثبوته له.

و الكلام فيه في مواضع:

الاول: في ان عموم الوكالة لما يشمل فسخ المعاوضة صحيح ام لا؟

و الحق عدم صحته، فانه ان اريد به الفسخ من قبل الموكل اعمالاً لحقه، فهذا لا ربط له بثبوت الخيار للوكيل، و ان اريد به الفسخ بخيار نفسه فهو باطل، إذ لا معنى للوكالة فيما هو وظيفته و مستقل فيه، مع ان ثبوت الخيار متوقف على الوكالة فيه المتوقفة على ثبوت الخيار،

و هذا دور واضح، و على هذا فلا فرق بين هذا القسم و سابقه.

الثاني: انه على فرض صحة ذلك، و الفرق بينه و بين سابقه ما ذكره رحمه الله في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل من منافاته لدليل (الناس مسلطون على اموالهم) يجرى في هذا القسم،
و عليه فقوله:

(٢) فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، لا وجه له.

الثالث: ان ما اخترناه في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل في القسمين الاولين يجرى في هذا القسم، فان البائع بالاطلاق الثاني الذي هو المنصرف إليه من لفظه عند الاطلاق،

و هو من كان حصول البيع باختياره و سلطانه و استقلاله لا يشمل هذا الوكيل ايضاً.

و أما القسم الرابع: و هو الوكيل المفوض إليه امر المعاملة ان شاء او جدها و ان شاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٠

و هل يثبت للموكلين ايضاً مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال، (١)

من تبادر المتعاقدين من النص. و قد تقدم عدم حث الحالف على ترك البيع و كيله و من ان الاستفادة من ادلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص كون الخيار حقاً لصاحب المال شرعاً ارفاقاً له (٢) و ان ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه (٣) الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.

و لكن الوجه الاخير لا يخلو عن قوة

لم يوجد لها، فالظاهر ثبوت الخيار له لصدق البائع ولو بالاطلاق الثاني عليه كما هو واضح.

(١) قوله و هل يثبت للموكلين ايضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال و المصنف رحمه الله استدلل لثبوت الخيار للموكل فيما إذا صدر البيع من الوكيل المطلق في قبال دعوى عدم شمول البيع للموكل بوجهين آخرين:

(٢) احدهما: ان المستفاد من الادلة كون الخيار حقا لصاحب المال ارفاقا.

(٣) ثانيهما: ان ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه.

وفيها نظر:

اما الاول: فلأنه لو سلم كون حكمة جعل الخيار الارفاق بالمالك، ان مفاد الادلة حينئذ ان الخيار مهما ثبت يكون للارفاق لا ان كل من يناسبه الارفاق يكون الخيار ثابتا له.

و أما الثاني: فلأن ثبوت الخيار للوكيل ليس بعنوان كونه وكيلا و نائبا كى يقال انه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، بل بعنوان كونه بيعا غير الصادق هذا العنوان على الفرض على الموكل، فالصحيح في وجه ثبوت الخيار للموكل صدق عنوان البيع عليه و هل يعتبر حضور الموكل مجلس العقد في ثبوت الخيار لو كان الوكيل وكيلا مفوضا كما هو صريح المتن ام لا يعتبر ذلك كما افاده المحقق النائيني و جهان،

قد استدلل المحقق النائيني لما اختاره بانه إذا كانت الوكالة منتهية ببيع الوكيل كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣١

و حينئذ فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقيين (١) بلزوم العقد أو بانفساخه، و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز، فان تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد،

اجتماع الوكيلين كاجتماع الاجنبيين، و المفروض عدم اجتماع الموكلين، و حيث انه يعتبر في ثبوت هذا الخيار الاجتماع فلا يكون ثابتا لهما.

و أما إذا كانت الوكالة باقية بعد البيع و كان الوكيل وكيلا مفوضا مستقلا، كان اجتماع الوكيلين اجتماعا للموكلين، لانهما بدنان تنزليان للموكلين فيثبت لهما الخيار و ان لم يكونا ببدنهما الحقيقيين مجتمعين.

و فيه: ان الاجتماع كسائر الافعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو الحلول كالفرح و السواد و نحوهما لا يستند الى شخصين طولاً،

احدهما: المباشر، و الآخر السبب، فكما لا يقال لسبب وجود الفرح في زيد انه فرح، و لا لسبب وجود السواد في جسم انه اسود،

بخلاف الافعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو اليجاد و الاصدار كالتكلم و التوفى و البيع و نحوها، فانها تستند الى المباشر و

السبب، و لذا ورد تارة (الله يتوفى الانفس حين موتها) «١» و اخرى (قل يتوفاكم ملك الموت) «٢»

فكذلك لا يقال للموكل السبب لاجتماع الوكيلين انه مجتمع مع غيره، بل هو مجمع لاحدهما مع الآخر.

و بالجملة: الاجتماع من الافعال التي لا تنسب الى غير المباشر، فالصحيح ما ذكرناه.

و أما المورد الثاني فالكلام فيه في فروع

تقدم الفسخ على الاجازة

(١) الاول انه لو ثبت الخيار للموكل و الوكيل ففسخ احدهما و اجاز الآخر هل

(١) سورة الزمر: ٤٢.

(٢) سورة السجدة: ١١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٢

...

يقدم الفاسخ على المجيز- كما في مورد ثبوت الخيار للبائع و المشتري- ام يكون اعمال السابق خياره نافذا و يسقط الخيار عن الباقي كما اختاره المصنف رحمه الله؟ وجهان.

و غاية ما يمكن ان يقال في وجه ما ذهب إليه المصنف رحمه الله امران.

احدهما: ان تقدم الفاسخ على المجيز انما هو في فرض ثبوت الخيار لكل من الشخصين اللذين لهما الخيار كما في مورد الخيار من الجانبين.

وفيما نحن فيه يكون الثابت خيارا واحدا قائما بطبيعة البائع و طبيعة المشتري المنطبقة في كل جانب على المتعدد، فإذا سبق واحد من افراد الطبيعة الى الاعمال فسحا أو امضاء سقط خيار البقية لانه يصدق ان الطبيعة فسخت أو ابرمت لفسخ واحد منهما أو اجازته. ثانيهما: انه و ان كان الثابت للموكل و الوكيل خيارين الا ان الموكل إذا عمل خياره باجازه أو فسخ يكون ذلك فسحا عمليا للوكالة. و معه لا- مورد لاعمال الوكيل خياره لانه سقط بالعزل، و إذا عمل الوكيل خياره كان ذلك امعالا للموكل خياره، لان فعل الوكيل فعل للموكل و ان لم يقصد الوكالة و النيابة بل و ان قصد عدمها، كما لو باع الوكيل دار موكله بعنوان الفضولية، و عليه فلا يبقى مورد لاعمال الموكل خياره.

و في كلا الوجهين نظر:

اما الاول: فلأن قوله عليه السلام «١» البيعان بالخيار كسائر القضايا الشرعية يكون من قبيل القضية الحقيقية المنحلة الى قضايا عديدة حسب ما للموضوع من الافراد الخارجية،

يثبت به لكل فرد من افراد الموضوع حكم واحد غير ما هو الثابت لغيره من الافراد،

و عليه فكل من الموكل و الوكيل له خيار غير ما يكون للآخر.

و أما الثاني: فلأن الخيار الثابت للوكيل ليس ثابتا له بعنوان الوكالة بل بعنوان انه باع، فاعماله خياره ليس امعالا للموكل، مع ان فعل الموكل يكون عزلا للوكيل إذا كان

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٣

ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل، فيكفي بقاء اصيل مع و كيل آخر في مجلس العقد وجوه أقواها الاخير، (١)

و ان لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده، بل كان و كيلا في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له اشتر لي عبدا.

و الظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الاطلاق الى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الاول من ان اطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه فلا تنهض لاثبات هذا التمكن عند الشك

فيه، و لا لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده الى مالكة الاصلى. و فى ثبوته للموكلين ما تقدم

منافيا مع بقاء الوكالة، و أما فى مثل المقام فلا.
فالاظهر ان المقام من موارد تقديم الفاسخ على المجيز.

بيان حقيقة تفرق الموكلين

(١) الثانى: هل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الجميع وجوه، قوى المصنف رحمه الله الاخير.

و اورد عليه السيد فى الحاشية: بان الظاهر ان الحكم معلق على صدق التفرق لا على صدق عدم التفرق، و المفروض صدقه، و ان كان يصدق عدم التفرق ايضا مع بقاء اصيل أو وكيل، فيكفى فى سقوط الخيار تفرق احد الشخصين الوكيل أو الموكل.

تحقيق القول فى المقام: ان المستفاد من النصوص «١» كون شرط الخيار عدم التفرق،

و غاية ثبوته التفرق- و هما نقيضان لا يرتفعان و لا يجتمعان- و عليه فان كان الخيار ثابتا لجنس البائع و المشتري بلا نظر الى الافراد كان الخيار ثابتا ما لم يفترق الجميع عن الجميع و ان تفرق البعض عن البعض، لانه لا يصدق افتراق الجنس و ان صدق افتراق

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٣٤

و الاقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه، ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الأمر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى الاقوى العدم، (١) لأن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقده فى صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده، نعم يمكن توكيله فى الفسخ أو فى مطلق التصرف فسخا أو التزاما،

بعض المصاديق فما افاده المصنف رحمه الله متين.

الا- انه يرد عليه- مضافا الى ما تقدم من منافاة المبنى لظاهر القضية:- ان لازم ذلك الالتزام بثبوت الخيار للموكلين و ان لم يجتمعا لصدق اجتماع الجنسين مع اجتماع الوكيلين.

و ان قلنا بان الخيار ثابت للافراد لا- للجنس كما هو الحق، فاما ان يكون مجلس الموكلين غير مجلس الوكيلين، أو يكون مجلس الجميع واحدا.

فان كان المجلس متعددا يكون سقوط خيار كل من الصنفين تابعا لتفرقه، فلو تفرق الوكيلان سقط خيارهما دون خيار الموكلين، و لو انعكس الامر انعكس.

و ان كان مجلس الجميع واحدا، و كان اجتماعهم للمعاملة اجتماعا واحدا، لا محالة يكون لكل بائع مشتريان، و لكل مشتري بائعان، إذ مجموع الموكل و الوكيل بائع، كما ان مجموع الوكيل و الموكل مشتري، و حينئذ لو تفرق الموكل و الوكيل سقط الخيار، و ان تفرق الموكل من طرف أو هو مع الوكيل من الطرف الآخر سقط خيار المتفرق و بقى خيار من لم يتفرق، لانه يصدق عدم تفرق البائع عن المشتري، و بهذا يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام.

و ان هذا وجه رابع لم يذكره المصنف رحمه الله.

تفويض الامر الى الوكيل

(١) الثالث: بناء على ثبوت الخيار للموكل هل له تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى؟ قوى المصنف رحمه الله العدم، لان المتيقن من الدليل ثبوته للعاقده عند العقد لا لحوقه له بعده. وقد اورد عليه جل المحشين: بان ما ذكره المصنف رحمه الله علة للعدم غير مرتبط بدعواه منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٥

...

إذ لا يراد اثبات الخيار للوكيل بادلته كى يقال ان متيقن الادلة ثبوت الخيار فيما ثبت من حال العقد، و انما يراد اثبات الخيار له بنقل من الموكل، و خيار الموكل، ثابت من حين العقد. و تحقيق الكلام يستدعى البحث فى مقامين. الاول: فى صحة نقل الخيار الى الوكيل و عدمها. الثانى: فى بيان مراد المصنف رحمه الله.

اما المقام الاول: فالظاهر صحة النقل، لا بمعنى التوكيل فى الفسخ و الامضاء، فان ذلك مما لا كلام فى صحته، و لا بمعنى جعل حقه الثابت له شرعا لغيره ابتداء، إذ هذا مما لا كلام فى عدم صحته، إذ ليس امر الجعل بيده. بل بمعنى نقل حقه إليه بناقل، لانه بعد القطع بانه قابل للاسقاط كما يأتى تفصيله. مقتضى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» جواز نقله و نفوذ العقد الواقع عليه. و قد استدلل المحقق الاصفهاني رحمه الله لعدم جواز نقله: بان حق خيار المجلس حيث انه مغيا بالافتراق فثبوته مع عدم لحاظ الغاية مناف لفرض كونه مغيا، و ثبوته الى افتراق المنقول إليه عن طرفه بلا وجه، لان افتراق المنقول إليه ليس مقابلا للاجتماع على المعاملة المستفاد من الغاية، و ثبوته للمنقول إليه الى حصول الافتراق من الناقل خلاف ظاهر النص، لان ظاهره استمرار الخيار الى افتراق ذى الحق عن طرفه، و الناقل ليس له حق حتى يمتد الخيار الى زمان افتراقه. و فيه: انا نختار الشق الاخير، و ما ذكره يردده: ان الافتراق قيد للموضوع، و هو مركب من امرين: كونه بيعا، و مجتمعا مع طرفه، و المنقول انما هو الحكم الثابت لهذا الموضوع بلا تصرف فيه، فما دام بقاء هذا الموضوع يكون الخيار المنقول ثابتا للمنقول إليه

(١) سورة المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٦

و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا الاجازة كاشفة (١)

لا لعدم صدق المتبايعين، لأن البيع النقل و لا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بان البيع النقل العرفى و هو موجود هنا. نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك شرعا بالبيع و هذا المعنى منتف فى الفضولى قبل الاجازة، و يندفع ايضا بأن مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض، مع ان هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار

فإذا ارتفع الموضوع بارتفاع احد جزئيه سقط الخيار عن المنقول إليه.

و أما المقام الثانى: فالظاهر ان مراد المصنف رحمه الله ليس نقل الخيار الى الوكيل،

ولا- يكون هذا مورد كلامه، بل محل كلامه اثبات خيار آخر للوكيل غير خيار الموكل فيما إذا فوض الموكل امر المال إليه بعد العقد.

توضيح ذلك: انه ذكر المصنف رحمه الله سابقا: انه يعتبر في ثبوت الخيار امران: الاول:

صدق البيع، الثانى: تسلطه على ما انتقل إليه، و فى هذه المسألة فرض المصنف ما لو كان وكيلا تنتهى وكالته بالعقد فلا خيار له فى نفسه،

و انما الكلام فى انه إذا فوض الموكل امر المال بعد البيع إليه قبل التفرق، هل يثبت له الخيار نظرا الى تحقق كلا القيدين، ام لا؟

وقد اختار عدمه من جهة ان ظاهر الادلة أو متيقنها ثبوت الخيار من حين العقد،

و هذا الوكيل حين العقد لم يكن مسلطا على ما انتقل إليه، فلم يكن الخيار ثابتا له، فبعد ما صار مسلطا عليه لا يثبت له الخيار.

و على هذا فما افاده متين و لا يرد عليه ايراد المحشين.

و الشاهد على ان مراده ذلك- مضافا الى ظهور كلامه فيه- ان مسألة نقل الخيار بحث عام غير مربوط بالوكالة و الوكيل و الاجنبى فيه سواء، و لا وجه لجعله فى ذيل هذه المسألة.

ثبوت الخيار للفضولى

(١) المسألة الثانية: إذا كان العاقدان فضولين فهل يثبت الخيار لهما أو للمالكين؟

و حق القول فى المسألة بالبحث فى مقامين:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٣٧

فالوجه فى عدم ثبوته للفضولين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين، (١) نعم فى ثبوته للمالكين بعد الاجازة مع حضورهما فى مجلس العقد وجه، و اعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه (٢) خصوصا على القول بان الاجازة عقد مستأنف، على ما تقدم توضيحه فى مسألة عقد الفضولى و يكفى حينئذ الانشاء اصالة من احدهما، و الاجازة من الآخر إذا جمعهما مجلس عرفا،

الاول: فى ثبوت الخيار للفضولين و عدمه.

الثانى: فى ثبوته للمالكين مع الاجازة.

اما الاول: فتقريب ثبوته- بعد صدق البيع على الفضولى-: ان الخيار ملك حل العقد لا ملك استرجاع العين، و موضوعه العقد الاعم من المؤثر الفعلى و الاقتضائى- كما يشهد لكلا الامرين ثبوت الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض- و على ذلك فمقتضى اطلاق الادلة ثبوت الخيار لهما.

(١) و استدلل المصنف رحمه الله عليه لعدم ثبوته: بفحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين.

وفيه: ان بعض ما ذكره وجهها لعدم ثبوته لهما، و هو ان المتبادر من النص غيره لا- يجرى فى المقام على اعترافه بصدق المتبايعين عليهما، و بعضه كعدم تسلط العاقد على ما انتقل إليه بعينه يجرى فيه، فلا وجه لدعوى الاولوية، و لكن حيث عرفت ان الوجه فى عدم ثبوت الخيار للوكيل عدم صدق البيع عليه، فعلى فرض تسليم صدقه على الفضولى يتعين البناء على ثبوت الخيار له.

و أما المقام الثانى: فالأقوال فيه اربعة:

(٢) احدهما: ما مال الهى المصنف رحمه الله، و هو ثبوت الخيار للمالكين مع حضور مجلس العقد، أو مجلس الاجازة على القول بالنقل.

ثانيها: ما اختاره المحقق الاصفهاني، و هو عدم ثبوت الخيار لهما مطلقا.

ثالثها: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، و هو الثبوت لو اجازا في مجلس العقد، و عدم الثبوت لو اجازا في مجلس آخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٨

...

رابعها: الثبوت مع حضور مجلس العقد، أو مجلس الاجازة مطلقا، اي حتى على القول بالكشف.

و استدل لعدم الثبوت مطلقا: بان موضوع الخيار هو البيع، و هو لا يصدق الا على من صدر عنه البيع - اما بالمباشرة أو بالتسيب - و مجرد الاجازة لا يصحح الانتساب المذكور،

و ليست الاجازة محققة للقيام باحد الوجهين و ان صار البيع بيعه بالاجازة، الا انه ليس بائعه، و لا يقال انه باعه.

و فيه: انه ان قلنا بان حقيقة الانشاء هي اليجاد تم ما افاده، و أما بناء على ما اخترناه و ذكرناه في اوائل الجزء الثالث من هذا الشرح - من ان الانشاء عبارة عن ابراز امر نفساني من اعتبار و نحوه - فلا يتم، إذ المجيز حينما يجيز تعتبر ملكية طرفه لما له في مقابل ملكية ماله له، و يبرز ذلك بالاجازة، فهو حين الاجازة يصير بائعا حقيقة.

و استدل المحقق النائيني رحمه الله لما ذهب إليه من عدم الثبوت إذا لم يحضرا مجلس العقد:

بانه يحتمل دخل خصوصية الاجتماع حال العقد، و لا دافع لهذا الاحتمال، و اطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة.

و فيه: ان البيعان بالخيار يثبت الخيار لكل من صدق عليه البيع و كان مجتمعا حين صدق هذا العنوان عليه مع طرفه، و احتمال دخل الخصوصية المشار إليها يدفع بالاطلاق،

و دعوى عدم كونه بصدد البيان من هذه الجهة كما ترى.

فالحق ثبوت الخيار لهما في صورة الاجتماع مع المجيز الآخر، اما في مجلس العقد أو مجلس آخر حين الاجازة،

و ما ذكره المصنف رحمه الله من الاختصاص بالقول بالنقل لا وجه له، فانه لا فرق بين القولين سوى حصول الملكية من حين العقد على القول بالكشف و هذا غير دخيل في الخيار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٩

نعم يحتمل في اصل المسألة ان يكون الاجازة من المجيز التزاما بالعقد، (١) فلا خيار بعدها خصوصا إذا كانت بلفظ التزمت، فتأمل.

و لا فرق في الفضولين بين الغاصب و غيره، فلو تباع غاصبان، ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة، (٢) بخلاف ما لو رد الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

مسألة: لو كان العاقد واحدا

لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة (٣) على وجه يثبت له الخيار مع التعدد، بان كان وليا أو وكلا مستقلا في التصرف. فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الميسى و الصيمرى و غيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين، لأنه بائع و مشتر، فله ما لكل. منهما

و لذا يثبت الخيار في بيع الصرف و السلم مع عدم حصول الملك قبل القبض فالظاهر هو القول الرابع.

(١) قوله نعم يحتمل في اصل المسألة ان يكون الاجازة من المجيز التزاما بالعقد لكنه احتمال ضعيف فان الاجازة و ان كانت بلفظ

التزمت تكون التزاما بالمعاملة- و هذه بخلاف اجازة من له الخيار فانها التزام باللزوم بمعنى انها اما تكون ابراما للعقد أو اسقاطا لحقه الخيارى- و لعله- الى هذا اشار بالامر بالتأمل.

(٢) قوله فلو تباع غاصبان ثم تفسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة ملخص القول فى المقام انه على القول بثبوت الخيار للفضولين كما تقدم لا سيما فى الفضولى المستولى على العين- ينحل العقد بذلك و يسقط عن قابلية لحوق الاجازة- و على القول بعدم الثبوت لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة.

إذا كان العاقد واحدا

(٣) المسألة الثالثة: لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة، فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق و المصنف و الشهيدين و المحقق الثانى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٠

كسائر احكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين، و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العوانين لشخص واحد، مندفع باستقرار سائر احكام المتبايعين، و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب خلافا للمحكى فى التحرير من القول بالعدم و استقراره فخر الدين، و مال إليه المحقق الاردبيلى و الفاضل الخراسانى و المحدث البحرانى و استظهره بعض الافاضل ممن عاصرناهم. و لا- يخلو عن قوة بالنظر الى ظاهر النص، لأن الموضوع فيه صورة التعدد (١) و الغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد، و لولاها لأمكن استظهار كون التعدد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشتري كسائر احكامها

و غيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنتين لانه بائع و مشتري، فله ما لكل منهما، و لكن قد ذكر فى وجه عدم ثبوت الخيار له من ناحيتين:

الاولى: من ناحية تثنية موضوع الخيار.

الثانية: من ناحية الغاية و هى الافتراق.

(١) اما من الناحية الاولى: فتقريبه ان الموضوع هو البيعان، و هذا اللفظ ظاهر فى التعدد و لا يشمل ما إذا كان البائع و المشتري واحدا. و فيه: ان التثنية فى المقام باعتبار العنوان، اى البائع و المشتري لا الأفراد، و العنوان فى المقام متعدد.

و بعبارة اخرى: هذه قضية حقيقية و متضمنة لثبوت الخيار على كل فرد صدق عليه عنوان البائع أو المشتري و العاقد فى المقام يكون مجمع العوانين فيثبت له الخيار.

و أما من الناحية الثانية: فتقريبه من وجوه:

منها: ما عن المحقق الخراسانى رحمه الله من ان الافتراق المجعول غاية، و مقابله الذى هو قيد للموضوع من قبيل العدم و الملكة و الشخص الواحد غير قابل لعروض الافتراق عليه،

فيكون خارجا عن مورد الحكم.

و فيه: ان الافتراق ليس عبارة عن عدم الاجتماع كى يكون هو و ما يقابله من قبيل

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤١

إذ لا يفرق العرف بين قوله المتبايعان كذا، و قوله لكل من البائع و المشتري،

إلا ان التقييد بقوله حتى يفترقا، ظاهر فى اختصاص الحكم بصورة امكان فرض الغاية، و لا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد. (١)

و منه يظهر سقوط القول بان كلمة، حتى تدخل على الممكن و المستحيل، الا ان يدعى ان التفرق غاية مختصة بصورة التعدد، لا مخصصة للحكم بها. و بالجملة فحكم المشهور بالنظر الى ظاهر اللفظ، مشكل نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط لكن الأشكال فيه و

الاولى التوقف، تبعا للتحرير و جامع المقاصد، ثم لو قلنا بالخيار.

فالظاهر بقاءه الى ان يسقط بأحد المسقطات غير التفرق. (٢)

العدم و الملكة، بل الافتراق و عدمه من قبيل السلب و الايجاب، لا يعقل ارتفاعهما. و لعله الى ما افاده المحقق الخراساني رحمه الله نظر المحقق النائيني رحمه الله، حيث قال: ان قوله عليه السلام ما لم يفترقا قيد للموضوع، فيختص الخيار بمورد يمكن فيه الافتراق و الاجتماع.

(١) و منها: ان الغاية لا بد و ان تكون امرا ممكنا، و الا لا معنى لجعلها غاية، و حيث ان التفرق في شخص واحد غير معقول، و ظاهر النص كون الغاية غاية في كل مورد يثبت الخيار، فيختص الخيار بمورد تعدد البائع و المشتري المعقول فيه التفرق. و فيه: ان عدم صحه جعل امر غير معقول غاية انما يكون من جهة اللغوية، و عليه فإذا امكن تحقق الغاية في مورد و لم يمكن في مورد آخر صح جعل الحكم بنحو الاطلاق و جعل ذلك الشيء غاية، كما ان الامر كذلك في شرائط الموضوع و قيوده. لاحظ الاستطاعة المجعولة قيدا لوجوب الحج.

و منها: ان الغاية قيد للحكم، فالحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق، اي الخيار الملحق بالافتراق، فإذا لم يمكن الافتراق لم يكن الخيار ثابتا.

و فيه: ان الغاية ما ينتهي عنده الحكم لا انها مقيدة للحكم فالظاهر ثبوت الخيار له من الجانبين.

(٢) و قد ظهر مما ذكرناه انه: لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاءه الى ان يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤٢

مسألة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار. (١)

إشارة

منها من يعتقد على أحد المتبايعين و المشهور كما قيل عدم الخيار مطلقا، بل عن ظاهر المسالك انه محل وفاق، و احتمال في الدروس ثبوت الخيار للبائع، و الكلام فيه مبنى على قول المشهور من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، و الا فلا اشكال في ثبوت الخيار و الظاهر انه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة الى نفس العين، لأن مقتضى الأدلة الانعتاق بمجرد الملك و الفسخ بالخيار من حينه لا- من اصله، و لا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على زوال الحرية بعد تحققها الا على احتمال ضعفه في التحرير

و في حاشية السيد: يمكن ان يقال يبقى الى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار اطول المجالس أو اوسطها.

و فيه: ان الافتراق لم يجعل غاية من جهة كونه طريقا الى مقدار من الزمان كي يجري فيه ذلك، بل الظاهر من النص دخله فيه من حيث هو.

فالظاهر بقاءه الى ان يسقط بأحد المسقطات.

استثناء من يعتقد على احد المتبايعين

(١) المسألة الرابعة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار منها من يعتقد على احد المتبايعين.

و الوجوه بل الاقوال في هذا المورد ثلاثة:

احدها: الثبوت مطلقا.

ثانيها: ما هو المشهور بين الاصحاب، و هو العدم كذلك.

ثالثها: ما احتمله في محكى الدروس، و هو التفصيل بين البائع و المشتري و الثبوت للاول.

و الكلام فى المقام مبنى على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، و الا فلا اشكال فى ثبوت الخيار، كما انه ينبغى نفى الاشكال عن عدم الثبوت بناء على عدم دخول من ينعق على شخص فى ملكه، إذ المعاملة حينئذ اما ان تكون استنفاذا محضا كاشترى المسلم الاسير

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٣

فيما لو ظهر من ينعق عليه معييا مبنى على تزلزل العتق. و أما الخيار بالنسبة إلى اخذ القيمة فقد يقال مقتضى الجمع بين ادلة الخيار و دليل عدم عود الحر الى الرقية، فيفرض المعتقد كالتالف

من الكافر، أو و ان كانت معاملة عقلائية متضمنة للتمليك، الا ان الشارع الاقدس لم يمضها و حكم بعدم انتقاله الى المشتري و صيرورته منعتقا، أو ان البيع فى الفرض ليس تمليكا بل الاعطاء بعوض الذى هو حقيقة البيع اثره فى مثل هذا البيع الانعتاق، ففى الحقيقة يكون المال بازاء الانعتاق.

و على جميع التقادير لا وجه لثبوت الخيار،

اما على الاول: فلأنه لا يصدق على المتعاقدين البيعان.

و أما على الثانى: فلأن الخيار حكم شرعى ثابت للبيع الصحيح، و هذا البيع على الفرض ليس كذلك.

و أما على الثالث: فلأن الالتزام المزبور غير قابل للفسخ للاجماع على عدم رجوع الحر عبدا.

انما الكلام فيما لو بنينا على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار و انتقال من ينعق الى من ينعق عليه ثم انعتاقه و الكلام فيه يقع فى جهتين.

الاولى: فى وجود ما يقتضى الخيار، بمعنى شمول ادلة الخيار له.

الثانية: فى انه على فرض الشمول فى نفسه هل هناك ما يمنع عن ثبوته ام لا؟

اما الاولى: فقد استدلل المحقق الايروانى رحمه الله لعدم المقتضى: بان المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين، اما بتعلق الحق به ابتداء، و ان كان الحق قائما بالعقد لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكون العوضان قائمين. و فيه: ان حق الخيار متعلق بالعقد، و المراد من كون الغرض استرجاع العوضين ان كان هو غرض من له الخيار، فيرد عليه أن ذلك ليس قيذا للخيار، و ان كان غرض الشارع، فيرد عليه: انه غير ثابت. فالحق ثبوت المقتضى له.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٤

فلمن انتقل إليه ان يدفع القيمة و يسترد الثمن و ما فى التذكرة من انه وطن نفسه على الغبن المالى، (١) و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع لأن التوطن على شرائه عالما بانعتاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة، و كذا لمن انتقل عنه ان يدفع الثمن و يأخذ القيمة، و ما فى التذكرة من تغليب جانب العتق انما يجدى مانعا عن دفع العين، لكن الانصاف انه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه، لان شرائه اتلاف له فى الحقيقة، و اخراج له عن المالية، و سيجىء سقوط الخيار بالاتلاف (٢) بل بأدنى تصرف، فعدم ثبوته به اولى و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لان بيعه ممن ينعق عليه اقدام على اتلافه

و أما الثانية: فقد استدلل لوجود المانع عن ثبوته بوجوه:

(١) الاول: ما عن العلامة و هو: انه لا- خيار لمن انتقل إليه لانه وطن نفسه على الغبن المالى، و المقصود من الخيار ان ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه، و لا لمن انتقل عنه لتغليب جانب العتق.

و فيه: ان المشتري وطن نفسه على اعتناق من يشتره بازاء قيمته الواقعية، لا- على الغبن من حيث المعاملة، و تغليب جانب العتق انما يقتضى عدم رجوع الحر عبدا. و لا كلام فى ذلك، و انما محل الكلام الرجوع الى قيمته.

الثانى: ان ثبوت الخيار أو سقوطه انما هو بعد تحقق القبض من المشتري، ثم دعوى الرجوع الى القيمة لثبوت الخيار و امتناع تعلقه بالعين أو سقوطه، و عليه فحيث ان البيع اتلاف للمبيع و موجب لخروجه عن المالىة، فلا- يتحقق القبض، فلا- مورد لثبوت الخيار أو سقوطه.

و فيه: ان القبض المعتبر فى البيع المترتبة عليه الآثار ليس هو القبض الخارجى، بل عبارة عن رفع اليد عنه و جعله تحت سلطانه و يده، و عليه فنفس اعتناقه عليه اقباض،

و لو لا ذلك لا بد و ان يكون التلف من مال البائع و لا يستحق شيئا من الثمن و القيمة. و هذا مما لم يقل به احد.

(٢) الثالث: ما افاده المصنف رحمه الله: بان البائع و المشتري قد تواطئا على اخراجه عن

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٥

و اخراجه عن المالىة.

و الحاصل اننا إذا قلنا ان الملك فيمن يعتق عليه تقديرى لا تحقيقى فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطأة على اخراجه عن المالىة، و سلكه فى سلك ما لا يتمول لكنه حسن مع علمهما، فتأمل.

و قد يقال ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على ان الخيار و الاعتناق، هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنا ما، أو الأول بالأول و الثانى بالثانى، أو العكس (١) فعلى الاولين و الاخير يقوى القول بالعدم لأنصية أخبار العتق و كون القيمة بدل العين

المالية الذى هو بمنزلة اتلافه. و سيجىء سقوط الخيار بالاتلاف بل بادننى تصرف، فعدم ثبوته به اولى.

و فيه: ان سقوط الخيار بالتصرف و الاتلاف ليس من الامور البرهانية حتى يكون ما ذكر وجها له جاريا فى المقام، بل انما هو من جهة ما فى نصوص «١» خيار الحيوان من التعليل بكون ذلك رضا منه بالبيع، فلا بد من الاقتصار على التصرفات الكاشفة نوعا عن الرضا بالبيع. و هذا يختص بما إذا كان التصرف واردا على ملكه، و لا يجرى فى التصرف قبله أو حينه كما لا يخفى.

و ان شئت قلت: ان الاولوية ممنوعة، فان سقوط الخيار باتلاف المشتري ماله الذى له فيه الخيار لا يقتضى عدم ثبوته له باتلافه مال الغير، فان العبد انما يخرج عن المالىة بقبول المشتري العقد الواقع عليه، مع ان البيع ليس اتلافا للمبيع بل انما يكون البيع اقداما على ايجاد الملكية، و الاعتناق حكم شرعى مترتب عليه قهرا. فالأظهر ثبوت الخيار.

(١) القائل هو صاحب المقاييس و حاصل ما افاده: انه ان قلنا بان الخيار و الاعتناق معلولان للبيع فى عرض واحد، أو معلولان للملك المعلول له، أو ان الخيار معلول للملك و الاعتناق معلول للبيع، يقوى القول بعدم ثبوت الخيار، اما على الاخير فلسبق الاعتناق على الخيار.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٦

فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لسبق تعلقه على الاخير و يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين (١) و دفعا للمنافاة من البين، و عملا بالنصين (٢) و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين، و تنزيلا للفسخ منزلة الارش (٣) مع ظهور عيب فى احدهما، و للعتق بمنزلة تلف العين، و لانهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن يعتق

على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك. و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام، و على الثالث يتجه الثاني لما مر و لسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق، ثم قال: و حيث كان المختار فى الخيار انه بمجرد العقد و فى العتق انه بعد الملك.

و أما على الاولين فلا- نصية اخبار العتق. و لا- يتوهم امكان الجمع بالرجوع الى القيمة، لانها بدل العين فيمتنع استحقاتها من دون المبدل. ثم احتمل قريبا ثبوت الخيار، و ذكر فى وجهه وجوها:

(١) احدها: انه جمع بين الحقين.

(٢) ثانيها: ان التعارض بين النصين انما يكون بالنسبة الى نفس العين، و أما بالنسبة الى القيمة فلا منافاة اصلا، بل هو عمل بالنصين، و مقتضى ذلك الرجوع الى القيمة للاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن الثمن و عن قيمة المبيع.

(٣) ثالثها: تنزيل الفسخ منزلة الارش، فكما ان الاعتاق لا يوجب سقوط حق المشتري من الارش إذا ظهر المبيع معيبا، فكذا لا يوجب سقوط حق البائع بالنسبة الى القيمة لعدم التنافى بينهما.

و أما لو قلنا بان الخيار معلول للبيع و الاعتاق معلول للملك المعلول له، فيقوى القول بثبوت الخيار لسبق تعلق حق الخيار. ثم اختار هو قده الاخير.

و فى كلامه مواقع للنظر:

الاول: ما ذكره من انصية اخبار العتق، فى وجه السقوط

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٧

و دل ظاهر الاخبار و كلام الاصحاب على ان احكام العقود و الايقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع من غير فرق بين الخيار و غيره، بل قد صرحوا بان الخيار يثبت بعد العقد، و انه علة و المعلول لا يتخلف عن علقته، كما ان الاعتاق لا يتخلف عن الملك، فالاقرب هو الاخير، كما هو ظاهر المختلف و التحرير،

و مال إليه الشهيدان لم يثبت الاجماع على خلافه، و يؤيده اطلاق الاكثر و دعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع من غير استثناء، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول ان قلنا انه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار أو بالتقابل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه (١) الى ملك من انتقل عنه نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما

فانه يرد عليه: ان الانصية لا- تنافى ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة، و ما ذكره من امتناع استحقاتها من دون المبدل لا- يرجع الى محصل، إذ المفروض حصول المبدل- و هو العين- فى ملكه، و التلف عليه. مع ان تعارض اخبار الاعتاق (١) و اخبار الخيار (٢) ليس من باب تعارض الدليلين، بل من باب تراحم الحقين، فانصية احدهما غير مفيدة.

الثانى: ما ذكره من الاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين.

فانه يرد عليه: انه على فرض الفسخ بالخيار لا تزول يد البائع عنهما، إذ مع الفسخ يأخذ القيمة.

الثالث: ما ذكره من تنزيل الفسخ منزلة الارش.

فانه يرد عليه: ان عدم مانعية الاعتاق من اخذ الارش انما هو من جهة عدم منافاة دليل الارش لدليل الاعتاق، بخلاف المقام كما لا يخفى.

(١) قوله ان قلنا انه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقابل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه.

مبنى الشرطيتين ان الخيار حق حل العقد حقيقة أو رفع اثره- و على الاول- بما ان عقد المعاوضة مقتضى لخروج كل من العوضين عن محل يدخل فيه الآخر فيكون حله مقتضيا لخروج المعوض عن ملك المشتري الى ملك البائع، كذلك العكس فلا محالة يكون الفاسخ متلقيا للملك من المفسوخ عليه- و أما على الثاني- فلا يقتضى ذلك بل حيث

(١) الوسائل- باب ٧- من ابواب كتاب العتق.

(٢) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤٨

يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديرا، لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه، (١) و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنا ما إذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه، لان يخرج من ملك المشتري الى ملك البائع و لو تقديرا، إذ ملكية المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق، و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشتري الى ملك البائع، ثم انعتاقه مضمونا على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار، ثم فسخ البائع.

و الحاصل ان الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه و هذا غير حاصل فيما نحن فيه.

و ان قلنا ان الفسخ لا يقتضى ازيد من رد العين، ان كان موجودا و بدله ان كان تالفا أو كالتالف، و لا يعتبر في صورة التلف امكان تقدير تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه، بل يكفي ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف، كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما تقدم

ان اثر العقد بقاء مضمونية العين بمطلق البدل فرفعه انما هو بضمان قيمته.

(١) قوله لم يكن وجه للخيار في ما نحن فيه غاية ما يمكن ان يقال في وجه ذلك ان رجوع العين الى المشتري حتى يتلقى الفاسخ منه اما تحقيقي أو تقديري و الاول مستلزم لعود الحررقا و هو ممتنع شرعا- و الثاني لا يجدى فان الملكية الفرضية التقديرية للانعتاق لا أثر لها سوى الانعتاق و لكن يمكن رد الاول: بان عود المبيع حقيقة ان كان بعوده بشخصه جاء المحذور المذكور و ان كان عوده بمالته المتحفظه تارة بعينه و اخرى ببدله الذي لا بد للقائل بثبوت الخيار مع تلف العين من الالتزام بذلك فلا يكون واردا كما لا يخفى.

و يمكن رد الثاني بان المقدر بعد الفسخ على فرض الخيار ليس هو الملكية التي اثرها الانعتاق بل الملكية التي اثرها رجوع البائع في قيمته الى المشتري و هذا لا محذور فيه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤٩

في مسألة البيع بشرط العتق، ثم ظهور المبيع منعتقا على المشتري و حكمهم برجوع الفاسخ الى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلف الى الفاسخ كان الاوفق بعمومات الخيار القول به هنا، و الرجوع الى القيمة، الا مع اقسام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه، (١) فالاقوى العدم لانهما قد تواطئا على اخراجه عن المالية الذي هو بمنزلة اتلافه.

و بالجملة فان الخيار حق في العين و انما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء، فإذا كان نقل العين ابطالا لمالته و تفويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشرط سقوطه فلم يحدث حق في العين حتى يتعلق ببدله.

و قد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع باتلاف المبيع و نقله الى من ينعق عليه كالاتلاف له من حيث المالية، فدفع الخيار به اولى و

اهون من رفعه فتأمل.

(١) قوله الامع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه.

اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بانه يمكن ان يقال بسقوط الخيار حتى في مورد الجهل لان انشاء البيع إذا كان سببا للاتلاف فالجهل به لا يقتضى عدم تأثير السبب كما في كل ما كان من قبيل الاسباب و المسببات و فيه: انه في ساير الموارد انما نلتزم بعدم مانعية الجهل و ثبوت الحكم في ذلك المورد من جهة اطلاق الادلة. و في المقام الدليل يختص بصورة العلم لان الدليل ينحصر في النصوص الواردة في خيار الحيوان المتضمنة لمسقطية الاتلاف للخيار و هي لا سيما من جهة ما فيها من التعليل بانه رضا منه، تختص بصورة العلم.

المسلم المشتري من الكافر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥٠

و منها العبد المسلم المشتري من الكافر (١) بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا، فانه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لاحدهما. اما بالنسبة الى العين فلغرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و تملكه اياه. و أما بالنسبة الى القيمة، فلما تقدم من ان الفسخ يتوقف على رجوع العين الى مالكة الأصل و لو تقديرا، لتكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه و رجوع المسلم الى الكافر غير جائز، (٢) و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال انه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط، و يمكن ان يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط، و ان ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين فى الايضاح، من أن البيع بالنسبة الى الكافر استنقاذ،

و بالنسبة الى المشتري كالباع بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لان الملك سبيل، و انما له حق استيفاء ثمنه منه. لكن الانصاف انه على هذا التقدير لا- دليل على ثبوت الخيار للمشتري ايضا، لان الظاهر من قوله: البيعان بالخيار اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين، مع انه لا- معنى لتحقيق العقد البيعى من طرف واحد، فان شروط البيع ان كانت موجودة تحقق من الطرفين و الا لم يتحقق اصلا

(١) و منها: العبد المسلم المشتري من الكافر.

و الاقوال و الوجوه فى المسألة اربعة:

احدها: عدم ثبوت الخيار مطلقا.

ثانيها: الثبوت مطلقا و رجوع العبد نفسه.

ثالثها: الثبوت مطلقا، و تقدير ملك الكافر للمسلم بعد الفسخ بمقدار ما يستحق به البدل. اختاره المصنف رحمه الله.

رابعها: التفصيل بين البائع و المشتري، و ثبوت الخيار للثانى دون الاول، و ثبوت الخيار للمشتري اما بارجاع العبد نفسه أو قيمته.

(٢) و قد استدلل للاول: بان الكافر لا يملك المسلم، و بمجرد الاسلام يخرج عن ملكه، و انما كان له حق فى قيمة من تملكه كارث الزوجه من العقار، فتكون المعاملة عليه حينئذ بتملك المسلم اياه بقيمته، و استيفاء الكافر لثمن العبد عليه، فليست هى بيعا، فلا تشملها ادلة الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥١

كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من من ينعق عليه،

و الاقوى فى المسألة وفاقا لظاهر الاكثر و صريح كثير ثبوت الخيار فى المقام، و ان تردد فى القواعد بين استرداد العين أو القيمة، و ما ذكرنا من ان الرجوع بالقيمة مبنى على امكان تقدير الملك فى ملك المالك الاصلى، لو اغمضنا عن منعه كما تقدم فى المسألة السابقة غير قادح هنا، لان تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سييلا للكافر على المسلم، (١) و لذا جوزنا له شراء من ينعق عليه، و قد مر بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين

و فيه: انه لا دليل على خروج العبد بمجرد الاسلام عن ملك مالكة. و آية نفى السبيل «١» لا تدل على ذلك، لان الملكية التى يكون صاحبها محجورا عن التصرف فى المملوك لا تعد سييلا، مع ان ما دل على انه يجبر على البيع «٢» يدل على بقاء الملكية. و استدلل للثانى: بما عن العلامة فى القواعد، و هو خروج الملك القهرى كالارث عما دل على ان الكافر لا يملك المسلم، و الملك العائد بحل العقد قهرى لا تملك ابتدائى بالاختيار.

و فيه: ان ذلك يتم بالنسبة الى فسخ المشتري دون فسخ البائع، فان التملك حينئذ باختياره. و به يظهر مدرك القول الرابع. (١) و استدلل للثالث: بان ثبوت الملكية للكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سييلا للكافر على المسلم. و فيه: ان الملكية الحقيقية فى ذلك المقدار من الزمان و ان لم تكن سييلا، الا انها فى الزمان الطويل مع محجوريته عن التصرف و لزوم البيع عليه ايضا لا تعد سييلا. فتحصل: ان الاظهر هو القول الرابع بعد البناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا على ما هو المفروض فى عنوان المسألة.

(١) سورة النساء آية ١٤١.

(٢) الوسائل - باب ٧٣ - من ابواب كتاب العتق.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٢

و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه، (١) فان الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبة الى القيمة لعدم شمول ادلة الخيار، له (٢) و اختاره فى التذكرة، و فيها ايضا انه لو اشترى جمدا فى شدة الحر ففى الخيار اشكال، (٣) و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار، (٤) فلا يندفع الاشكال بما فى جامع المقاصد من ان الخيار لا يسقط بالتلف بانه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

شراء العبد نفسه

(١) قوله و منها: شراء العبد نفسه بناء على جوازه مفروض المسألة: شراء العبد نفسه من مولاه لنفسه، و ذلك اما بالشراء بمال فى ذمته، أو بمال شخصى خارجى، مع عدم كون ماله لمولاه أو بمال غيره، بناء على ما هو الحق من جواز شراء شىء لشخص بمال آخر كما تقدم تحقيقه.

و قد ذهب المصنف رحمه الله الى عدم ثبوت الخيار و لو بالنسبة الى القيمة.

(٢) قال: لعدم شمول ادلة الخيار له.

و فيه ان وجه عدم الشمول ان كان عدم عود الحر رقا.

فيرد عليه: ان ما ذكره فى وجه عود القيمة فى بيع من ينعق عليه يجرى فى المقام.

و ان كان هو ما افاده المحقق الايروانى رحمه الله من ان ملك الشخص لنفسه ليس الا عين الحرية فكان بيع العبد لنفسه عبارة اخرى

عن العتق، و من المعلوم عدم جريان الخيار في العتق.

فيرد عليه: ان بيع العبد لنفسه بيع حقيقة، و اثره الاعتناق على ما تقدم تحقيقه في اول مبحث البيع عند بيان حقيقته، فلا محذور في ثبوت الخيار فيه.

(٣) قوله و فيها: أيضا: انه لو اشترى جمدا في شدة الحر ففي الخيار اشكال.

و المحقق الثاني وجه الاشكال: بان كون المبيع تالفا شيئا فشيئا مانع عن اعمال الخيار فيه. ثم اورد عليه: بان الخيار لا يسقط بالتلف.

(٤) و المصنف رحمه الله وجه الاشكال: باحتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد في تعلق الخيار بها توضيحه: ان التلف ربما يكون متأخرا عن ثبوت الخيار، و ربما يكون مقارنا
منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥٣

مسألة: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع (١)

عند علمائنا،

كما في التذكرة، و عن تعليق الارشاد و غيرهما و عن الغنية: الاجماع عليه، و صرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك ايضا، بل عن الخلاف الاجماع على عدم دخوله في الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة الا انه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار و التي لا يدخلها قال: و أما الوكالة و الوديعة،
و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى. (٢)

و مراده خيار المجلس و الشرط، و حكى نحوه عن القاضى و لم يعلم معنى الخيار في هذه العقود، بل جزم في التذكرة بأنه لا معنى للخيار فيها لان الخيار فيها لان الخيار فيها ابدأ. و احتمل في الدروس ان يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار،
و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل في هذه العقود لا الموجب، إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود

للخيار المترتب على العقد، و ما ذكره من انه لا يسقط الخيار بالتلف يكون المراد به التلف المتأخر لا التلف المقارن كما في المقام.
و فيه: انه لا دليل على اعتبار عدم التلف في ثبوت الخيار.

و المحقق النائيني رحمه الله وجه الاشكال: بان مورد خيار المجلس هو البيع الذى لم يكن بناء المتعاقدين على الاعراض عن العوضين، و مع علمهما بان المال بمجرد البيع يخرج عن المالىة اما شرعا أو عادة كما في المثال، فقد أقدمنا على ذهاب مالهما.
و فيه: ان البيع ليس اقداما على ذهاب المال، بل هو يذهب باعاً ام لا، و البيع انما يكون اقداما على الملكية، و المتلف انما هو شدة الحر. فالأظهر ثبوت الخيار فيه.

اختصاص خيار المجلس بالبيع

(١) المسألة الخامسة: و لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا كما عن التذكرة.

(٢) قوله الا انه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود... فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع يمكن ان يكون نظر الشيخ رحمه الله
مما افاده في المبسوط الى ما ذكرناه من عدم المانع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥٤

على انقضاء الخيار، لان اثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف، فهو الذى يمكن توفقه على انقضاء الخيار الذى جعل الشيخ
قدس سره اثر البيع متوقفا عليه، لكن الانصاف ان تتبع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم ارادته هذا المعنى، فانه
صرح في مواضع قبل هذا الكلام و بعده باختصاص خيار المجلس بالبيع،

و الذى يخطر بالبال ان مراده دخول الخيارين فى هذه العقود إذا وقعت فى ضمن عقد البيع (١) فتفسخ بفسخه فى المجلس، و هذا المعنى و ان كان بعيدا فى نفسه الا ان ملاحظة كلام الشيخ فى المقام يقربه الى الذهن. و قد ذكر نظير ذلك فى جريان الخيارين فى الرهن و الضمان. و صرح فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود لانها جائزة (٢) فيجوز الفسخ فى كل وقت، و هو محتمل كلام الشيخ، فتأمل، و كيف كان فلا اشكال فى اصل هذه المسألة.

فى ثبوته- و الجمع بين كلامه هذا و ما ذكره فى غير موضع من عدم ثبوت خيار المجلس فيها انه و ان لم يكن مانع عن ثبوته الا انه لا مقتضى له و الله العالم.

(١) قوله مراده دخول الخيارين فى هذه العقود إذا وقعت فى ضمن عقد البيع.

و فيه ان الخيار حينئذ ثابت فى البيع لا فى ذلك.

(٢) قوله بدخول الخيارين فى هذه العقود لانها جائزة.

بمعنى ان ذلك الخيار بما انه ثابت فى المجلس، فيصح ان يقال ان خيار المجلس ثابت.

و هو كما ترى احسن التوجيهات ما ذكرناه و كيف كان فالكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين.

الاول: فى العقود اللازمة.

الثانى: فى العقود الجائزة.

اما الاول: فالظاهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم المقتضى له، فان الادلة مختصة بالبيع، و المناط غير معلوم كى يتعدى عنه الى غيره. و لا يقاس ذلك بالاحكام الثابتة للبيع على القاعدة كخيار العيب، فان نفس ما يدل على ثبوته فى البيع- و هو الاشتراط الضمنى الذى بناء كل عاقد عليه- يدل على ثبوته فى غيره. و هذا بخلاف هذا الخيار، فان جعله

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٥

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، (١)

لان ظاهر النص كون البيع علة تامة (٢) و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض، و لا إشكال فيه

تعد صرف فلا يتعدى منه الى غيره.

و أما المقام الثانى: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار فى العقود الجائزة- مضافا الى عدم المقتضى- بوجود المانع، و تقريبه من وجهين:

أحدهما: عدم المعقولية، بدعوى ان الخيار ذاتى لها، فما معنى جعل الخيار.

و فيه: انه بعد شمول دليل الخيار لها يكون الخيار ثابتا من جهتين: ذاتية و عرضية،

كالخيارات المتعددة العرضية.

و ان شئت قلت: ان الخيار الذاتى ايضا يكون بجعل من الشارع، فكلاهما مجعولان،

و لا اولوية لأحدهما على الآخر كى يلتزم بثبوته دونه.

ثانيهما: لزوم اللغوية من جعله.

و فيه: ان للخيار آثار و فوائد، و مع عدم اولوية احدهما على الآخر لا معنى لكون خيار المجلس لغوا دون الجواز: مع انه على القول

بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار فى زمان الخيار، عدم اللغوية واضح، فان ذلك اثر الخيار الحقى خاصة فالوجه فى عدم ثبوته فيها

عدم المقتضى ايضا.

و لا يخفى ان محل هذه المسألة بعد المسألة السابعة قدمت اشتباها.

مبدأ خيار المجلس

(١) المسألة السادسة: لا خلاف و لا إشكال في ان مبدأ هذا الخيار من حين العقد.

(٢) إذ ظاهر الأخبار ان البيع عله تامه.

و هل يشمل الحكم للصرف و السلم قبل القبض؟

فيه اشكال من جهتين:

الاولى: في انه هل يجب التقابض في المجلس ام لا؟

الثانية: في جريان الخيار فيهما على كل من القولين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥٦

لو قلنا بوجود التقابض في المجلس في الصرف و السلم وجوبا تكليفيا اما للزوم الربا كما صرح به في صرف التذكرة. (١) و أما

لوجوب الوفاء بالعقد (٢) و ان لم يكن بنفسه مملكا، لان ثمره الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض.

اما لو قلنا بعدم وجوب التقابض و جواز تركه الى التفرق المبطل للعقد

اما الجهة الاولى: فقد استدلل لوجوب التقابض بوجوه:

(١) الاول: ما عن العلامة قده، و هو التحفظ على عدم صيرورة المعاملة ربوية.

و توضيحه: انه إذا كان العوضان من جنس واحد و حصل القبض من جانب واحد قبل الافتراق تصير المعاملة كالنسيئة مع المساواة ذا

مدة و اجل، فتكون به ربوية، لأن للأجل قسطا من الثمن.

وفيه: انه مع عدم اشتراط التأخير لا تكون ربوية، و مجرد الشباهة بالربا لا يوجب البطلان، مع ان هذا الوجه لو تم لدل على وجوب

القبض شرطا لا وجوبه مولويا.

مع انه لو تم لدل على وجوب القبض بعد قبض احدهما حقه.

(٢) الثاني: ما افاده المصنف رحمه الله، و هو آية وجوب الوفاء بالعقد «١».

بدعوى ان للعقد بنفسه آثارا مع قطع النظر عن مملكته، و يجب ترتيبها و لو قبل حصول الملكية، و منها الاقباض في المقام.

وفيه: انه ان قلنا: بان معنى الآية الشريفة هو لزوم ابقاء العقد على حاله و اتمامه بعدم فسخه و حله كما قويناه، فعدم دلالة الآية حينئذ

على وجوب التقابض واضح، بل تكون حينئذ ارشادا الى اللزوم.

و ان قلنا: بان معناها هو ترتيب آثار العقد كما عن المصنف رحمه الله، فمعناها هو ترتيب الآثار التي التزما به، و من المعلوم ان ما

التزما به هو اقباض كل منهما على فرض اقباض الآخر لا مطلقا، فلا تدل على لزوم التقابض، و لا ينتقض بلزوم اقباض كل منهما في

سائر البيوع، فان فيها انما يجب الاقباض من جهة تأثير البيع في الملكية و يجب رد المال الى صاحبه، و هذا بخلاف باب الصرف.

(١) سورة المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥٧

ففي اثر الخيار خفاء، لان المفروض بقاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه و عدم حق لاحدهما في مال الآخر، و يمكن ان يكون

اثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض المملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد، لم يخرج العقد

بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصرف، ثم اجازا في المجلس لزم العقد، و ان اجازا قبل

التقابض.

فكذلك و عليهما التقابض، فان تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم ان تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما، فان انفرد احدهما بالمفارقة عصى، انتهى.

و أما ما اورده السيد الفقيه و تبعه المحقق الايروانى عليه: بان بيع الصرف لا أثر له الا بعد التقابض فلا يجب الوفاء به الا بعده. فيرد عليه: ان للعقد مرحلة، و لتأثيره فى الملك مرحلة اخرى، و لكل منهما آثار، فإذا كان التقابض من آثار العقد يجب ترتيبه على هذا العقد، و ان لم يحصل الملك.

الثالث: النصوص «١» المتضمنة للأمر بالتقابض و النهى عن البيع الا يدا بيد. و فيه: ان تلك الأوامر و النواهي تكون ارشادا الى شرطية التقابض لصحة العقد و تأثيره فى الملك لا مولوية لما حقق فى محله من ظهور الأوامر و النواهي فى المعاملات فى الارشاد. فالأظهر عدم لزوم التقابض.

و أما الجهة الثانية: فالكلام فيها من ناحيتين:

احدهما: من ناحية الأثر.

الثانية: من ناحية المقتضى.

اما من الناحية الاولى: فثبوت الأثر للخيار على القول بوجود التقابض واضح، فان اثره حينئذ ان له فسخ العقد و اسقاط وجوب التقابض باعدام موضوعه.

لا يقال: انه على القول بوجود التقابض كيف يجرى الخيار الذى لازمه عدم وجوبه.

فانه يجاب بان الخيار معناه السلطنة على حل العقد، و لا ينافى ذلك وجوب التقابض على فرض بقاء العقد. و نظير هذا التكليف فى الشرع كثير، لاحظ ما لو وهب امته للغير

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب الصرف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٨

و فى الدروس يثبت معنى خيار المجلس فى الصرف تقابضا اولاً فان التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب احدهما عصى و انفسخ العقد، و لو هرب قبل الالتزام فلا معصية و يحتمل قويا عدم العصيان مطلقا لان للقبض مدخلا فى اللزوم فله تركه، انتهى.

و صرح الشيخ ايضا فى المبسوط بثبوت التخايير فى الصرف قبل التقابض،

و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضولين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان اجازتهما على القول بالنقل، و كذا على الكشف (١) مع احتمال كونه من زمان العقد.

فانه مع جواز الرجوع يحرم عليه ووطنها مع عدم الرجوع، و وجب القصر ما دام مسافرا مع ان له ان يقصد الاقامة أو يصير حاضرا.

و أما على القول بعدم وجوب التقابض، قال المصنف فى اثر الخيار خفاء...

و فيه انه لا خفاء فيه، فان السلطنة على حل العقد و الغائه عن قابلية التأثير على فرض التقابض غير السلطنة على حله بالتفرق.

و أما من الناحية الثانية: فيمكن ان يقال بقصور ادلة خيار المجلس عن الشمول له من جهة ان ذيل النصوص الدالة على ثبوت خيار المجلس يدل على لزوم البيع بالافتراق،

فيصلح ذلك قرينة على صدرها، و يكون الخيار ثابتا فى بيع لو حصل افتراق البيعين يصير لازما، و أما بيع الصرف الذى يبطل

بالافتراق قبل التقابض فلا يكون مشمولاً لها.

هذا بناء على عدم دخول التقابض في البيع شرعاً، و إلا فعدم ثبوت الخيار في غاية الوضوح لحكومة ما دل على ذلك على ادلة الخيار.

(١) قوله من زمان اجازتهما على القول بالنقل و كذا على الكشف.

و ذلك لان مبدأ الخيار انما هو من حين صدق عنوان البيع و هذا العنوان انما يصدق من حين الاجازة فيثبت الخيار من ذلك الحين

من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥٩

القول في مسقطات الخيار

إشارة

و هي اربعة على ما ذكرها في التذكرة: اشتراط سقوطه في ضمن العقد،

و اسقاطه بعد العقد، و التفرق، و التصرف، (١) فيقع الكلام في مسائل:

مسألة: لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد

إشارة

و عن الغنية الاجماع عليه، (٢) و يدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم

سقوط الخيار باشتراط سقوطه

(١) السابعة: ذكر العلامة في التذكرة و من تأخر عنه: ان هذا الخيار يسقط باربعة اشياء: اشتراط سقوطه، اسقاطه بعد العقد، التصرف،

التفرق.

فالكلام في مواضع:

(٢) الأول: لا خلاف ظاهراً في سقوطه باشتراط سقوطه في ضمن العقد، و عن الغنية: الاجماع عليه، و عموم ادلة نفوذ الشرط «١»

شاهد به.

و انما الخلاف هنا فيما افاده العلامة في التبصرة بقوله: (أو يشترط سقوطه قبل العقد أو بعده) بعد معلومية ان مراده من بعد العقد ليس

بعد تمامية العقد، بل بعد الشروع فيه.

و مورد الخلاف الاشتراط قبل العقد، فعن الشيخ في الخلاف: سقوط الخيار به، و عن المختلف بعد نقل ذلك عنه و عندي في ذلك

نظر لأن الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد و تبايعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه. انتهى.

و اظن ان مراده في التبصرة هو ما ذكره اخيراً في المختلف.

و كيف كان: فشرط سقوط الخيار في قبال شرط عدم الفسخ، و شرط اسقاط الخيار اللذان - هما من قبيل شرط الفعل - يتصور على

وجهين احدهما: شرط سقوطه، بحيث يرجع الى اسقاط الخيار.

ثانيهما: شرط عدم كون العقد خيارياً، و الاشكالات الآتية عمدتها تخص بالثاني،

و بعضها يختص بالأول، و بعضها يشترك بينهما.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار و - باب ٤ - من ابواب المكاتبه و غيرهما من الأبواب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٠

و قد يتخيل معارضته بعموم ادلة الخيار، (١) و يرجح على تلك الادلة بالمرجحات (٢) و هو ضعيف، لان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود، (٣)

و موافقه عمل الاصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم ادلة الشروط، كما يظهر من كتبهم

و كيف كان: فيقع الكلام في مقامين:

الأول: في شمول ادلة الشروط لهذا الشرط و عدمه.

الثاني: في انه هل يعارض ادلة الخيار لأدلة الشروط على فرض شمولها به ام لا.

و تبعا للمصنف نقدم البحث في المقام الثاني على البحث في المقام الاول.

(١) المقام الثاني: قد يتوهم انه يعارض ادلة الشروط مع ادلة الخيار، و النسبة بينهما عموم من وجه، فلا وجه لتقديم الأولى.

و لكنه فاسد، فان كل مشروط لا محالة يكون محكوما بحكم قبل ان يقع في حيز الشرط، فحينئذ اما ان يوافق حكمه مع الشرط كما

لو شرط فعل واجب أو مستحب، و أما ان يخالفه، لا سبيل الى تخصيص ادلة الشروط بالقسم الأول كما هو واضح.

و حيث ان نسبة دليل الشرط مع كل واحد من ادلة تلك الأحكام عموم من وجه،

فيدور الأمر بين تقديم جميعها على دليل الشرط، و تقديمه على جميعها، و تقديمه على بعضها و الأخير مستلزم للترجيح بلا مرجح، و

الأول مستلزم لإلغاء دليل الشرط.

فيتعين الثاني.

(٢) و قد يقال انه يرجح على تلك الادلة بالمرجحات.

(٣) و اجاب عنه المصنف رحمه الله بان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود.

و فيه انه بناء على المذهب الحق انه في موارد التعارض بالعموم من وجه يرجع الى ادلة الترجيح و اول المرجحات الشهرة الفتوائية.

و عليه ففي المقام يتعين ترجيح ادلة الشروط: للاشهرية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦١

و نحوه في الضعف التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به، (١) إذ

فيه ان ادلة الخيار اخص،

فيخصص بها العموم (٢) بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط عدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة، لانها مسوقة لبيان

ثبوت الخيار بأصل الشرع (٣)

فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا، بل التأمل في دليل الشرط يقضى

(١) و قد يتوهم التمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به.

(٢) و اجاب عنه المصنف: بان ادلة الخيار اخص، فيخصص به العموم.

و في حاشية السيد تقريبات الاستدلال بأية وجوب الوفاء بتقريب آخر، و حاصله:

انحلال العقد المشروط الى عقدين: بيع و شرط، و اخصية دليل الخيار انما ينفع بالنسبة الى حيشة البيعية لا بالنسبة الى حيشة الشرطية،

فيكون عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالنسبة الى عقد الشرط حاكما على دليل الخيار نظير ما لو صالح على سقوط الخيار في ضمن عقد البيع، فان عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالنسبة الى الصلح مقدم على ادلة الخيار.

وفيه: ان الشرط حيث انه مرتبط بالبيع لا- محالة يكون دليل الخيار باطلاقة شاملا للبيع المجرد و البيع المشروط به، و هذا بخلاف الصلح، فانه عقد مستقل ليس من شئون البيع المحكوم بالخيار بدليله، فلا يشمل دليل الخيار باطلاقة البيع المجرد عنه و المقيد به، فدليل الخيار لا يعارض دليل نفوذ الصلح بخلاف دليل لزوم الشروط. و عليه فحيث ان دليل الخيار اخص فيقدم عليه.

و اجاب المصنف رحمه الله عنه عن معارضة ادلة الخيار مع ادلة الشروط.

(٣) بعدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة لانها مسوفة لبيان ثبوت الخيار باصل الشرع.

محصل ما افاده في المقام جوابان احدهما: ان الخيار لم يلاحظ في موضوعه الا ذات البيع من حيث هو فلا ينافي ان يثبت له حكم آخر بعنوان عرضي،

الثاني: ان موضوع الخيار البيع المجرد عن الشرط و معه فهو موضوع آخر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٢

بان المقصود منه رفع اليد عن الاحكام الاصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها في حيز الاشتراط فلا تعارضه ادلة تلك الاحكام فحاله حال ادلة وجوب الوفاء بالندر و العهد في عدم مزاحمتها بادلة احكام الافعال المنذورة، لو لا النذر.

و يشهد لما ذكرنا من حكومة ادلة الشرط و عدم معارضتها للأحكام الاصلية حتى يحتاج الى المرجح استشهاد الامام في كثير من الاخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الاحكام الاصلية، (١) منها صحيحة مالك بن عطية قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك و كان تحت ابيه جارية مكاتبه قد ادت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد، هل لك ان اعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار بعد ذلك على ابي إذا انت ملكت نفسك؟ قالت نعم، فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم، و الرواية محمولة بقريته الاجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لانزم (٢) أو المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال، و كيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها لا معارضتها المحوجه الى التماس المرجح.

و له حكم واحد بالذات من دون تفاوت بالذاتية و العرضية.

(١) ثم ان المصنف استشهد بصحيح مالك بن عطية «١» المذكور في المتن على ان ادلة الخيار كسائر ادلة الاحكام الاولية لا تصلح للمقاومة مع ادلة الشروط بل هي حاكمه على جميعها و تبين المراد منها، و تدل على ان المورد مشمول لأدلة الشروط.

و اورد عليه: بان مورد الصحيح الشرط الابتدائي، و هو غير نافذ بالاجماع.

(٢) و اجاب عنه المصنف رحمه الله: بانه مطلق قابل لأن يقيد بصورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم أو المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب المكاتبه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٣

نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه (١):

و في حاشية السيد: الانصاف ان هذه الرواية دليل على شمول ادلة الشروط للشروط البدوية، و انها ايضا واجبة الوفاء، و الاجماع على الخلاف ممنوع.

و فيه: ان مورد الرواية الشرط في ضمن عقد الهبة، لاحظ قوله فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار. و لم يظهر لى منشأ اشتباه القوم و تخيلهم كون مورد الشرط الابتدائي.

و الايراد عليه بان الهبة جائزة و الشرط في ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء سيأتى الجواب عنه. و أما ما احتمله المصنف، من احتمال حمل الصحيح على المصالحة على اسقاط الخيار فهو يوجب خروجه عن محل الكلام و اجنبيته عنه من جهتين.

احدهما: من جهة ان المصالحة خارجة عن عنوان الشرط.

ثانيتهما: من جهة انها مصالحة على الاسقاط دون السقوط.

و كلاهما خلاف الظاهر.

اما الاول: فلاستدلال الامام عليه السلام على نفوذه بدليل الشرط.

و أما الثاني: فلان صريحه شرط عدم الخيار لا إسقاطه و قد تقدم ان مورد الشرط في ضمن عقد الهبة فراجع.

(١) اما المقام الأول: فقد اشكل على التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه:

احدها: ان مفاد المستفيض (المؤمنون- أو المسلمون- عند شروطهم) «١» لزوم العمل بالشروط، فلا بد و ان يكون الشرط فعلا اختياريا للمشروط عليه، و اختياريا له، فلا يشمل الشروط الخارجة عن تحت اختياره و قدرته، و منها شرط عدم الخيار.

و فيه ان هذا يتم في نفسه، الا- ان صحيح «٢» مالك المتقدم آنفا المذكور في المتن يدل على صحة شرط عدم الخيار، و ان المستفيض يشمل، و هو يصلح قرينة على ارادة نفوذ

(١) الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار و- باب ٤- من ابواب المكاتب و غيرهما من الابواب.

(٢) الوسائل- باب ١١- من ابواب المكاتب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٤

الأول: ان الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازما، لان الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على اصل العقد، (١) بل هو كالوعد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزوم الدور.

كل شرط يكون مربوطا بالمشروط عليه.

(١) ثانيها: ان الشرط في ضمن العقد الجائز لا يجب الوفاء به، لأنه لا يزيد حكمه على حكم الأصل، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزوم الدور.

و فيه: اولاً- انه لا- دليل على اعتبار كون العقد المشروط فيه لازما، بل مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء به لزومه حتى في العقود الجائزة.

و دعوى انه لا يزيد حكمه على حكم اصل العقد.

ان اريد بها انه تابع و التابع لا يزيد حكمه على حكم المتبوع.

فيردها: انه ليس بتابع بهذا المعنى، بل هو مستقل في الاعتبار و الدليل.

و ان اريد بها انه ينافى جواز العقد الذي لازمه جواز اعدامه و حله مع وجوب الوفاء بالشرط.

فيردها: ان الجواز و للزوم لا- يردان على محل واحد كى يتنافيان، بل الجواز انما هو متعلق بما هو كالموضوع للزوم، و مقتضاها معا انه يجوز حل العقد، و لكن على فرض عدم الحل يجب الوفاء بالشرط، و كم له نظير فى الفقه، فالحاضر يجب عليه الصوم و لكن له ان يسافر فلا يصوم، و هكذا غيره.

و ثانيا: انه لو تم البرهان المذكور كان لازمه اعتبار ان لا يبقى العقد جائزا مع لزوم شرطه لا لزوم العقد قبل لزوم العقد، فلا يكون هناك محذور من هذه الناحية.

و أما ما ذكره المحقق الاصفهاني رحمه الله زائدا على ذلك: بان لزوم الشرط حسب الفرض و ان توقف على لزوم العقد، الا ان لزوم العقد لا يتوقف على لزوم الشرط بل يتوقف منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٥

الثاني: ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: البيعان بالخيار فاشترط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد. (١)

الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط من ان اسقاطه الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع فاسقاطه فيه كاسقاطه قبله، هذا، و لكن شىء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

اما الأول: فلأن الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لانها كالوعد و الواقعة فى ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز، لان الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان، لان الشرط تابع و كالتقييد للعقد المشروط به. اما إذا كان نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاما آخر مغايرا لالتزام اصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيك بين التابع و المتبوع فى اللزوم و الجواز.

و أما الثاني: فلان الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى و نفسه، (٢)

على صحته، لأن مجرد صحته يكفى فى سقوط الخيار.

فرد عليه: ان دليل صحة الشرط و لزومه واحد، فمع عدم شمول دليل اللزوم لا سبيل الى الحكم بالصحة. فالصحيح ما تقدم.

(١) ثالثها: ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، و المراد من مقتضى العقد فى المقام- على ما ذكره المصنف رحمه الله: ما يشمل لازمه كالحكم الشرعى.

و عليه فلا- يرد على المصنف رحمه الله بالتهافت بين كلماته، حيث جعل الاشكال اولاً فى منافاته لمقتضى العقد، و اخيراً فى منافاته لحكمه الشرعى كما فى الحاشية.

و اجاب المصنف رحمه الله عن هذا الاشكال بوجهين:

(٢) الأول: ان المتبادر من اطلاق دليل الخيار صورة الخلو عن اشتراط سقوطه،

و غاية ما يمكن ان يقال فى توجيهه: ان الخيار حيث انه من باب الارفاق بالمالك كى يتروى فى امر المعاملة، فدليله ينصرف الى صورة عدم الالتزام بالمعاملة و اشتراط عدم الخيار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٦

فلا ينافى سقوطه بالشرط، و بعبارة اخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا،

لا طبيعة العقد من حيث هى، حتى لا يوجد بدونه و قوله: البيعان بالخيار و ان كان له ظهور فى العلية التامة، الا ان المتبادر من اطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط، مع ان مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط كون العقد مقتضيا لاتمام العلة ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً، (١) نعم يبقى الكلام فى دفع توهم انه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط و عمومات الكتاب و السنة لم يبق شرط

مخالف للكتاب و السنة. بل و لا لمقتضى العقد و محل ذلك و ان كان فى باب الشروط الا ان مجمل القول فى دفع ذلك فيما نحن فيه، انا حيث علمنا بالنص و الاجماع ان الخيار حق مالى قابل للاسقاط و الارث، لم يكن سقوطه منافيا للمشروع «للمشروط» فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى، كما لو اشترط فى هذا العقد سقوط الخيار فى عقد آخر.

و فيه: ان هذا الانصراف بدوى لا يصلح لتقييد الاطلاق.

(١) الثانى: ان مقتضى الجمع بين دليل الخيار و دليل الشرط كون العقد مقتضيا لاتمام العلة.

و فيه: بعد اصلاحه بان المراد من كون العقد تارة علة تامة و اخرى مقتضيا، هو: ان تمام الموضوع تارة نفس العقد، و اخرى العقد المجرد عن الشرط، مثلا انه على فرض شمول اطلاق دليل الخيار لصورة الاشتراط و منافاة الشرط له، يكون دليل الخيار مقدا لتقييد دليل الشرط بالشرط غير المخالف للكتاب و السنة.

و الحق ان يقال: - بعد عدم كون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد بمعناه الأخص و هو المنافى لحقيقة العقد كالباع بشرط ان لا يملك، و المنافى لما يتقوم به العقد كالباع بشرط ان لا يكون له عوض.

ان هذا الشرط ليس مخالفا للكتاب و السنة، فان الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط و النقل، فله ان يسقطه بعد تحققه، و من اول آن ثبوته بان يمنع عن ثبوته، فشرط عدم الخيار بهذا المعنى أو سقوطه ليس مخالفا للشرع لفرض جوازه و ان له ذلك. و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محله.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٦٧

و أما عن الثالث بما عرفت من ان المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط و اقدم المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط ابطال المقتضى لا إثبات المانع، (١) و يمكن ان يستأنس لدفع الاشكال من هذا الوجه الثالث و من سابقه، بصحيفة مالك بن عطية المتقدمة.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:

احدها: ان يشترط عدم الخيار و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط (٢) فيقول: بعث بشرط ان لا يثبت خيار المجلس، كما مثل به فى الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة لان المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

رابعها: ان اسقاط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، فان الخيار لا يحدث الا بعد العقد، فاسقاطه فى ضمن العقد كاسقاطه قبله.

(١) و اجاب المصنف رحمه الله عنه: بانه مع شرط الخيار لا تشمل ادلته ذلك العقد، ففائدة الشرط ابطال المقتضى لا إثبات المانع. و قد عرفت الجواب عن ذلك.

و الحق ان يقال: اولاً: ان هذا الوجه مختص بشرط السقوط و لا يجرى فى شرط عدم الخيار، بمعنى اشتراط عدم ثبوته.

و ثانياً: ان شرط سقوطه عند حصوله لا مانع منه سوى التعليق الذى لا دليل على المنع عنه سوى الاجماع المختص بغير الشرط، كيف و قد ادعى الاجماع على سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه فى ضمن العقد. فتحصل: ان شرط سقوط الخيار بكلا معنيه لا مانع عنه، و تشمله ادلة الشروط.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:

(٢) احدها: ان يشترط عدم الخيار، قال المصنف: و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول بعث بشرط ان لا يثبت خيار المجلس كما مثل به فى الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٨

الثاني: ان يشترط عدم الفسخ فيقول: بعث بشرط ان لا أفسخ في المجلس، (١) فيرجع الى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط وفسخ، فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ، لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه و عدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة في حقه، و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من ان بيع منذور التصديق حث موجب للكفارة لا فاسد،

الثاني: ان يشترط سقوطه في فرض ثبوته و هذان القسمان من قبيل شرط النتيجة بخلاف القسمين الآخرين اللذين هما من قبيل شرط الفعل.

اشتراط عدم الفسخ

(١) الثالث: ان يشترط عدم الفسخ، فيقول بعث بشرط ان لا أفسخ و الكلام في هذا الوجه يقع في جهات:

الاولى: انه لو فسخ و عصى هل يؤثر هذا الفسخ في حل العقد ام لا؟

وقد ذكر في وجه عدم التأثير في قبال عموم دليل الخيار المقتضى للانحلال وجوه:

احدها: ما اشار إليه المصنف رحمه الله في ابتداء كلامه و اوضحه المحقق النائيني رحمه الله، و هو:

انه يشترط في نفوذ كل تصرف معاملي السلطنة عليه، و مع تعين عدم الفسخ عليه بمقتضى عموم دليل الشرط لا سلطنة له على الفسخ، لأن الالتزام بعدم الفسخ موجب لسلب القدرة عليه شرعا فلا يكون مؤثرا.

وفيه: ان المعتبر في نفوذ التصرف السلطنة الوضعية لا التكليفيه، و مقتضى عموم دليل الشرط سلب السلطنة التكليفيه، دون الوضعية. و قد تقدم توضيح ذلك في اول الجزء الاول من هذا الشرح فراجع.

ثانيها: ان الشرط يوجب حدوث حق للمشروط له في خيار المشروط عليه، و لذا يجوز اجباره عليه، فهو ممنوع عن اعمال خياره لكونه متعلق حق الغير كما في بيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٩

و حينئذ فلا فائدة في هذا غير الاثم على مخالفته إذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مرتب هنا، و الاحتمال الأول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، و هو عدم

الفسخ في جميع الاحوال حتى بعد الفسخ، (١)

فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا، كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ احدهما منفردا لغوا، لا يرفع وجوب الوفاء.

منذور التصديق.

وفيه: ان غاية ما يدل عليه دليل الشرط لزوم العمل به، و أما حدوث حق اعتباري للمشروط له فلم يدل عليه دليل، و جواز الاجبار مشترك بين التكليف و الحق.

ثالثها: ان دليل الخيار بالدلالة المطابقة يدل على الترخيص التكليفي في الفسخ،

و من ذلك يستفاد الخيار، و ان المعاملة تنحل بفسخ من رخص له الفسخ، فإذا دل دليل الشرط على رفع ذلك الترخيص و حرمة الفسخ ارتفع الخيار ايضا، لأن المدلول الالتزامي يتبع المدلول المطابقي في الحجية كتبعيتها لها في الوجود.

وفيه: ان المدلول المطابقى لدليل الخيار هو الوضع لا التكليف المحض.

(١) رابعها: ما ذكره المصنف رحمه الله اخيرا، و هو: ان مقتضى عموم دليل الشرط ترتيب آثار الشرط و هو عدم الفسخ حتى بعد الفسخ، و لازم ذلك وقوع الفسخ لغوا.

وفيه: ان مفاد دليل الشرط ليس ترتيب آثار المشروط، و لذا لو اشترط بيع شىء لا يحكم بترتيب آثار البيع بدونه، بل مفاده نفوذ الشرط و صحته أو لزوم العمل به.

فتحصل مما ذكرناه: ان شرط عدم الفسخ لا يوجب عدم تأثير الفسخ.

الثانية: فى صحة هذا الشرط و شمول العموم له.

و قد يقال بعدم صحته من جهة المحذور الثانى من المحاذير المتقدمة، و هو كونه شرطا فى ضمن عقد جائز.

و الجواب عنه: ما تقدم من ان الشرط فى ضمن العقد الجائز لازم الوفاء

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧٠

الثالث: ان يشترط اسقاط الخيار، (١) و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد (٢) فلو اخل به و فسخ العقد ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان و الاقوى عدم التأثير،

نعم لا يندفع ذلك بما اجاب به الشيخ رحمه الله من لزوم العقد بلزوم الشرط بناء على القول بتأثير الفسخ كما لا يخفى.

الثالثة: فى اثر هذا الشرط على القول بتأثير الفسخ.

الظاهر انه لا أثر له سوى الاثم على مخالفته، و ما يترتب على مخالفة الشرط فى سائر الموارد من تسلط المشروط له على الفسخ عند مخالفة الشرط لا يترتب هنا كما لا يخفى.

(١) الرابع: ان يشترط اسقاط الخيار.

و الكلام فى جواز هذا الشرط هو الكلام فى جواز شرط عدم الفسخ، كما ان الكلام فى تأثير الفسخ هو الكلام فى تأثيره فى الوجه المتقدم كما سنشير إليه.

و فى المقام خصوصيات لا بد من الاشارة إليها:

احداها: هل يجب الاسقاط، ام لا؟ فيه وجهان، قال المصنف:

(٢) ان مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد.

و علق عليه السيد الفقيه بقوله: يعنى ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، و الا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

و لكن يمكن ان يكون نظر المصنف رحمه الله الى احد الوجهين:

اما الى انه بعد فرض اتحاد الاسقاط و السقوط حقيقة و اختلافهما اعتبارا لو اشترط الاسقاط يمكن حمله على ارادة السقوط، فيسقط بعد البيع و يمكن ان يكون مراده الفعل،

و الظاهر ارادة الثانى.

أو الى انكار هذا الظاهر، و انه لا يحتاج الى الاسقاط، بل يسقط الخيار بنفس هذا الشرط، و لم يكن للفسخ بعده اثر كما يختاره.

ثانيتها: على فرض وجوب الاسقاط، لو اخل به، ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، إذ مع لزوم الاسقاط لا سلطنة للمشروط عليه على ضده، و هو اعمال الخيار بفسخ العقد و كذا دليل الشرط على فرض دلالة على لزوم ترتيب آثار الشرط يشمل

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧١

و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ (١) وجهان من عدم حصول الشرط و من ان

المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا إذا فسخ، (٢) و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار، لعدم تخلف الشرط و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لانه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد (٣) و يكون بقاء المشتري على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له.

اطلاقه بعد انشاء الفسخ فيكشف عن عدم تأثيره، و كذا الوجهان الآخران كما هو واضح، و قد عرفت فساد الجميع، فالأظهر تأثير فسخه.

(١) هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشتري الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ؟ فيه اقوال:
الأول: ان له ذلك مطلقا.

الثاني: عدم ثبوته له مطلقا.

الثالث: ما اختاره المصنف رحمه الله، و هو التفصيل بين القول بتأثير الفسخ و عدمه، و اختيار أن له ذلك على الأول دون الثاني.

و الأظهر هو الأول لما دل على ثبوت الخيار للمشروط له إذا تخلف المشتري و لم يعمل بالشرط في سائر الموارد، فانه يجرى في المقام طابق النعل بالنعل.

(٢) و استدلل للثاني: بان المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا إذا فسخ، و بعده لا موضوع له.

(٣) و المصنف رحمه الله قال: و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، و على القول بتأثيره ثبوت الخيار، لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد.

و الظاهر ان مراده من عدم تخلف الشرط عدم تخلفه من حيث الغاية و النتيجة المرادة.

و يرد عليه: - مضافا الى ان الغرض قد يكون سقوط الحق لا خروج العقد عن التزلزل- ان الموجب للخيار تخلف الشرط بعنوانه لا من حيث تخلف الغاية المقصودة.

فالأظهر ثبوته مطلقا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٢

و قد يموت ذو الخيار و ينتقل الى وارثه. بقى الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد، (١) فلو ذكره قبله لم يفد لعدم الدليل على وجوب الوفاء به، و صدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت، لان المتبادر عرفا هو الالتزام المرتبط بمطلب آخر. (٢) و قد تقدم عن القاموس انه الالتزام و الالتزام في البيع و نحوه.

و عن الشيخ و القاضي تأثير الشرط المتقدم قال في محكي الخلاف لو شرطا قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الايجاب و القبول، ثم نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعي ثم قال: دليلنا انه لا مانع من هذا الشرط و الاصل جوازه و عموم الاخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع، انتهى.

الشرط غير المذكور في متن العقد

(١) قوله بقى الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد بناء على جواز الشرط كما هو المفروض في

المقام، و ستعرف في محله تفصيل القول فيه.

لا كلام في نفوذ الشرط المذكور في متن العقد و لو بأن يذكره قبل العقد و يشير إليه في العقد بان يقول مثلاً: بعت على ما ذكر.

كما لا كلام معتد به في عدم نفوذ الشرط غير المذكور في العقد و لم ينشأ العقد مبنيًا عليه بان يكون حين العقد غافلاً عنه.

انما الكلام فيما لو ذكر الشرط قبل العقد و وقع العقد مبنيًا عليه.

فظاهر جماعة نفوذه.

و صريح آخرين عدمه.

و استدلال لعدم العبرة به بوجوه:

(٢) الأول: ما في المكاسب، و حاصله: ان الشرط هو الالتزام أو الالتزام المرتبط بمطلب آخر، و عليه فالشرط المذكور سابقاً لا يجب

الوفاء به، لأنه اما وعد بالالتزام أو التزام تبرعى لا يجب الوفاء به، و هو و ان كان باقياً الى حين العقد الا انه لا يرتبط بالالتزام العقدي الا

بجعل المتكلم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٣

و نحوه المحكى عن جواهر القاضى و قال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك و عندى في ذلك نظر، فان الشرط انما يعتبر

حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد و تباعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه، انتهى.

اقول التبايع «التباني» على ذلك الشرط ان كان بالاشارة إليه في العقد بأن يقول مثلاً: بعت على ما ذكر فهو من المذكور في متن العقد

و ان كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الانشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ. نعم يحتمل ان يريد الصورة الاولى و اراد بقوله قبل العقد

قبل تمامه، و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط و يؤيده ايضا بل يعينه ان بعض اصحاب الشافعى انما

يخالف في صحة هذا الاشتراط في متن العقد و قد صرح في التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية في اشتراط عدم الخيار في متن

العقد، و استدلال عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد، فلا يصح اسقاطه قبل تمامه.

و فيه: ان الالتزام الشرطى و البيعى كليهما من مقولة المعنى لا اللفظ، و اللفظ مبرز لهما، و عليه فإذا كان الالتزام الشرطى باقياً الى حين

العقد و اوقع العقد مبنيًا عليه- اى قيد التزامه البيعى بالالتزام الشرطى بالنحو الصحيح الذى سيمر عليك فى باب الشروط، الذى به

يخرج العقد عن التعليق- صدق على ذلك الالتزام الضمنى الشرط حتى على القول بانه التزام مربوط بمطلب آخر، فيشمله دليل

وجوب الوفاء بالشرط.

الثانى: ما افاده المحقق النائينى رحمه الله، و هو: ان القصد و الدواعى غير معتبرة فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها، فمجرد وقوع

العقد مبنيًا على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر.

ثم تفتن لاشكال، و هو: انه لا إشكال فى الاكتفاء بالقصد فى الشروط التى جرت العادة و العرف على الالتزام بها فى العقد، كوصف

الصحة، و تسليم المبيع و ما شابههما.

فأجاب عنه: بانه فى تلك الشروط انشاء العقد انشاء لها لأنها من لوازم الفاظ العقود، فكما انه ينشأ بها معانيها المطابقة فكذا مداليلها

الالتزامية، و هذا بخلاف الشرط

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٤

و الحاصل ان ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع، يكاد يوجب

القطع بعدم ارادة الشيخ صورة ترك الشرط فى متن العقد و كيف كان. فالاقوى ان الشرط الغير المذكور فى متن العقد، غير مؤثر لانه

لا يلزم بنفس اشتراطه السابق، لان المتحقق فى السابق. اما وعد بالالتزام، أو التزام تبرعى لا يجب الوفاء به، و العقد اللاحق و ان وقع مبنيًا

عليه لا يلزمه لانه الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد الا بجعل المتكلم، و الا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر شرطا منويا،

فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة، فان من باع داره في حال بنائه في الواقع على عدم الخيار له، لم يحصل له في ضمن بيعه ان شاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد انشاءه بشيء بخلاف قوله: بعثك على ان لا خيار لى الذى مؤداه بعثك ملتزما على نفسى و بانيا على ان لا خيار لى فان انشاءه للبيع قد اعتبر مقيدا بانشاءه

الخاص للعقاد الخاص، فانه ليس من المداليل الالتزامية، فليس هو المنشأ فى العقد الا مع ارتباط العقد به صريحا أو اشارة. و فيه: انه فى باب العقود و الايقاعات يعتبر وجود اللفظ أو ميرز آخر بلا- كلام، و أما فى باب الشروط فلا دليل على اعتباره، و لعل الاكتفاء بالقصد و الالتزام النفسانى فى الشروط التى جرت العادة على الالتزام بها فى العقد اقوى شاهد على ذلك إذ ليس ذلك الالتزام من لوازم الالتزام البيعى كى يكون اللفظ المبرز للالتزام البيعى مبرزا له بالالتزام. و لو بنى على كفاية ذلك لا بد من البناء على كفاية بناء المتعاقدين ايضا، فان بناء غيرهما من اهل العرف غير دخيل فى الدلالة بهذا المعنى.

الثالث: النصوص الواردة فى النكاح الدالة على انه لا عبرة بالشرط قبل العقد: منها: موثق ابن بكير عن مولانا الصادق عليه السلام: إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به و اوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح فان اجازته فقد جاز منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧٥

التزام عدم الخيار فحاصل الشرط الزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالاول و تمام الكلام فى باب الشروط انشاء الله تعالى.

و ان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح «١».

و منها: موثق محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام فى الرجل يتزوج المرأة متعة: انهما يتوارثان إذا لم يشترطا، و انما الشرط بعد النكاح «٢».

و منها: موثق ابن بكير عن الامام الصادق عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز «٣». و فيه: اولاً: ان هذه النصوص مختصة بشروط المتعة، و تدل على انه إذا لم تذكر فى ضمن العقد تنقلب دائماً. اما الأولان فواضح.

و أما الأخير فلقوله هدمه النكاح فان شروط المتعة يهدمها النكاح بدون الشرط.

و أما سائر الشروط فغاية الأمر عدم وجوب العمل بها لا هدمها و جعلها كالعدم.

و ثانياً: انه لا وجه للتعدى عن باب النكاح الى سائر الموارد و الأبواب.

و ثالثاً: انها قابلة للحمل على ما كان من الشروط سابقا و لم يكن مضمرا حال العقد على وجه يكون مبنيا عليه، إذ لا يصدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده فى اثناؤه.

فتحصل: ان الأظهر نفوذه و وجوب العمل به.

(١) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة من كتاب النكاح حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة حديث ٤.

(٣) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٦

فرع ذكر العلامة في التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى ان يعتق عبده إذا باعه بأن قال الله: على ان اعتقك إذا بعتك قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر، (١) فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط و يصح البيع و يعتق انتهى. اقول هذا مبنى على ان النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له. (٢) وقد مر ان الاقوى في الشرط ايضا كونه كذلك.

(١) ذكر العلامة في محكى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى ان يعتق عبده إذا باعه، قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر. وتصوير النذر المزبور بنحو يجب الوفاء به و يكون صحيحا: ان ينذر التملك ثم العتق، إذ لو نذر العتق و هو ملك المشتري بطل النذر، و لو نذر العتق بعد التملك على ان يكون التملك شرطا للنذر لم يجب التملك و الوفاء بالنذر.

و حينئذ تارة لا يمكن الاقالة أو الشراء منه ثانيا.

و اخرى يمكن ذلك فالكلام يقع في موردين:

الأول: إذا لم يمكن الاقالة أو الشراء منه ثانيا.

لا اشكال في صحة البيع اشترط عدم الخيار ام لا، بناء على ان الشرط الفاسد لا يفسد البيع و أما شرط عدم الخيار فهل يكون باطلا و فاسدا ام لا؟ وجهان.

قد استدل المصنف رحمه الله للأول:

(٢) بان النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له.

وفيه: اولاً: ان غاية ما يقتضيه ذلك حرمة الشرط لا فساد لما تقدم من عدم دلالة الحرمة على الفساد، الا ان يضم إليه ما سنذكره.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٧

...

و ثانيا: ان وجوب الوفاء بالنذر انما يكون بعد البيع، فما لم يتم البيع لا وجوب من ناحية النذر كى يوجب عدم تسلط البائع على هذا الشرط.

و الحق ان يقال: ان هذا الشرط من قبيل المقدمات المفوتة الموجبة لفوت الغرض و عدم القدرة على امتثال التكليف في ظرفه - و قد حققنا في الاصول حرمتها - فيصير الشرط حراما، فلا يكون نافذا من جهة انه يعتبر في نفوذ الشرط ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة، و الشرط المخالف سواء كان المشروط مخالفا أو الشرط نفسه لا يكون نافذا على ما سيحىء في باب الشروط.

و دعوى ان الشرط المخالف بنفسه لا من جهة مخالفة المشروط انما لا يكون نافذا إذا كان الشرط مخالفا للشرع، و في المقام الشرط لا يكون مخالفا بنفسه و انما يكون المحرم اسقاط الخيار.

مندفعة بان الشرط بنفسه اسقاط، فيكون حراما و مخالفا للشرع.

المورد الثانى: ما إذا امكن الاقالة أو الشراء منه ثانيا، فقد افاد السيد الفقيه رحمه الله: انه يصح الشرط و لا مانع عنه.

و اورد عليه المحقق النائنى رحمه الله: بان الاقالة أو الشراء ليس تحت قدرة الناظر، لأن تحقق هذه العناوين يتوقف على ارادة شخص

آخر، و قد لا يريدھا، و ما هو تحت قدرته اعمال الفسخ، فيجب على الناظر اعماله، و مقتضاه عدم صحة شرط سقوط الخيار.

و فيه: ان حرمة شرط سقوط الخيار انما تكون لأجل كونه تفويتا للغرض، فلو فرضنا العلم بعدم الفوت- و لو بفعل غير اختياري- لا

يكون هذا الفعل مفوتا، فلا يكون حراما، فيكون صحيحا و نافذا.

فالأظهر ما افاده السيد رحمه الله.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧٨

مسألة: و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد (١)

إشارة

بل هذا هو المسقط الحقيقى و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالاسقاط، و يدل عليه بعد الاجماع، فحوى ما سيجىء من النص الدال على

سقوط الخيار بالتصرف، معللا بأنه رضاء بالبيع، (٢)

مضافا الى القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه، (٣) و لعله لفحوى تسلط الناس على اموالهم فهم اولى بالتسلط على

حقوقهم المتعلقة بالاموال،

الاسقاط بعد العقد

(١) الثانى: من المسقطات: اسقاط هذا الخيار بعد العقد.

و استدل لسقوطه بالاسقاط بوجوه:

الأول: الاجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(٢) الوجه الثانى: فحوى ما سيجىء من النص «١» الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللا بأنه رضاء بالبيع، استدل بها المصنف رحمه

الله.

و اورد عليه المحقق الايروانى رحمه الله: بان النص بعموم التعليل يدل على حكم المقام بلا حاجة الى الفحوى، بل و مع منع الفحوى.

و لكن تقريب الفحوى على مسلك المصنف رحمه الله- الملتزم بان لزوم العقد بالرضا و اقراره انما يكون من جهة ان مرجعه الى

اسقاط الخيار: انه إذا دل الدليل على مسقطية الرضا و كونه موجبا للزوم من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار، فنفس الاسقاط اولى

بان يكون مسقطا للخيار.

فلا يرد عليه ما اورده المحقق المذكور.

(٣) الثالث: القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه لفحوى تسلط الناس على اموالهم «٢» فهم اولى بالتسلط على حقوقهم

المتعلقة بالأموال.

و اورد عليه بوجوه:

احدها: ان دليل السلطنة ضعيف السند.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٦ الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٩

...

و فيه: انه لاعتماد الأصحاب عليه و تمسكهم به يكون معتبرا.

ثانيهما: ما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، و هو: ان علقه الحق اضعف من علقه المال،

و السلطنة في القوى لا تقتضى السلطنة في الضعيف بل الأمر بالعكس، فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال.

و فيه: انه على فرض تسليم دلالة هذا الدليل على سلطنة الانسان على اعدام الملك،

و الاعراض عنه يتم هذه الاولوية، إذ السلطنة على اعدام القوى و اذها به توجب بالاولوية السلطنة على اعدام الضعيف.

و ان شئت قلت: ان السلطنة في الشيء غير السلطنة على الشيء، و الاولوية في الثانية بخلاف الاولوية في الاولى.

ثالثها: ان دليل السلطنة لا يدل على ان للمالك الاعراض عن ماله و سلب الملكية عن نفسه لما تقدم في الجزء الثالث من هذا الشرح

في مبحث المعاطاة من انه كسائر الأدلة انما يدل على ثبوت الحكم على فرض وجود الموضوع، و لا- نظر له الى بقاء الموضوع و

ارتفاعه، و موضوع السلطنة المال المضاف باضافة الملكية، فلا يدل على ان له الاعراض عنها.

و بعبارة اخرى: انه يدل على ان له السلطنة على التصرفات في المال، و لا يدل على ان له السلطنة على السلطنة باعدامها و الاعراض

عنها، و عليه فلا يدل بالفحوى على ان له اسقاط الحق و اعدامه.

لا يقال: انه حيث لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط كما عن المصنف

فلو دل هذا الدليل على ثبوت السلطنة على الحقوق بالاولوية دل على ان له الاسقاط.

فانه يقال: ان هذا يتم لو كان ذلك- اى ثبوت السلطنة على الحقوق- مفاد دليل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٠

و لا معنى لتسلطهم على مثل هذا لحقوق الغير القابلة للنقل، (١) الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط، و يمكن الاستدلال له بدليل

الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي. ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه ياحدى الدلالات العرفية (٢) للفحوى

المتقدمة (٣) و فحوى ما دل على كفاية بعض الافعال في اجازة عقد الفضولي. (٤)

خاص لا فيما إذا كان مستفادا من الدليل العام، فان الالتزام بعدم السلطنة في مثل هذه الحقوق رأسا لعدم المعنى لها لا يترتب عليه

محذور.

(١) قوله لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق... الا نفوذ تصرفهم فيها فقد أورد عليه السيد بانه على فرض كونه قابلا للنقل ايضا

يمكن الاستدلال بان يراد الأعم من النقل و الاسقاط.

و قد عرفت في ذيل الايراد الثالث على الوجه الثاني: انه يمكن توجيه كلام المصنف ره بنحو لا يرد عليه هذا الايراد، و ان كان غير

تام على اى تقدير. فراجع.

(٢) قوله ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه ياحدى الدلالات.

و قد استدلل له بوجوه:

(٣) الأول: فحوى ما دل على سقوط الخيار بالتصرف، فانه إذا كان الفعل الكاشف عن الرضا بالبيع و الالتزام به مسقطا للخيار فاللفظ

الدال على ذلك اولى بان يكون مسقطاً لأقوائية اللفظ من الفعل.

و هذا هو مراد المصنف رحمه الله من قوله للفحوى المتقدمة.

فلا يرد عليه ما عن المحقق الخراساني رحمه الله من: ان دليل السلطنة لا يتكفل نفوذ السبب بل يتكفل مشروعية المسبب: فانه يتوقف على ارادة الفحوى الثانية لا الاولى.

(٤) الثاني فحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال في اجازة عقد الفضولي.

وفيه: انا لم نجد ما يدل على ذلك سوى طائفتين من النصوص.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨١

و صدق الاسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على اسقاط الحقوق و على هذا فلو قال احدهما: اسقطت الخيار من الطرفين،

فرضى الآخر سقط خيار الراضى (١)

ايضا، لكون رضاه باسقاط الآخر خياره اسقاطا ايضا.

احدهما: فى العبد يزوج نفسه بغير اذن مولاه، المتضمنة: ان سكوت المولى بعد العلم اقرار منه «١».

ثانيتها: فى المرأة تزوج نفسها فى حال السكر، المتضمنة: انها لو اقامت معه بعد الافاقة يكون التزويج نافذا «٢».

و مورد هما ما يكون العقد تاما من جميع الجهات سوى عدم احراز رضا من يعتبر رضاه بالعقد، و من المعلوم ان الرضا القلبي يكفى

باى شىء احرز، و هذا بخلاف الموارد التى يكون العقد فيها ناقصا من جهة اخرى و تتوقف تماميته من تلك الناحية على الانشاء كبيع

الفضولى، حيث انه ناقص من جهتين: من ناحية الرضا، و من ناحية عدم كونه مستندا الى المالك، و هو من الجهة الثانية يحتاج الى

الانشاء، و لهذا لا يكفى فى الاجازة الرضا القلبي، بل لا بد من الانشاء.

و المقام من هذه الموارد، اى يتوقف على الانشاء و لا يكفى مجرد الرضا القلبي بسقوط الخيار، فهذا الوجه غير تام.

الثالث: ان مقتضى اطلاق الدليل كفاية كل ما يصدق عليه الاسقاط و فرع المصنف على ذلك و قال.

(١) و على هذا فلو قال احدهما اسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى لعل وجه التفرع على ما سبق انه بناء على

كفاية كل ما يدل على الاسقاط فى سقوط الحق لو انشأ احدهما السقوط من الطرفين و رضى الآخر كفى ذلك فى سقوط الخيار

لتحقق الانشاء و الرضا.

و لكن يرد عليه ان انشاء احدهما السقوط من طرف الآخر لا يكفى بل لا بد من استناده إليه و على فرض جريان الفضولى فى الايقاع

لا بد من اعتبار الاجازة تحقيقا للاستناد و الرضا بالاسقاط ليس انشاء للسقوط و اسقاطا.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

(٢) الوسائل - باب ١٤ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٢

مسألة: لو قال احدهما لصاحبه: اختر، (١) فإن اختار المأمور الفسخ فلا اشكال فى انفساخ العقد، و ان اختار الامضاء ففى سقوط خيار

الامر ايضا مطلقا كما عن ظاهر الأكثر بل عن الخلاف، الإجماع عليه، أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه، و إلا فهو باق مطلقا كما

هو ظاهر التذكرة، أو مع قيد ارادة الاستكشاف دون التفويض و يكون حكم التفويض كالتملك، اقوال و لو سكت فخيار الساكت

باق اجماعا، و وجهه واضح. و أما خيار الامر ففى بقائه مطلقا أو بشرط عدم ارادة تملك الخيار، كما هو ظاهر التذكرة، أو سقوط

خياره مطلقا كما عن الشيخ، اقوال و الاولى ان يقال: ان كلمة اختر

لو قال احدهما لصاحبه اختر

(١) مسألة: لو قال احدهما لصاحبه اختر فان اختار الفسخ فلا اشكال في انفساخ العقد، و ان اختار الامضاء ففي سقوط خيار الأمر ايضا اقوال:

احدها: السقوط مطلقا. نسب ذلك الى جمع من الأساطين فيما لو اختار الامضاء،
و أما لو سكت فلم اظفر بمن يقول بالسقوط و ان نسب الى الشيخ رحمه الله، و لكن الثابت خلافه.
ثانيها: السقوط إذا قصد التمليك.

ثالثها: السقوط إذا قصد التمليك أو التفويض.

رابعها: السقوط إذا قصد التمليك و اسقط الآخر.

خامسها: عدم السقوط.

و لا يخفى ان عنوان هذه المسألة انما يكون تبعا للنص: روى نافع عن ابن عمر: ان النبي صلى الله عليه و آله قال المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول احدهما لصاحبه اختر. «١» من جهة ان الأصحاب لم يفهموا منه التعبد المحض فالتجئوا الى تطبيقه على القواعد، و حيث انه نبوى و لم يصل الينا بطريق معتبر، و اعتماد الأصحاب عليه غير ثابت، فهو لا يصلح لأن يعتمد عليه في الحكم، فلا بد من ملاحظة القواعد.

(١) الخلاف كتاب البيوع مبحث خيار المجلس.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٣

بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب احد طرفي العقد من الفسخ و الامضاء،

و ليس فيه دلالة على ما ذكره من تمليك الخيار أو تفويض الامر أو استكشاف الحال نعم الظاهر عرفا من حال الامر ان داعيه استكشاف حال المخاطب (١) و كأنه في العرف السابق كان ظاهرا في تمليك المخاطب امر الشئ، كما يظهر من باب الطلاق فإن تم دلالة حينئذ على اسقاط الامر خياره بذلك و الا فلا مزيل لخياره،

و ملخص القول فيه: انه لا خلاف في معنى كلمة اختر مادة و هيئة، و لكن بعد عدم ارادة طلب الاختيار حقيقة يحتمل فيها معان:

احدها: ان يكون انشاء الطلب بها بقصد اسقاط حقه و الاعراض عنه.

ثانيها: ان يكون لغرض نقل خياره الى صاحبه و تمليكه اياه.

ثالثها: ان يكون بقصد تفويض اعمال خياره بفسخ أو امضاء الى صاحبه.

(١) رابعها: ان يكون بغرض استعمال حال المخاطب.

و على جميع هذه الاحتمالات لو اختار الآخر الفسخ لا إشكال في الانفساخ، كما انه لو سكت لا كلام في عدم سقوط خياره، و لو اجاز لا كلام في سقوط خياره.

انما الكلام فيما لو اختار الامضاء أو سكت في انه هل يسقط خيار الأمر ام لا.

اما على الاول: فيسقط خياره بمجرد الامر.

و أما على الثاني: فان قبل صاحبه التمليك سقط و الا فلا.

لا يقال: انه قد تقدم عن المصنف رحمه الله و غيره: ان هذا الخيار لا يقبل النقل، فكيف يحكم بسقوط خياره. فانه يجاب اولاً: قد مر أنه قابل له.

و ثانياً: ان من يقول بعدم قابليته للنقل انما يلتزم به في النقل الى الأجنبي من جهة انه خيار المجتمعين و يكون مغياً بافتراقهما، فلا يمكن نقله الى غير من هو طرف المعاملة.

و أما في النقل الى من هو طرف المعاملة فلا يلتزم به لعدم جريان هذا الوجه فيه.

و أما على الثالث: فان سكت يبقى خياره، و ان اختار الامضاء من الطرفين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٤

و عليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض اخبار خيار المجلس، انهما بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول احدهما لصاحبه اختر. (١)

ثم انه لا إشكال في ان اسقاط احدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر،

و منه يظهر انه لو اجاز احدهما و فسخ الآخر، انفسخ العقد لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد اجازة احدهما جائزاً من طرف

الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من اول الأمر لاحدهما و هذا ليس تعارضاً بين الاجازة و الفسخ و ترجيحاً له عليها.

نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين (٢) كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف احد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد

كالاصيل و الوكيل فأجاز احدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة، كما لو باع عبداً بجارية،

ثم اعتقهما جميعاً، حيث ان اعتاق العبد فسخ، و إعتاق الجارية، اجازة،

أو اختلف الورثة في الفسخ و الإجازة تحقق التعارض. و ظاهر العلامة في جميع هذه الصور، تقديم الفسخ، و لم يظهر له وجه تام و

سيجيء الاشارة الى ذلك في موضعه.

سقط، إذ خيار الموكل لا يسقط ما لم يجز الوكيل من طرفه.

و أما على الرابع: فلا يسقط خياره اصلاً حتى بعد الاجازة.

و لا- يبعد دعوى ظهوره في الأول أو الثاني، و على فرض عدم الظهور في شيء منها مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار حتى بعد الامضاء.

(١) قوله و عليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض ... اختر من المقطوع به عدم كون هذه الكلمة الصادرة من احدهما

غاية لخيار كل منهما و عليه فلا بد من حمل ذلك على انها غاية لمجموع الخيارين لا لكل واحد منهما.

(٢) قوله نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين.

و ضابط ذلك ان يكون الخيار ثابتاً للطبيعة المنطبقة على كل منهما كما في خيار الورثة على احتمال - أو يكون اجازة احدهما اجازة

للآخر و مستندة إليه ايضاً كما في الخيار الثابت للوكيل و الاصيل - فان اجازة الوكيل اجازة للموكل و مستندة إليه اللهم الا ان يقال ان

فسخ الاصيل مقارناً لإجازة الوكيل يكون عزلاً و عليه فيؤثر الفسخ اثره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٥

مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين (١)

إشارة

و لا اشكال في سقوط الخيار به و لا في عدم اعتبار ظهوره في رضاهما بالبيع، (٢) و ان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك (٣) مثل قوله،

فإذا افترقا فلا- خيار لهما بعد الرضا و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد، افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد فإذا حصل الافتراق الاضافى و لو بمسما ارتفع الخيار

من المسقطات افتراق المتبايعين

(١) الثالث: من جملة مسقطات الخيار: افتراق المتبايعين.

لا كلام فى مسقطية الافتراق- بمعنى انتهاء امد الخيار به.

انما الكلام وقع فى موارد ثلاثة:

الأول: فى ان مسقطية الافتراق هل تكون من جهة كاشفيتها عن الرضا بلزوم العقد،

أو أنه بنفسه مسقط و غاية للخيار.

الثانى: فى تعيين اقل ما يحصل به الافتراق.

الثالث: فى انه هل يلزم حركة كل منهما الى جانب ام يكفى حركة احدهما؟

(٢) اما المورد الأول: فالحق انه بنفسه غاية له، إذ لا- طريقيه و لا- كاشفية للتفرق عن الرضا، و الشاهد به ملاحظة حال سائر اقسام

الخيار، فهل يتوهم احد كاشفية التفرق عن الرضا فيها، مع ان مقتضى اطلاق النصوص «١» عدم اعتبار شىء فى ذلك غير عنوان

التفرق.

و استدلال لاعتبار كشفه عن الرضا و ان مسقطيته بهذا الاعتبار بوجهين:

احدهما: قوله عليه السلام فى صحيح جميل فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. «٢» و إليه اشار المصنف بقوله.

(٣) و ان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك.

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار. ٢- نفس المصدر.

(٢) نفس المصدر.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٨٦

فلا يعتبر الخطوة، (١) و لذا حكى عن جماعة: التعبير بأدنى الانتقال. و الظاهر ان ذكره فى بعض العبارات لبيان اقل الافراد خصوصا

مثل قول الشيخ فى الخلاف اقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة مبنى على الغالب فى الخارج أو فى التمثيل لاقل الافتراق فلو تبايعا

فى سفيتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما و يظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثيل كثير من الاصحاب. و عن صريح آخر

التأمل، و كفاية الخطوة لانصراف الاطلاق الى ازيد منها فيستصحب الخيار، و يؤيده قوله فى بعض الروايات: فلما استوجبتها قمت

فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا، و فيه منع الانصراف و دلالة الرواية.

ثانيهما: ان الطريقة العقلانية جارية على انهم إذا اجتمعوا على انفاذ معاملة لا يفترقون الا بعد التزامهم بها، فالمطلقات محمولة على

الغالب، فلا دليل على انتهاء امد الخيار فى غير مورد الرضا.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلما عرفت من منع الكاشفية، نعم كاشفيتها عن الرضا بالبيع لا تنكر، مع ان المطلق لا يحمل على الغالب.

و أما الثانى: فلأنه حيث لم يذكر متعلق الرضا فى الخبر فيمكن ان يكون المراد الرضا باصل المعاملة اما بان يكون المراد انهما أو جدا

البيع عن الرضا، أو انهما رضيا بالبيع بمعنى عدم ال-كراه و الفسخ قبل التفرق، و يمكن ان يكون المراد الرضا بالتفرق فى مقابل

صدوره عن كره، و يمكن ان يكون المراد الرضا بلزوم العقد.

و لو لم ندع ظهوره في الأول فلا اقل من الاجمال، و حيث ان الاستدلال يتوقف على ارادة الثالث فهو لا يتم لعدم ثبوتها. الغريب ان المصنف رحمه الله في المقام بنى على عدم اعتبار هذا الظهور، و في المسألة الآتية يصرح باعتباره استنادا الى الصحيح. و أما المورد الثاني: فالأقوال فيه ثلاثة:

(١) احدها: كفاية مجرد الافتراق و لو كان اقل من خطوة. ذهب إليه المصنف رحمه الله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٧

ثم اعلم ان الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة احدهما و بقاء الآخر في مكانه فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما، (١) فالحركة من احدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن، و لو تحرك كل منهما، كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر، و كيف كان فلا يعتبر في الافتراق المسقط، حركة كل منهما الى غير جانب الآخر، كما يدل عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام عليه السلام ارضا و انه عليه السلام قال:

ثانيها: اعتبار الخطوة و كفايتها.

ثالثها: عدم كفايتها ايضا، و ان المدار على صدق الافتراق عرفا.

و الأظهر هو الأخير لوجهين:

الأول: ان الافتراق المجعول غاية في مقابل الاجتماع البدني الصادق على ما إذا كان الفصل بينهما خطوة أو اقل أو اكثر من المفاهيم العرفية الذي لا يشك احد في عدم صدقه بمجرد التباعد بخطوة أو خطوتين.

الثاني: قوله عليه السلام في جملة من النصوص: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع. «١» تقريبا الاستدلال به: تعليقه عليه السلام وجوب البيع على المشى خطى، و لا ريب في ظهوره في عدم كفاية الأقل، و ليس مورد الاستدلال به فعله عليه السلام كى يقال انه لا يدل على اعتبارها.

و استدلل: للأول: بان الموضوع هو الافتراق الصادق على الأقل من الخطوة.

و فيه: ان الافتراق غير التباعد، و الثاني يصدق بادننى فصل بخلاف الأول.

و أما المورد الثالث: فمحل الكلام ليس صدق التفرق مع عدم تأثير من المتفرقين، بل هذا يبحث فيه في المسألة الآتية، و المفروض في المقام صدقه بدونه.

(١) بل هو كفاية حركة احدهما مع سكون الآخر. و الأظهر ذلك، لأن الهيئة الاجتماعية الحاصلة للمتبايعين محققة لصدق الاجتماع، و ان كلا منهما مجتمع مع الآخر،

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٨

فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا (١) فاثبت افتراق الطرفين بمشييه عليه السلام فقط.

مسألة: المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه

إذا منع من التخايير أيضا (٢) سواء بلغ حد سلب الاختيار ام لا- لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل

المختار، (٣) مضافا الى حديث: رفع ما استكرهوا عليه (٤) و قد تقدم فى مسألة

و عدم تلك محقق لعنوان الافتراق- اى افتراق كل منهما عن صاحبه- و عليه فلو تحرك احدهما و سكن الآخر تنعدم الهيئة الاجتماعية، فلا محالة يصدق الافتراق. و اصف الى ذلك اثبات الامام عليه السلام افتراق الطرفين بمشيئه عليه السلام فقط حين قال:

(١) فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا.

الافتراق عن اكراه

(٢) قوله المعروف: انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه إذا منع من التخير.

و قد استدل لذلك بوجوه:

(٣) الأول: تبادر الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار.

و اجاب عنه المصنف رحمه الله: بان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى لا فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار.

و الحق ان يقال: انه لا يتبادر الاختيارى فى مقابل الاضطرارى ايضا، لأن هيات الأفعال موضوعه نوعيا، مثلا هيئة فعل وضعت لإفادة النسبة التحقيقية فى ضمن اى مادة كانت. و قد تكون المادة اختيارية، و لا سبيل الى غير الاختيارية فيها كبيع و طلق، و قد تكون بالعكس كمات و وجد و غيرهما. و قد يجوز الأمر ان فيها و الهيئة فى جميع ذلك تستعمل فى معنى واحد و لها وضع واحد. و بذلك يستكشف عدم دخل الاختيار فى معناها اصلا.

(٤) الثانى: حديث رفع ما استكرهوا عليه «١» بدعوى انه يدل على ان الافتراق

(١) الوسائل- باب ٥٦- من ابواب جهاد النفس.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٨٩

اشترط الاختيار فى المتبايعين ما يظهر منه عموم: الرفع للحكم الوضعى المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف، هذا. و لكن يمكن منع التبادر فإن المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لم يعد فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر لا- فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه، فإن التبادر ممنوع، فإذا دخل الاختيارى المكره عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل، مع ان المعروف بين الاصحاب ان الافتراق و لو اضطرارا مسقط للخيار، إذا كان الشخص متمكنا من الفسخ و الامضاء، مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار

عن كره لا يترتب عليه الأثر و وجوده كالعدم و قد تقدم فى مسألة اشتراط الاختيار فى المتبايعين ما يظهر منه شمول الحديث للحكم الوضعى.

و قد اورد على الاستدلال به بوجوه:

احدها: ما افاده المحقق النائينى رحمه الله و السيد فى الحاشية، و هو: انه من التزام القائل باعتبار الاختيار فى مقابل الاكراه بسقوط الخيار مع النسيان و الغفلة يستكشف ان ذات الافتراق من حيث هو جعل من المسقطات لا بما هو فعل صادر عن اختيار، و حديث الرفع انما يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد كالعقود.

وفيه: ان النقض بالنسيان و الغفلة يمكن ان يجاب عنه بما اجبنا به عن ايراد المصنف و هو ثالث الوجوه و سيأتى.

و أما ما افاده من اختصاص الحديث بالأفعال القصدية.

فيرد عليه ما حققناه فى محله من منع التخصيص بعد اطلاق الدليل.

ثانيها: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله من انه من كون مورد بعض المرفوعات منحصرًا في متعلق التكليف كالحسد يستكشف اختصاص الحديث بمتعلقات التكليف، ولا يعم الموضوعات لعدم الجامع بين المتعلق والموضوع، ولذا لو تحقق الاقامة عن كره لا يرفع حكمها بالحديث، والتفرق من قبيل الموضوع لا المتعلق فلا يشمل الحديث.

وفيه: ان الحديث يدل على رفع كل ما هو في عالم التشريع عن ذلك العالم إذا كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٠

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور، لأنه إذا كان متمكنا من الامضاء و الفسخ فلم يفعل، حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا و الامضاء، انتهى.

و في جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقيق الافتراق مع التمكن من الاختيار انتهى.

و منه يظهر انه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكروه للاعتراف بدخول المكروه و المضطر إذا تمكنا من التخايير.

و الحاصل ان فتوى الأصحاب هي ان التفرق عن إكراه عليه و على ترك التخايير غير مسقط للخيار، (١) و انه لو حصل احدهما باختياريه سقط خياره، و هذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرق الاختياري، و لا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكروه عليه كلا تفرق، لأن المفروض ان التفرق الاضطراري ايضا مسقط

عن كرهه، من غير فرق بين الموضوع و المتعلق، و لذا لو شرب الخمر عن اكراه يجوز الاقتداء به و ان ورد لا تصل خلف شارب الخمر. و قد صرح بذلك هو قده في حديث الرفع.

و أما مسألة الاقامة فالجواب عنها: ان الاقامة ليست موضوع وجوب التمام، بل الموضوع هو العلم بها، و هو لا يكون اكراهيا، و ما هو اكراهي ليس متعلق التكليف و لا موضوعه.

(١) ثالثها: ما افاده المصنف رحمه الله: بانه لو كان الحديث مدرك هذا الحكم كان اللازم البناء على عدم مسقطية التفرق الاكراهي مع عدم المنع من التخايير، و لم يلتزموا بذلك، فيستكشف منه انه لا يكون الحديث مدركا له.

و فيه: انه ان كان اجماع تعبدى على السقوط كان هو المقيد للاطلاق، و به ترفع اليد عما يقتضيه الحديث، و الا يلتزم المستدل بعدم السقوط في هذا الفرض أيضا.

رابعها: - و هو الصحيح- و هو: ان لسان الحديث هو رفع الحكم لا- وضعه، و لذا لو تعلق الاكراه بعدم التزويج لا- يحكم بتحقيق الزوجية، و التفرق ليس موضوع الحكم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩١

مع وقوعه في حال التمكن من التخايير، فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى الشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكي و إلى ان المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد (١) سواء وقع اختيارا أو اضطرارا بقوله عليه السلام في صحيحة الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما، (٢) دل على ان الشرط في السقوط الافتراق و الرضا منهما، و لا- ريب ان الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق (٣) بحيث يكون التفرق عنه إذ لا- يعتبر الرضا في زمان آخر اجماعا، أو يقال ان قوله بعد الرضا اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاهما بالعقد (٤) و اعراضهما عن الفسخ

بل هو سبب لارتفاع ما هو الموضوع للخيار. و أما اللزوم فهو يثبت بادلته و موضوعه العقد.

و بالجملة: موضوع الخيار اجتماع المتبايعين، و الافتراق سبب لانعدامه، و هو ليس موضوعا لحكم، فلا- يصح ان يقال ان التفرق

الاکراهی کلا تفرق، فکان الاجتماع باق.

فالأظهر عدم صحة الاستدلال به.

(١) الثالث: ان المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد. استدل به المصنف رحمه الله.

وفيه: ما تقدم في المسألة المتقدمة من منع كاشفيته عن الرضا، فلا وجه لهذه الدعوى اصلا.

(٢) الرابع: قوله عليه السلام في صحيح الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١».

و ذكر المصنف رحمه الله في تقريب الاستدلال به وجهين:

(٣) الأول: انه يدل على ان الافتراق المجعول غاية هو الذي ينبعث عن الرضا بالعقد،

بمعنى انه بعد الفراغ عن امر العقد و الرضا به يفترقان.

(٤) الثاني: ان الافتراق من حيث كاشفيته عن الرضا بالعقد جعل غاية، و على التقديرين الافتراق الاكراهي غير مشمول له، لأنه غير

منبعث عن الرضا و لا كاشف

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٢

و على كل تقدير. فيدل على ان المتفرقين و لو اضطرارا، إذا كانا متمكنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاهما

بالعقد فسقط خيارهما، فهذا هو الذي استفاده الشيخ قدس سره كما صرح به في عبارة المبسوط المتقدمة

عنه و الفرق بين الوجهين هو الفرق بين مقام الثبوت و الاثبات.

وفيه: اولاً: ما عرفت من تطرق احتمالات في الرضا الموجود في الحديث.

و ثانياً: انه لو سلم ان المراد بالرضا هو الرضا بلزوم العقد و الالتزام به.

انما نلتزم بالتقييد إذا كان لسان الخبر هكذا، فلا خيار لهما ان افترقا بعد الرضا منهما.

و أما مفاد ما في الخبر فهو كون الافتراق التزاماً عملياً، و يكون قوله بعد الرضا بياناً للافتراق.

و بعبارة اخرى: مفاد ما في الخبر انه لا خيار بعد الافتراق لكونه رضا بالعقد.

الخامس: ان تشريع الخيار انما هو للارفاق بالمتابعين، و هذا لا يلائم مع سقوطه بالافتراق الاكراهي.

وفيه: اولاً: ان ذلك حكمه لا يدور الحكم مدارها.

و ثانياً: ان اصل ثبوت الخيار انما هو للارفاق، و هذا لا يلازم مع كون غاية الخيار ايضاً ملائمة له.

السادس: الاجماع المحكي عن غير واحد.

وفيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

فالأظهر سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي ايضاً.

هذا إذا كان الاكراه على التفرق مع المنع من التخاير، و أما مع عدم المنع منه فالأمر اوضح.

لو اكره احدهما على التفرق

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٣

مسألة: لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاير و بقي الآخر في المجلس (١)

فإن منع من المصاحبة و التخاذير لم يسقط خيار احدهما، لأنهما مكرهان على الافتراق و ترك التخاذير، فدخل فى المسألة السابقة و ان لم يمنع من المصاحبة.

ففيه أقوال و توضيح ذلك، ان افتراقهما المستند الى اختيارهما كما عرفت، يحصل بحركة احدهما اختيارا و عدم مصاحبة الآخر كذلك، و ان الاكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الاكراه على ترك التخاذير، فحينئذ نقول تحقق الاكراه المسقط فى احدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه احدهما على التفرق و ترك التخاذير و بقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبة أو التخاذير، و اخرى بالعكس بإبقاء احدهما فى المجلس كرها مع المنع عن التخاذير، و ذهاب الآخر اختيارا، و محل الكلام هو الاول و سيتضح به حكم الثانى و الاقوال فيه اربعة:

سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد (قدس الله اسرارهم).

و ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانى و محتمل الارشاد.

و سقوطه فى حق المختار خاصة. و فصل فى التحرير بين بقاء المختار فى المجلس،

فالثبوت لهما و بين مفارقتة فالسقوط عنهما

(١) قوله و لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاذير، و بقى الآخر فى المجلس.

بناء على ما اخترناه فى المسألة السابقة من سقوط الخيارين بالتفرق الكرهى لا مجال لهذا البحث،

بل يكون الخياران ساقطين بالاولوية. نعم لو قلنا فيها بمقالة المشهور كان لهذا البحث مجال.

و مورد البحث فى المقام: ان التفرق إذا كان عن اكره احدهما هل يوجب سقوط الخيار ام لا؟ و أما الجهات الاخر فهى لا يبحث عنها فى المقام.

و بعبارة اخرى: البحث فى المقام متمحض فى مانعية اكره احدهما عن السقوط و عدمها، و عليه فلا وجه للنزاع فى ان التفرق هل يحصل بحركة احدهما و سكون الآخر ام لا؟ و قد تقدم حصوله بذلك كما تقدم عدم دخل الاختيار فى ذلك.

و هكذا لا وجه لجعل النزاع فى المقام و مبنى الأقوال فيه بقاء الاكوان و عدمه

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٩٤

و مبنى الاقوال على ان افتراقهما المجمعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما أو يكفى فيه حصوله عن اختيار احدهما؟ و على الاول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما فعلى الاول يسقط خيار المختار خاصة، كما عن الخلاف و جواهر القاضى، و على الثانى يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانى. و على الثانى فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار احدهما أو يكفى كونه تركا اختياريا، كالبقاء فى مجلس العقد مختارا،

فعلى الاول يتوجه التفصيل المصرح به فى التحرير بين بقاء الآخر فى مجلس العقد و ذهابه على الثانى يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد.

و اعلم ان ظاهر الايضاح ان قول التحرير ليس قولاً مغايراً للثبوت لهما و ان محل الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا و الا سقط خيارهما اتفاقاً، حيث قال فى شرح قول والده: لو حمل احدهما و منع عن التخاذير لم يسقط خياره على اشكال. و أما الثابت فان منع من المصاحبة و التخاذير لم يسقط خياره و إلا فالاقرب سقوطه، فيسقط خيار الاول، انتهى.

و افتقار الباقي الى المؤثر و عدمه، إذ لو قلنا ببقاء الأكوان و عدم احتياج الباقي الى المؤثر فغاية ما يلزم منه ان بقاء الساكن ليس بفعله،

وقد مر ان الافتراق يحصل و لو مع عدم تأثير من المتفرقين.

و تنقيح القول في المقام انما هو بالبحث في مقامين:

الأول: في ان مقتضى الأدلة المتقدمة في المسألة السابقة ما ذا.

الثاني: في ما تقتضيه الروايات الحاكية لفعله عليه السلام.

اما المقام الأول: فمقتضى كون المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد، و مقتضى الاجماع سقوط الخيارين في المقام،

و مقتضى حديث الرفع «١» ثبوتهما معا،

(١) الوسائل - باب ٥٦ - من ابواب جهاد النفس.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٥

قال ان هذا مبني على بقاء الاكوان و عدمه و افتقار الباقي الى المؤثر و عدمه و ان الافتراق ثبوتى أو عدمى فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي الى المؤثر يسقط، لأنه فعل المفارقة، و على القول ببقائها و استغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتيه الافتراق لم يسقط خياره، لأنه لم يفعل شيئا.

و ان قلنا: بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذلك.

و ان قلنا انه يعلل سقط ايضا و الاقرب عندي السقوط لأنه مختار في المفارقة، انتهى.

و هذا الكلام و ان نوقش فيه بمنع بناء الاحكام على هذه التدقيقات الا- انه على كل حال صريح في ان الباقي لو ذهب اختيارا فلا خلاف في سقوط خياره، و ظاهره كظاهر عبارة القواعد ان سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر، لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة في هذا القول، قال: لو اكرها، أو احدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخاير فلم يفعلا، بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك و نحوه المحكى عن القاضى، فإنه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: بطل خيارهما، فتأمل

و مقتضى صحيح الفضيل «١» هو التفصيل بين المكره و غيره و سقوط خيار غير المكره خاصة.

اما التبادر فلأن المتيقن اعتبار رضا احدهما، و ليس المتبادر خصوص ما كان عن رضاهما.

و أما الاجماع فلعدم وجوده في المقام.

و أما حديث الرفع فلأن غاية ما قيل في توجيه دلالة على التفصيل انه يدل على ارتفاع حكم ما تعلق الاكراه به خاصة دون غيره.

و دعوى انه لو شمل الحديث تفرق المكره و حكم عليه بكون افتراقه كلا افتراق كان لازمه بقاء اجتماع صاحبه معه، و مع بقاء الهيئة الاجتماعية شرعا يكون خيار كليهما باقيا شرعا.

مندفعة اولاً: بان لسان الحديث ليس تنزيل الموجود منزلة المعدوم، لأنه حينئذ وضع لا رفع، بل لسانه رفع الحكم بلا نظر الى بقاء الموضوع و عدمه كما حقق في الاصول.

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٦

بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها و فيه تأمل، و كيف كان فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل و ما تقدم من تبادر تفرقهما عن رضا منهما فإن التفرق و ان لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين و لا من أحدهما الا ان المتبادر رضاهما بالبيع

حين التفرق، فضاء احدهما في المقام و هو الماكث لا دليل على كفايته في سقوط خيارهما، و لا في سقوط خيار خصوص التراضي، إذ الغاية غاية للخيارين فإن تحققت سقطا و الاثبات، و يدل عليه ما تقدم من صحة الفضيل المصرحه باناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضاء احدهما، (١) و لكن يمكن التنصي عن الأصل بصدق تفرقهما و تبادل تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقن اعتبار رضا احدهما.

و ثانيا: ان مقتضى كون افتراق المكره كلا افتراق كونه مجتمعاً مع صاحبه تعبداً لا كون صاحبه مجتمعاً معه، و عدم الانفكاك بينهما واقعا لا يلزم عدم الانفكاك بينهما تنزيلاً و تعبداً.

و لكن الأرجح في النظر انه يقتضى ثبوت الخيارين معاً، لأن الغاية للخيارين امر واحد من جهة ان الافتراق من المعاني المتضايقة كالاتماع، و لا يعقل افتراق احدهما عن صاحبه من دون ان يفترق صاحبه عنه، و عليه فجعل الغاية متعددة لغو فلا محالة تكون الغاية واحدة.

لا يقال: انه مع لحوق خصوصية الاكراه يكون قابلاً للانفكاك فيصح جعل الغاية متعددة.

فانه يقال: ان الاكراه لا يكون قيد الافتراق واقعا كالرضا، بل خصوصية عدم الاكراه انما تعتبر بحديث الرفع الحاكم على الأدلة الواقعية، فليس في عرض الواقع ما يثبت القيدية، و عليه فحديث الرفع انما يرفع حكم الافتراق المجعول غاية و هو سقوط الخيارين معاً، و لازم ذلك ثبوتهما معاً. فتدبر فانه دقيق.

و أما صحيح الفضيل، فقد افاد المصنف رحمه الله و تبعه المحقق النائيني رحمه الله:

(١) بان الظاهر منه تقييد السقوط بالرضا منهما المتنفى بانتفاء رضا احدهما أو كليهما، فيبقى الخيار حتى بالنسبة الى المختار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٧

و ظاهر الصحيحة و ان كان اعتبار ذلك إلا انه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الامام عليه السلام و انه قال: فمشيت خطي ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سبباً لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، و جعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشي الامام عليه السلام، (١) و دعوى انصرافه الى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختياراً ممنوعاً.

و ظاهر الصحيحة و ان كان اخص (٢) إلا ان ظهور الرواية في عدم مدخليه شيء آخر زائداً على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات، مثل ما إذا مات احدهما و فارق الآخر اختياراً. فإن الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين. و قد قطع به في جامع المقاصد مستدلاً بانه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران، مع ان المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه، و كذا لو فارق احدهما في حال نوم الآخر، أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين.

و فيه: ان مقتضى مقابلة التثنية بالتثنية كمقابلة الجمع بالجمع هو التوزيع، و ان خيار كل من البائع و المشتري يكون مغياً برضاه، و لازم ذلك هو التفصيل بين المكره و غيره.

فتحصل: أنه لو كان المدرك في المسألة هو التبادر أو الاجماع كان الحكم في هذه المسألة سقوط الخيارين، و لو كان هو صحيح الفضيل كان هو التفصيل بين المكره و غيره،

و لو كان هو حديث الرفع كان الحكم في المقام ثبوت الخيارين.

(١) و أما المقام الثاني فقد استدل المصنف رحمه الله لسقوط الخيارين في المقام بالرواية المتقدمة الحاكية لفعله عليه السلام و انه قال: فمشيت خطي ليجب البيع حين افترقنا. فانها تدل على ان مجرد مشيه سبب لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، و جعل وجوب

البيع علةً غائيةً له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الامام عليه السلام.

و فيه: انها متضمنة لقضية شخصية، و لعل تجريده في مقام الاستناد من جهة حصول الشرط و هو الرضا منه أو منهما.

(٢) قال المصنف قدس سره: و ظاهر الصحيحة و ان كان اخص الا ان ظهور الرواية في عدم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٨

و ظاهر المبني المتقدم عن الايضاح أيضا عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين. و إنما الخلاف في أن البقاء اختيارا مفارقة اختيارية أم لا، بل ظاهر القواعد أيضا أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث من غير إشارة الى وجود خلاف في هذا التفرع و هو الذي ينبغي، لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران و إلا بقيا، فتأمل:

و عبارة الخلاف المتقدمة و ان كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار الا انها ليست بتلك الظهور لاحتمال ارادة سقوط خيار المتمكن من التخايير من حيث تمكنه مع قطع النظر عن حال الآخر، فلا ينافى سقوط خيار الآخر لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما في الغاية، مع ان شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن مما لا بد منه، كما لا يخفى على المتأمل،

و حملها على ما ذكرنا من إرادة المتمكن، لا- بشرط إرادة خصومه فقط أولى من تخصيصها ببعض الصور. و لعل نظر الشيخ و القاضي إلى ان الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما، فالمستند الى اختيار احدهما مسقط لخياره خاصة و هو استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص. ثم انه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة

مدخلية شيء آخر زائدا على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات انتهى.

و الذي اظنه ان هذا الكلام منه قده مبني على ما ذكره في الاصول في مبحث التعادل و الترجيح من ان الخاص إذا كان ظني الدلالة لا يقدم على العام مطلقا، بل لا بد من ملاحظة اقوى الظهورين: فانه في المقام دلالة الصحيح على عدم سقوط الخيارين بدون رضاهما ليست قطعية بل ظنية و من باب الظهور فلا بد من ملاحظة اقوى الظهورين منه و من ظهور الرواية، و حيث ان ظهور الرواية اقوى من جهة التزام مقتضاها في كثير من المقامات حسب ما ذكره المصنف رحمه الله، فيكون هو مقدا على ظهور الصحيح.

و عليه فما اورده المحقق الايرواني رحمه الله عليه بعد بيان مراده بغير ذلك في غير محله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٩

و هي ما إذا اكره احدهما على البقاء ممنوعا من التخايير و فارق الآخر اختيارا، فإن مقتضى ما تقدم من الايضاح من مبني الخلاف في سقوط الخيارين هنا، و مقتضى ما ذكرنا من مبني الاقوال جريان الخلاف هنا ايضا و كيف كان، فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا أقوى كما لا يخفى.

مسألة: لو زال الاكراه، (١)

فالمحكي عن الشيخ و جماعة، امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال. (٢) و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما في حال الاكراه كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق (٣) و فيه ان الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الامر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الاكراه، و لم يجعل مجلس زوال الاكراه

(١) و لو زال الاكراه و هو لم يرد، ففيه اقوال:

(٢) الأول ما عن الشيخ و جماعة، و هو: انه يمتد الخيار بامتداد مجلس الزوال.

الثاني: ما عن التذكرة، و هو: انه ينقطع خياره ببقائه سائرا، قال: و ليس عليه الانقلاب الى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر ان طال الزمان، و ان لم يطل ففيه احتمال عند الجويني. انتهى.

الثالث ما عن جمع منهم السيد في الحاشية و هو: بقاء الخيار الى ان يحصل احد المسقطات الاخر.

(٣) و قد استدلل للأول: بان الافتراق الحاصل عن كره كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق الى ان يحصل الافتراق.

و فيه: ما تقدم من ان حديث الرفع لا ينفى الموضوع، و انما يتضمن رفع الحكم خاصة.

و استدلل للثالث بوجهين:

احدهما: ان النص ساكت عن غاية هذا الخيار، فيرجع الى استصحاب الخيار.

و فيه: - مضافا الى ما حققناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٠

بمنزلة مجلس العقد. و الحاصل ان الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد،

فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار، فلا بد اما من القول بالفور كما عن التذكرة،

و لعله، لأنه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين، و أما من القول بالتراخي إلى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

- انه لو سلم ذلك لا سبيل له في المقام مع وجود عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» فانه و ان لم يكن له عموم ازماني الا ان المخصص بما انه من الابتداء لا من الوسط يكون هو المرجع دون الاستصحاب.

ثانيهما: ما افاده السيد رحمه الله و هو: ان النص يدل على ذلك، فانه جعل المسقط الافتراق الاختياري و المفروض عدم تحققه و عدم بقاء شأنيته التحقق له ايضا، لأن المفروض حصول الافتراق حسا، فيكون كما لم يكن الافتراق في الأصل. هذا إذا قلنا بان الافتراق منصرف الى الاختياري، و ان قلنا بذلك من جهة حديث الرفع فكذلك لأن مقتضاه ان الافتراق الاكراهي لا أثر له في الاسقاط، و المفروض عدم مسقط آخر فلا بد من بقاء الخيار.

و فيه: اولاً: ان ذلك لو تم فانما هو على القول بان الغاية هي حدوث الافتراق، اما لو قلنا بانها مطلق الافتراق حدوثا كان أو بقاء فيمكن ان يقال: ان الغاية و ان كانت حدوثا عن اكراه و عن غير رضا الا انها بقاء تكون لاعن اكراه، و مع تحقق الغاية بتحقق شرطها أو زوال مانعها يرتفع المغيا و هو الخيار. و عليه فلا يكون الخيار باقيا لا فورا و لا بنحو التراخي.

و ثانياً: انه لو سلم كون الغاية هي حدوث الافتراق، فالغاية و ان كانت ممتعة التحقق الا ان بقاء الخيار يتوقف على ثبوت الاطلاق لدليله، و يمكن منعه من هذه الحيشة - اي حيشة امتناع تحقق غايته و امكانه - فتأمل.

و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و ما يمكن ان يرد عليه.

(١) المائدة: ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠١

مسألة: و من مسقطات هذا الخيار التصرف (١)

على وجه يأتي في خيارى الحيوان و الشرط، ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس و فى الصرف، و العلامة فى التذكرة، و نسب الى جميع من تأخر عنه، بل ربما يدعى اطلاقهم عليه و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر و لعله لدلالة التعليق فى بعض اخبار خيار الحيوان (٢)

مسقطية التصرف

(١) الرابع: من ما ذكر من مسقطات هذا الخيار: التصرف،

و لا بد اولاً من بيان الموضوع، ثم حكمه.

الظاهر ان مرادهم منه هو تصرف البائع فى الثمن، و المشتري فى المبيع،

و أما العكس فلو دل على شىء فهو الفسخ لا لزوم العقد،

و ايضا المراد مسقطية تصرف كل منهما لخصوص خياره دون صاحبه.

و كيف كان فقد استدل لمسقطيته بوجوه:

الأول: ما افاده المحقق النائنى رحمه الله، و هو: ان التصرف اجازة فعلية، فمسقطيته تكون على القاعدة.

وفيه: انه قد صرح فى غير مورد بانه يعتبر فى الانشاء ان يكون ما ينشأ به مصداقاً للعنوان المقصود انشاؤه، فكل تصرف ليس مصداقاً

للاجازة لا يصح الانشاء به، نعم التصرف الذى يكون كذلك. و بعبارة اخرى يكون مبرزا عرفاً يصح انشاء الاجازة به.

(٢) الثانى: ما فى المتن، و هو عموم العلة المذكورة فى خيار الحيوان، و هى قوله عليه السلام: «١» فذلك رضا منه فلا شرط له.

بتقريب: انه يدل على ان التصرف كاشف نوعى عن الرضا بالعقد، و الشارع الأقدس امضى هذه الكاشفية، و من المعلوم انه لا

اختصاص للكاشفية بخيار الحيوان.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٠٢

و هو الوجه ايضا فى اتفاقهم على سقوط خيار الشرط و الا فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرفه، مستفاد من

نفس تلك الرواية المعللة حيث قال: فإن احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط (١) فان المنفى

يشمل شرط المجلس و الحيوان، فتأمل.

و تفصيل التصرف المسقط سيجىء انشاء الله تعالى.

وفيه: انه سيجىء ان محتملات هذه الجملة متعددة و اظهرها انه عليه السلام بصدد التعبد بكون تلك الأفعال التزاماً و اجازة، و عليه

فلا سبيل الى التمسك بعموم العلة: فانه انما تكون العلة معممة فيما إذا كانت علة عرفاً و يفهم العرف عليته، و لا تكون تعبدية و الا

فيدور الحكم مدار مقدار التعبد، و حيث ان النص مختص بخيار الحيوان، فلا وجه للتعدي.

(١) الثالث: ما فى المتن، ايضا، و هو: ان سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس الرواية المعللة حيث قال: فان احدث المشتري

فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط فان الشرط يشمل شرط المجلس.

وفيه: ان الشرط المنفى خصوص خيار الحيوان، إذ الشرط الذى يسقط بذلك قبل ثلاثة ايام خصوص ذلك.

و أما خيار المجلس فلا فرق فيه بين قبل الثلاثة و بعدها و لعله لذلك امر بالتأمل.

فالحق عدم مسقطية التصرف من حيث هو، نعم الأفعال التي تكون مبرزة لذلك و قصد بها السقوط تكون مسقطاً لكونها اسقاطاً، لا لمسقطية التصرف، هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

خيار الحيوان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٣

و الثاني: خيار الحيوان، (١)

إشارة

لا- خلاف بين الامامية في ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري، و ظاهر النص و الفتوى، العموم لكل ذى حياة فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز و لا يبعد اختصاصه بالحيوان، المقصود حياته في الجملة فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز في الاناء و شبه ذلك خارج،

لأنه لا يباع من حيث انه حيوان، بل من حيث انه لحم و (٢) يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت

(١) الثاني: خيار الحيوان الذى هو فى الجملة اجماعى بل ضرورى عند علماء المذهب كذا فى الجواهر، و النصوص الشاهدة به مستفيضة ان لم تكن متواترة، و استقصاء القول فى المقام بالبحث فى امور:

احدها: هل يثبت الخيار فى بيع كل حيوان حتى مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز، و حتى الحيوان المشرف على الموت، ام يختص بما يقصد حياته، فلا يشمل المقصود لحمه، ام يختص بما يقصد لحمه و حياته معا؟ وجوه.

الظاهر من النص و الفتوى العموم لكل ذى حياة،

و قد وقع الكلام فى الحيوان الذى يكون المقصود لحمه لا حياته لعدم بقاء حياته بالاصالة كالسمك المخرج من الماء، أو لعارض كالصيد المشرف على الموت، ظاهر الفتوى ثبوت الخيار فيه، و عن جماعة من متأخري المتأخرين عدم ثبوته فيه.

(٢) و المصنف رحمه الله نفى البعد عن عدم ثبوت هذا الخيار فى القسم الاول و استشكل فى القسم الثانى و استدلل للاول بالنص و فيه: ان الظاهر من اخذ كل عنوان فى الموضوع دخله فيه من حيث هو لا- كونه اشارة و معرفا للمصاديق الخارجية، و عليه فيما ان المأخوذ فى موضوع هذا الخيار بيع الحيوان، فيكون الخيار ثابتا فيما يباع بما انه حيوان- اى ذو نفس و أما ما يباع لا بهذا العنوان بل بما هو لحم فلا يكون مشمولاً لهذا الحكم، من غير فرق بين ما هو كذلك بالاصالة، أو بالعارض، بل لو بيع حيوان سالم باق لا بما هو حيوان بل بما انه لحم لا يكون مشمولاً له.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٤

باصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم، و على كل حال فلا يعد زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض، أو فى زمان الخيار، (١) و فى منتهى خياره مع عدم بقائه الى الثلاثة، وجوه، (٢)

و هل يعد زهاق روح المشرف على الموت تلفاً من البائع قبل القبض أو فى زمان الخيار على القول به، أو فى المجلس، ام لا-؟

وجهان،

(١) مختار المصنف الثاني.

و اورد عليه: بانه بناء على ثبوت الخيار لم لا يعد زهاق روحه تلفا في زمان الخيار.

و بعبارة اخرى: ان لوحظ جهة اللحمية لا خيار و لا تلف من البائع، و ان لوحظ جهة الحيوانية دخل الخيار فيه و كان تلفه من البائع. وفيه: ان ملاك ثبوت الخيار هو وقوع البيع على ذات ما هو حيوان و ان لم يقصد هذه الجهة، و أما ملاك التلف فهو زوال الوصف و المقوم للمالية، و الحياة في الفرض غير مقومة لها، فلا يعد زوالها تلفا.

(٢) و لو كان الحيوان لا يبقى الى ثلاثة ايام، ففي منتهى خياره وجوه و اقوال.

مقتضى ظاهر النص: ان كل حيوان ثبت فيه الخيار كان خياره باقيا الى الثلاثة، و قد يقال: بان منتهاه في المقام التلف.

و فيه: انه مبني على كون متعلق الخيار العين، و هي الحيوان، فمع نفاذه يزول الخيار، و المبني فاسد، فانه متعلق بالعقد.

و قد يقال: بانه خيار ثابت لم يثبت منتهاه من الدليل، فان النصوص من جهة حكمه جعل الخيار- و هي الاطلاع على عيوب الحيوان- تكون منصرفة عنه، فيأتي فيه الوجهان من امتداد الخيار الى ان يأتي احد المسقطات للاستصحاب، و من كونه على الفور لأنه القدر المتيقن.

و فيه: ان الحكمة لا سيما غير المنصوصة منها لا يعتنى بها، فالمتع هو اطلاق النصوص.

هذا كله لو كان المبيع معيناً،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٥

ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين، (١) كما هو المنساق في النظر من الاطلاقات مع الاستدلال به في بعض معاهد الاجماع كما في التذكرة، بالحكمة الغير الجارية في الكلي الثابت في الذمة أو يعم الكلي كما هو المترى من النص و الفتوى لم اجد مصرحا بأحد الأمرين.

نعم يظهر من بعض المعاصرين الأول و لعله الاقوى، و كيف كان،

فالكلام فيمن له الخيار و في مدته من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل.

مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، (٢)

حكى عن الشيخين و الصدوقين و الإسكافي و ابن حمزة و الشاميين الخمسة و الحلبيين الستة و معظم المتأخرين،

(١) قوله ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين.

و ملخص القول فيه: انه ان كان المبيع كليا في المعين لا كلام في ثبوت الخيار فيه، و ان كان كليا في الذمة مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الخيار فيه.

و قد استدلل للعدم بوجهين:

الأول: انصراف النصوص الى الشخصي من حيث ان المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو الشخصي، فالخيار الثابت في بيع الحيوان ينصرف الى ما هو المتداول عندهم.

و فيه: ان التعارف و التداول لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، فهل يتوهم احد انصراف (احل الله البيع) «١» عنه؟

الثاني: ان حكمه جعل الخيار لا تجرى في الكلي.

وفيه: ان الحكمة لا توجب تقييد الاطلاق، فالأظهر ثبوت الخيار فى الكلى مطلقا

اختصاص الخيار بالمشتري

(٢) المشهور بين الاصحاب اختصاص هذا الخيار بالمشتري، و عن الغنية و الدروس دعوى الاجماع عليه.

(١) البقرة: ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٠٦

و عن الغنية، و ظاهر الدروس، الاجماع عليه، لعموم قوله عليه السلام إذا افترقا وجب البيع، (١) خرج المشتري و بقى البائع،

و تنقيح القول فى هذا الأمر بالبحث فى مقامين:

الأول: فى انه هل يختص هذا الخيار بمن انتقل إليه الحيوان، ام يكون ثابتا لمن انتقل عنه ايضا الثانى: فى انه هل يثبت لمن انتقل إليه مطلقا، ام يختص بخصوص المشتري.

اما المقام الأول: فالمشهور بين الأصحاب هو الاختصاص، و عن السيد الأجل المرتضى: ثبوته لمن انتقل عنه، و قواه فى محكى المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، و تبعه فى ذلك صاحب المفاتيح، و توقف فى محكى غاية المراد و حواشى القواعد، و تبعه فى محكى المقتصر.

و تحقيق الكلام يقتضى البحث فى موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فقد استدل المصنف رحمه الله لعدم الثبوت بوجهين:

(١) احدهما: عموم قوله: عليه السلام: فإذا افترقا وجب البيع «١» خرج المشتري و بقى البائع.

وفيه: اولاً: انه مختص ببيع غير الحيوان، لأن التفصيل قاطع للشركة، فالتفصيل بين الحيوان و غيره فى صحيح الفضيل الآتى. و غيره موجب لاختصاص ذلك بغير الحيوان.

و ثانياً: ان الوجوب الذى تثبته هذه الجملة هو الوجوب الاضافى، و قد ورد نظيره فى خيار الحيوان، و لذا لا تكون ادلة الخيارات متعارضة،

و ثالثاً: ان الوجوب بمعنى لزوم العقد و عدم قابليته للانحلال، فإذا ثبت الخيار

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٠٧

بل لعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالنسبة الى ما ليس فيه خيار المجلس بالاصل أو بالاشتراط، و يثبت الباقى بعدم القول بالفصل (١) و يدل عليه ايضا ظاهر غير واحد من الاخبار (٢)

- و لو للمشتري - لم يكن البيع واجبا، و ليس وجوب البيع من قبيل العام كى يقال انه خصص بالاضافة الى المشتري و تخصيصه بالنسبة الى البائع مشكوك فيه فيتمسك بالعموم.

و بما ذكرناه ظهر عدم صحة الاستدلال بقوله عليه السلام: فإذا افترقا فلا خيار «١».

(١) ثانيهما: العمومات العامة للبيع وغيره مثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «٢» فيما لا- يكون فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، و يثبت في الباقي بعدم القول بالفصل.

و فيه: انه يصح التمسك بها حتى فيما ثبت فيه خيار المجلس، فانه لو سلم كون المرجع استصحاب حكم الخاص إذا لم يكن للعام عموم ازماني- مع انه غير تام- فانما هو فيما إذا لم يكن التخصيص من الابتداء، و الا فالمرجع هو عموم العام. و استدلل للقول الآخر: باصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس.

و فيه: بعد تصحيحه بان اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذي جهتين، و عليه فتصح دعوى استصحاب الكلي الموجود بوجود خيار المجلس، فانه من قبيل الكلي المردد بين الطويل و القصير،

مضافا الى ان المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام ان المقام، كما تقدم، مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب.

فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه.

(٢) و أما المورد الثاني: فقد استدلل للاختصاص بصحاح خمسة.

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

(٢) المائدة: ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٨

منها صحيحة الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افتراقا فلا خيار بعد الرضا منهما، و ظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري، و اطلاق نفى الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا، (١) و يتلوها في الظهور رواية علي بن اسباط عن ابي الحسن الرضا عليه السلام قال الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري فإن ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية، (٢) و نحوها صحيحة الحلبي في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري

منها صحيح الفضيل «١» المذكور في المتن و تقريب الاستدلال به ما في المتن.

(١) قال و اطلاق نفى الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا و فيه ان الظاهر كما تقدم ان الخيار المنفى خصوص خيار المجلس لا- مطلق الخيار و قد افاد صاحب الجواهر في وجه اختصاصه و غيره من النصوص، بان اللام تفيد الاختصاص و فيه: ان الاختصاص الذي تفيد اللام غير الانحصار الموجب لثبوت المفهوم، فان الاختصاص ليس الا ان المشتري لا شريك له في حق الخيار غير المنافي ثبوت فرد آخر منه للبائع و منها رواية علي بن اسباط «٢» المذكورة في المتن، و تقريب الاستدلال بها ما في المتن.

و هو الوجه عنده في دلالة سائر النصوص قال.

(٢) فان ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح الا لنكتة جلية.

و فيه: ان هذا ذكر وجهها لدلالة الوصف، و اللقب على المفهوم، و قد حقق في الاصول عدم تماميته.

و منها صحيح الحلبي «٣» الذي ذكر في المتن و تقريب الاستدلال به ما في سابقه.

(١) ذكره صدره في باب ٣ و ذيله في باب ١ من ابواب الخيار في الوسائل.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٨.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٩

و صحيحه ابن رثاب عن ابي عبد الله عليه السلام قال: الشرط في الحيوانات ثلاثة ايام للمشتري، اظهر من الكل، صحيحه ابن رثاب (١) المحكية عن قرب الاسناد قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما، قال الخيار لمن اشترى نظره ثلاثة ايام، فإذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء.

و منها صحيح ابن رثاب «١» المذكور في المتن و تقرب الاستدلال به و ما يرد عليه ما في سابقه.

(١) نعم لا كلام في دلالة صحيح «٢» على بن رثاب الثاني المذكور في المتن على ذلك، فان المسئول عنه انما هو جنس الخيار لا فرد منه، إذ لا مقابلة بين ثبوت فرد للبائع و فرد آخر للمشتري، بل المقابلة بين ثبوت الجنس للبائع و اختصاصه به و ثبوته للمشتري، فجوابه عليه السلام كالنص في الاختصاص، فيدل بالمفهوم على نفيه عن البائع. و في مقابل هؤلاء من يدعى عدم دلالة شيء من تلك النصوص على الاختصاص، اما صحيح ابن رثاب فلأنه وارد في الجارية دون الحيوان، و أما غيره فلأنه يحمل قوله عليه السلام ثلاثة ايام للمشتري على ان جعل الخيار لأجل رعاية حال المشتري لا ان المجهول له الخيار هو المشتري، فكأن اللام للغاية لا للاختصاص. و فيه: الظاهر ان عدم الفرق بين الجارية و سائر الحيوانات من المتسالم عليه، و حمل اللام على الغاية خلاف الظاهر، لا سيما بعد وقوع هذه الجملة جوابا عن السؤال عن حد الخيار. فالأظهر دلالتها على الاختصاص من جهة ورودها في مقام الضبط و التحديد، لا سيما ما وقع منها جوابا عن السؤال عما هو الشرط في الحيوان، و يؤيده تغيير التعبير،

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٠

...

و عن سيدنا المرتضى قدس سره و ابن طوس ثبوته للبائع أيضا (١) و حكي عن الانتصار دعوى الإجماع عليه لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، (٢) و لصحيحه محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا، (٣) و بها تخصص عمومات اللزوم مطلقا أو بعد الافتراق و هي ارجح بحسب السند من صحيحه ابن رثاب المحكية عن قرب الاسناد. (٤)

لاحظ صحيح محمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام «١».

و دعوى ان صاحب الحيوان مطلق من حيث ارادة صاحب الفعلي و السابق،

فيعم كليهما مندفعه بان المشتق حقيقة في المتلبس.

(١) و عن السيد الاجل المرتضى ثبوته لمن انتقل عنه، و قواه في محكي المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، و تبعه في ذلك صاحب المفاتيح، و توقف في محكي غاية المراد و حواشي القواعد و قد استدلل له بوجهين.

(٢) احدهما اصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس و فيه بعد تصحيحه بان اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذى جهتين و عليه فيصح دعوى استصحاب الكلى الموجود بوجود خيار المجلس فانه من قبيل الكلى المردد بين الطويل و القصير مضافا الى ان المختار عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام ان المقام كما تقدم مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب فتحصل ان الاظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه.

(٣) ثانيهما صحيح محمد بن مسلم «٢» المذكور فى المتن قال.

(٤) و بها تخصص عمومات اللزوم مطلقا و بعد الافتراق و هى ارجح بحسب السند من صحيح ابن رثاب و المصنف اتعب نفسه فى ارجحية سنده- و كيف كان فحيث لا شبهة فى ظهوره فى عدم الاختصاص فيتعين بيان ما يقتضيه الجمع بين الروايات

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ٣- من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١١

و قد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة و اضرابهما على غيرهم من الثقات مضافا الى ورودها فى الكتب الأربعة المرجحة على مثل قرب الأسناد من الكتب التى لم يلتفت إليها اكثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها. و أما الصحاح الاخر المكافئة سندا لصحيحة ابن مسلم فالانصاف ان دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبة منطوق الصحيحة، (١) فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، لأن الغالب فى المعاملة خصوصا معاملة الحيوان كون ارادة الفسخ فى طرف المشتري لاطلاعه على خفايا الحيوان و لا ريب ان الاظهرية فى الدلالة متقدمة فى باب الترجيح على الاكثرية.

و أما ما ذكر فى تأويل صحيحة ابن مسلم، من ان خيار الحيوان للمشتري على البائع، فكان بين المجموع، ففى غاية السقوط. و أما الشهرة المحققة فلا تصير حجة على السيد، بل مطلقا بعد العلم بمستند المشهور، و عدم احتمال وجود مرجح لم يذكره، و اجماع الغنية لو سلم رجوعه الى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له معارض باجماع الانتصار الصريح فى ثبوته للبائع، و لعله لذا قوى فى المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهرة، بل الاتفاق على خلافه و تبعه على ذلك فى المفاتيح، و توقف فى غاية المراد و حواشى القواعد و تبعه فى المختصر هذا و لكن الإنصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة (٢) مع اشتهاها بين الرواة حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحة

(١) و قد افاد المصنف رحمه الله فى مقام الجمع بينه و بين الروايات المتقدمة اولاً: بان تلك النصوص - سوى ما عن قرب الاسناد- انما تكون دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبة منطوق الصحيح، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، إذ الغالب كون ارادة الفسخ فى طرف المشتري، و لا ريب ان الأظهرية فى الدلالة متقدمة فى باب الترجيح على الأكثرية. و أما صحيح ابن رثاب، فصحيح ابن مسلم ارجح منه من حيث السند، لأن راويه من اجل الثقات، و هو مروى فى الكتب الأربعة، و قرب الأسناد ليس فى الاعتبار بتلك المكانة. ثم قال:

(٢) الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة، حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٢

مع ان المرجح بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتيقن خروج المشتري، (١) فلا ريب فى ضعف هذا القول.

(١) مع ان المرجع بعد التكافؤ عموم ادلة لزوم العقد بالافتراق، و المتيقن خروج المشتري. و لكن يرد على ما افاده قده اولاً: ان قوة دلالة احد المتعارضين في نفسها ليست موجبة للتقديم لعدم دلالة دليل على ذلك، و انما توجب ذلك فيما إذا كان قرينة على الآخر و لم يكونا عند العرف متنافيين، و ضابط ذلك انه لو جمعا في كلام واحد و فرض صدور المجموع عن شخص واحد لا يكون هذا الكلام متهافتا صدره مع ذيله، و كان احدهما قرينة على الآخر، كما لو ورد اغتسل للجمعة ثم ورد لا بأس بترك غسل الجمعة. و هذا الضابط لا ينطبق على المقام، فانا إذا جمعنا قوله عليه السلام في صحيح الفضيل في جواب السائل ما الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري مع قوله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان لا يرى العرف احدهما قرينة على الآخر، بل يكون هذا الكلام متهافتا صدره مع ذيله. و يرد على ما افاده ثانياً: انه في الخبرين المتعارضين لا- يحكم بالتساقط و الرجوع الى العام الفوق، بل لا- بد من الرجوع الى المرجحات، و مع فقدها يحكم بالتخيير و قد جمع بين الطائفتين المحقق النائيني رحمه الله بوجه آخر و هو: ان صحيح محمد بن مسلم باطلاقه يشمل ما إذا كان الثمن أو المثلن أو كلاهما حيوانا، فيقيد بواسطة النصوص الاخر التي منها صحيحه الآخر بما إذا كان العوضان حيوانين و فيه: انه حمل على الفرد النادر، و في مثله يكون المطلق معارضاً مع المقيد. و دعواه ان قوله عليه السلام صاحب الحيوان اظهر في الاختصاص، لا- تكون جواباً عن ذلك، فان ما ذكره تقريب لدلالته على المفهوم، و صيرورته مقيدا، و هذا لا يلزم صلاحيته لتقييد الاطلاق بهذا النحو من التقييد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٣

نعم هنا قول ثالث، لعله اقوى منه و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنماً، نسب الى جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك (١) لعموم صحيحة محمد بن مسلم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام، (٢) و لا ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقه ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب لأن الغالب، كون صاحب الحيوان مشترياً، (٣) و لا ينافي هذه الدعوى التمسك باطلاق صحيحة محمد بن مسلم

فالحق: ان الطائفتين متعارضتان، و لا يمكن الجمع بينهما،

و الترجيح مع اخبار المشهور لوجهين:

احدهما: انها المشهورة بين الأصحاب رواية و فتوى:

ثانيهما: انها موافقة للكتاب، فانها تدل على عدم ثبوت الخيار للبائع، و صحيح ابن مسلم يدل على ثبوته له، و هي موافقة لقوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» فتقدم هي.

هذا على فرض تسليم حجية صحيح ابن مسلم في نفسه،

مع انها قابلة للمنع من جهة اعراض الأصحاب عنه و عدم افتائهم بمضمونه.

فالأظهر هو اختصاص هذا الخيار بمن انتقل إليه، و عدم ثبوته لمن انتقل عنه.

و أما المقام الثاني: فظاهر المشهور الاختصاص بالمشتري.

(١) و عن جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك: ثبوته لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنماً و استدلل للعموم بصحيح محمد

بن مسلم المذكور في المتن «٢»

و اورد عليه بايرادات:

الأول: انه مطلق يقيد باطلاقه بموثق ابن فضال عن علي بن موسى عليه السلام: صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام.

(٣) و اجاب عنه المصنف باحتمال ورود التقييد مورد الغالب، إذا الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا. ثم اورد على نفسه: بانه كما يحتمل ذلك يحتمل ورود الاطلاق في الصحيح مورد الغالب، بان يكون المراد من صاحب الحيوان هو المشتري، و انما لم يذكر القيد من باب الاتكال على الغلبة.

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٤

لأن الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، و لا يوجب تنزيل الاطلاق، (١) و لا ينافيها ايضا ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. و لا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين، (٢) لا مكان تقييدها و ان بعد

(١) و اجاب عنه: بانه قد تكون الغلبة بحيث توجب تنزيل التقييد عليها و لا توجب تنزيل الاطلاق.

و اورد عليه السيد الفقيه و تبعه المحقق الايرواني رحمه الله: بان مجرد الدعوى و الامكان لا يصح الاستدلال.

اقول: توضيحا لما افاده المصنف رحمه الله بنحو يظهر عدم ورود ما اورد عليه مع ما هو الحق في المقام: ان المطلق في الأحكام الانحلالية لا يحمل على المقيد إذا كانا متوافقين - كما في اكرم العلماء و اكرم الفقهاء - لعدم التنافي بينهما، و المقام من هذا القبيل، و لا ينافي ثبوت الخيار لهما مع ثبوته للمشتري، فلا يحمل المطلق على المقيد.

نعم يبقى حينئذ سؤال، و هو: انه على هذا ما فائدة القيد و لم ذكر ذلك؟ و الجواب عنه:

انه انما ذكر القيد لكونه غالبا كما في الآية الشريفة (و ربائبكم اللاتي في حجوركم) «١».

فان قيل: لم لا يحمل المطلق على الغالب؟

اجبنا عنه: بانه مع تمامية مقدمات الحكمة ينعقد للفظ ظهور في الاطلاق، و لا يصح ارادة المقيد منه الا مع ضم ما يصلح عرفا ان يتكل عليه في مقام ارادة المقيد و بعض مراتب الغلبة لا يصلح لذلك، و هذا بخلاف حمل المقيد عليه فانه لا يراد بحمله على الغلبة صرفه عن كونه مقيدا، بل هو بنفسه غير قابل لذلك، و انما يحمل على الغالب خروجاً عن اللغوية. و على هذا فتكون الغلبة موجبة لتنزيل التقييد عليها غير موجبة لتنزيل الاطلاق،

مع انه يمكن ان يكون المشتري وصفا للحيوان بان يقرأ بفتح الراء.

(٢) الثاني: ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله: و لا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين لا مكان تقييدها و ان بعد بما إذا كان العوضان حيوانين

(١) النساء: ٢٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٥

بما إذا كان العوضان حيوانين، لكن الأشكال في اطلاق الصحيحة الأولى من جهة قوة انصرافه الى المشتري فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا أو بعد المجلس، (١) فلا محيص عن المشهور.

مسألة: لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار، (٢)

و في الغنية، كما عن الحلبي ان مدة خيار الأمة مدة استبرائها، بل عن الأول دعوى الاجماع، و ربما ينسب هذا الى المقنعة و النهاية و المراسم من جهة حكمهم بضمنان البائع لها مدة الاستبراء، و لم اقف لهم على دليل.

و لكن لم يظهر لى وجه هذا الايراد، و انه كيف يكون ايرادا على هذا الدليل، بل الصحيح لو لم يكن معاضدا ليس بمناف قطعا. الثالث: انه يقيد اطلاقه بما دل على اختصاص الخيار بالمشتري من النصوص المتقدمة في المقام الأول. و الجواب عنه: انه لا مفهوم لها، لأن صحيح ابن رثاب مورده اشتراء الجارية، و غيره يتوقف ثبوت المفهوم له على القول بثبوت المفهوم للوصف و اللقب. الرابع: ما افاده المصنف رحمه الله و تبعه المحقق الاصفهاني ره، و هو: (١) انصرافه الى المشتري، فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا أو بعد المجلس. و فيه: انه لا منشأ لتوهم الانصراف سوى الغلبة، و هي لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق كما حقق في محله. فالأظهر ثبوت هذا الخيار لمن انتقل إليه مطلقا.

(٢) قوله لا فرق بين الامه و غيرها في مدة الخيار و قد استدل لما عن جمع من ان مدة خيار الامه مدة استبرائها- بحكم الاصحاب بضمنان البائع لها مدة الاستبراء من جهة تسالمهم على ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له فانه يستكشف من ذلك ان مدة الاستبراء مدة الخيار. و فيه اولاً: انه لا دليل على ضمان البائع في تلك المدة و ثانياً: انه لو تم ذلك لم يفد في الحكم بثبوت الخيار في تلك المدة فان الملازمة

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٦

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، (١)

فلو لم يفتقرا ثلاثة ايام انقضى خيار الحيوان أو بقى خيار المجلس، لظاهر قوله عليه السلام ان الشرط في الحيوان ثلاثة ايام. و في غيره حتى يفتقرا خلافا للمحكي عن ابن زهرة فجعله من حين التفرق. و كذا الشيخ و الحلبي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهة الدليل الذي ذكره قال في المبسوط الاولى ان يقال: انه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق

انما تكون بالعكس و ثالثاً: ان صحيح ابن رثاب المحكي عن قرب الاسناد المتقدم صريح، في ان امد الخيار في الجارية انتهاء ثلاثة ايام و لو لا هذا الصحيح و صحيحه الآخر الآتى لكان للتشكيك في ثبوت الخيار في بيع الامه مجال لانصراف الحيوان عن الانسان- و كيف كان- فالأظهر هو ثبوت الخيار فيها و انتهاء امده بانتهاء ثلاثة ايام.

ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا

(١) الرابع: مبدأ هذا الخيار من حين العقد كما صرح به جماعة، و هو ظاهر الباقي،

بل هو المشهور بين الأصحاب كما عن مجمع البرهان،

و عن ظاهر الدروس، التوقف،

و عن الغنية: اطلاق التحديد بالتفرق في ابتداء مدة الخيار بحيث يشمل خيار الحيوان.

و نص على ذلك الشيخ و ابن ادريس في خيار الشرط، و يلزمهما القول به في غيره لعموم ما عللا به.

و كيف كان: فالكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين:

الأول: فى انه هل يختص خيار المجلس بما إذا لم يكن المبيع حيوانا،

ام يعم ما إذا كان حيوانا؟

الثانى: فى انه على فرض التعميم، هل يكون مبدؤه من بعد التفرق، أو من حين العقد؟

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣١٧

...

اما المقام الأول: فقد ذهب السيد الفقيه و تبعه المحقق الايروانى رحمه الله الى الأول.

و استدل له: بان النصوص من جهة تضمنها المقابلة بين النوعين، و ان نوعا من الخيار و هو خيار الحيوان ثابت فيه و نوعا آخر منه ثابت فى غيره، تدل على الاختصاص، و بها يقيد اطلاق ما دل على خيار المجلس مطلقا كقوله عليه السلام أيما رجل اشترى من رجل يبعها فبها بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع «١».

وفيه: اولاً: ان المقابلة الواقعة بين الخيارين انما هى من حيث منتهاهما لا فى انفسهما،

و عليه فالنصوص المشار إليها تدل على ان امد الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام، و بعدها لا خيار، و نصوص خيار المجلس باطلاقها تدل على ان امد الخيار مطلقا التفرق و لا خيار بعده، و لا تعارض بين الجملة الايجابية من كل منهما مع الجملة الايجابية من الاخرى، و انما التعارض بين الايجابية من كل منهما مع السلبية من الاخرى، و النسبة بما انها عموم مطلق فيقيد اطلاق السلبية من كل منهما بايجابية الاخرى.

و ثانياً: ان النصوص المشار إليها بانفسها لا تصلح دليلاً للتفصيل القاطع للشركة،

و ذلك لأن صحيح محمد بن مسلم المتقدم فى المسألة المتقدمة دليلاً على السيد المرتضى رحمه الله و ان كان مفصلاً، الا انه قد عرفت انه مطروح اما للاعراض أو لترجيح غيره عليه.

لا يقال: انه متضمن لحكمين احدهما: ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين. الثانى: عدم ثبوت خيار المجلس فيه و هو غير حجة فى المدلول الأول دون الثانى، إذ لا مانع من طرح الخبر من جهة و العمل به من جهة اخرى.

فانه يرد: بان دلالة على الحكم الثانى انما تكون من جهة التفصيل، فإذا سقط

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣١٨

لان الخيار يدخل إذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرق، (١) انتهى.

عن الحجية بالاضافة الى احد طرفى التفصيل و هو ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين تبعه سقوطه عن الحجية فى الحكم المترتب على التفصيل.

و أما خبر على بن اسباط: المتقدم فهو ضعيف السند، لأن فى طريقه الحسين بن محمد بن عامر (عمران) و هو مجهول.

و أما صحيح الفضيل المتقدم: فالتفصيل فيه انما يكون فى كلام السائل لا الإمام عليه السلام.

و أما الصحيح الآخر لمحمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام. «١» فهو لا يدل على عدم ثبوت خيار المجلس فى الحيوان،

فانه ذكر عليه السلام اولاً: ان خيار المجلس ثابت في كل بيع، ثم عقبه ببيان حكم آخر لبعض افراد البيع و هو بيع الحيوان، فيكون من قبيل ذكر الخاص بعد العام، و ترتيب حكم آخر على الخاص غير المنافي لحكم العام، فلا يكون مخصصاً له. و به يظهر حال صحيح الحلبي.

فالأظهر هو ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان المبيع حيواناً.

مبدأ هذا الخيار

و أما المقام الثاني: فظاهر النصوص كالفتاوى كون المبدأ من حين العقد،

و قد استدلل لكون المبدأ من حين التفرق بوجوه:

(١) الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، و هو: ان الخيار يدخل إذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرق.

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٩

و نحوه المحكى عن السرائر و هذه الدعوى لم نعرفها نعم ربما يستدل عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد (١) بل

أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس (٢)

و فيه: انه ان اريد من عدم الثبوت عدم تأثيره في الملكية، فيرد عليه: انه مؤثر فيها من حين العقد، غاية الأمر تكون جائزة قبل التفرق.

و ان اريد به عدم اللزوم الذاتي، فيرده: ان البيع من العقود اللازمة.

و ان اريد به عدم اللزوم الفعلي، فيرده: ان اللزوم الفعلي مع وجود الخيار غير معقول، لأنهما ضدان لا- يجتمعان، و اللزوم الفعلي مع

قطع النظر عنه موجود، إذ لا وجه للبناء على ثبوت خيار المجلس ابتداءً، ثم ملاحظة خيار الحيوان بعد كونهما في عرض واحد.

(١) الثاني: استصحاب عدم ارتفاع الخيار بانقضاء ثلاثة أيام من حين العقد.

و فيه: - مضافاً الى انه لا- يجري مع ظهور الدليل - انه لا يجري في جميع الموارد، فانه إذا فرض عدم التفرق قبل مضي ثلاثة أيام و

حصوله بعده، لا يجري هذا الأصل، فانه ان اريد استصحاب بقاء خيار المجلس فهو متيقن الارتفاع، و ان اريد استصحاب بقاء خيار

الحيوان فهو مشكوك الحدوث بعد الثلاثة، و ان اريد استصحاب الخيار الجامع بينهما فهو من قبيل استصحاب القسم الثالث من اقسام

الكلي، و المختار عدم جريانه. فتأمل.

مع انه لا يترتب على هذا الأصل الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق من كون اسقاطه اسقاطاً لما لا يجب و نحوه، لأنه بالنسبة

إليها مثبت.

(٢) الثالث: اصل عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

و يرد عليه: انه لا يجري مع ظهور الدليل.

و اورد عليه بايرادين آخرين:

احدهما: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، و هو: انه بمعناه المحمولي - و هو عدم تحقق الخيار قبل بيع الحيوان - لا اثر له، و بمعناه

النعني مثبت.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٠

و بلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد، و ما دل على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع (٢) مع ان التلف في الخيار المشترك من

المشترى، و يرد الاصل ظاهر الدليل مع انه بالتقرير الثاني مثبت (١)

و فيه: ان العدم المحمولى و النعتى انما يكون مقسمهما الوصف و الموصوف، فيقال عدم الوصف قبل الموصوف عدم محمولى، و عدمه بعده عدم نعتى، و لا ربط لذلك بالمقام، فان من له الخيار فى المقام هو هذا المعنى.

(١) ثانيهما: ما افاده المصنف رحمه الله، و هو: انه مثبت، فان عدمه قبل الافتراق لازم عقلى لبقائه الى الثلاثة من حين التفرق.

و فيه: انه كذلك بالنسبة الى آثار وجوده بعد انقضاء الثلاثة من حين العقد، و أما بالنسبة الى الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق فلا يكون مثبتا. و بذلك يظهر ان هذين الأصلين بالنسبة الى الآثار متعاكسان، و كل منهما يترتب عليه سنخ خاص من الآثار و مثبت بالنسبة الى السنخ الآخر، فلا وجه للاشكال فى جريان احدهما خاصة بالمشيئة.

و يمكن تقريب جريان الأصل بوجه آخر، و هو استصحاب عدم جعل الشارع خيار الحيوان قبل التفرق، و يكون المستصحب العدم النعتى، فانه صلى الله عليه و آله فى اول بعثته لم يجعل خيار الحيوان قبل التفرق قطعاً، و يستصحب ذلك.

و ما عن المحقق النائينى رحمه الله من ان استصحاب عدم الجعل لا يثبت به عدم المجعول، اجبنا عنه فى الاصول فى مبحث البراءة حلاً و نقضاً،

و لكن يرد عليه: انه لا يثبت به منتهى الخيار، مضافاً الى محكوميته بالنسبة الى الروايات الظاهرة فى ان المبدأ من حين العقد.

(٢) الرابع: ان جملة من النصوص «١» تدل على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع لا المشتري. و بضم هذه النصوص الى ما دل على ان التلف فى زمان الخيار المشترك ممن انتقل إليه يستكشف ان مبدأ خيار الحيوان مما بعد التفرق، إذ لو كان من حين العقد

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٢١

و أدلة التلف من البائع محمول على الغالب، من كونه بعد المجلس (١) و يرد التداخل بأن الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد و ان اتحدا.

فكذلك

لم يكن التلف فى جزء من الثلاثة من البائع.

(١) و اجاب المصنف رحمه الله عن ذلك: بان ادلة التلف من البائع محمولة على الغالب من كونه بعد المجلس.

و فيه: اولاً: ان الغلبة ممنوعة، إذ نسبة التلف الى كل جزء من الأجزاء كمنسبته الى سائر الأجزاء بلا تفاوت.

و ثانياً: ان الغلبة لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق.

و الحق فى الجواب ان يقال:

اولاً: انه لو سلم التعارض بين هذين الدليلين المتكفلين لحكمين لما كان وجه للتصرف فى الدليل الظاهر فى ان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد.

و ثانياً: انه لا- دليل بالخصوص على ان التلف فى زمان الخيار المشترك من المنتقل إليه، و انما يلتزم به على القاعدة، فتخصص القاعدة بالنصوص الدالة على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع.

و ثالثاً: انه لو سلم التعارض و عدم التخصيص و لزوم التصرف فى ادلة الخيار، نقول:

انه كما يرتفع التعارض حينئذ بما ذكر، كذلك يرتفع بالالتزام بعدم وجود خيار المجلس،

و بان خيار الحيوان يثبت بعد المجلس الى أن تتم ثلاثة ايام من حين العقد، بل لعل الأخير اظهر من جهة انه مقتضى ثبوت المقتضى

لخيار الحيوان مع وجود المانع في المجلس.

الخامس: انه لو كان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد يلزم اما اجتماع المثليين أو اجتماع السببين على مسبب واحد، لأن الثابت قبل التفرق اما خياران أو احدهما، فعلى الأول يلزم اجتماع المثليين، وعلى الثاني يلزم اجتماع السببين على مسبب واحد.

و المصنف رحمه الله في مقام تقريب الاشكال اقتصر على المحذور الثاني، و العلامة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٢

لان الاسباب معرّفات، و أما لأنها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنته الآخر أو سبقه فهي علل تامة الا من هذه الجهة (١)

و هو المراد مما في التذكرة في الجواب عن ان الخيارين مثلان فلا يجتمعان، من ان الخيار واحد و الجهة متعددة.

ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الاجازة ناقلة، أو زمان الملك؟ (٢) عبر بذلك للغلبة الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين

اقتصر على المحذور الأول، و عليه فمن الغريب ان المصنف رحمه الله حمل جواب العلامة رحمه الله على ما ذكره في مقام الجواب، مع انه في مقام الجواب عما ذكره من المحذور لاما افاده المصنف رحمه الله.

(١) و كيف كان: فقد اجاب المصنف رحمه الله عنه: بان الخيار- الذي هو المسبب- ان كان مختلف الحقيقة باختلاف الموارد فلا محذور في تعدد السبب لفرض تعدد المسبب،

و لا يلزم مع ذلك اجتماع المثليين، و ان كان في جميع الموارد متحد الحقيقة فلا باس بتعدد السبب، اما لأن الاسباب معرّفات و السبب الحقيقي واحد، و أما لأن السببين عند الاجتماع معا علة تامة و عند الانفراد كل منهما علة تامة، و على التقديرين السبب واحد. و فيه: ان الاسباب لا معرّفات و لا مؤثرات، بل المؤثر في جعل الأحكام الشرعية ارادة الجاعل، و هي تكون موضوعات للأحكام، و لا يعقل تخلف الأحكام عنها.

و الحق في الجواب ان يقال انه عند تعدد السبب ان امكن الالتزام بتعدد المسبب فهو المتعين، و الا فان امكن الالتزام بالتعدد من حيث الاضافة الى الاسباب كالقتل بالنسبة الى اسبابه يتعين ذلك، و الا فيلتزم بالتأكد ان امكن، و المقام من قبيل الثاني، فان الخيار الذي هو ملك الالتزام لا يقبل التعدد و لا التأكد، و لكنه يمكن تقييده من جهة السبب و اثره انه يمكن اسقاطه من جهة و ابقائه من جهة.

(٢) و هل المراد بزمان العقد هو زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بالنقل، أو زمان الملك؟ وجهان: أقربهما الثاني و يدلنا على ذلك ان الخيار انما يثبت في العقد الذي لولاه كان لازم الوفاء. و بعبارة اخرى: دليل الخيار مخصص لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) إذ على هذا فهو يكون ثابتا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٣

قال: فعلى هذا لو اسلم حيوانا في طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدؤه بعد القبض و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين و قد تقدم التردد في ذلك.

ثم ان ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف و لو قبل القبض يدل على انه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بد له من اثر. و قد تقدم الاشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

مسألة: لا إشكال في دخول اليلتين المتوسطين في الثلاثة أيام، (١)

لا لدخول الليل في مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج، و لا في دخول الليالي الثلاث عند التلفيق مع الانكسار و لو عقد

فى الليل.

فالظاهر بقاء الخيار الى آخر اليوم الثالث، و يحمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من ليلة العقد، لكن فيه انه يصدق حينئذ الاقل من ثلاثة ايام،

من حين صدق عنوان البائع والمشتري، و هما انما يصدقان من حين الاجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

نعم التعبير بصاحب الحيوان فى بعض النصوص موهم لكون المدار على الملكية، و عليه فالتفصيل بين القول بالنقل أو الكشف فى محله، و لكن الظاهر - و لو بقريئة سائر النصوص - ان المراد بالصاحب الملقى للحيوان لا المالك الفعلى، و الغرض منه تخصيص الخيار بالمشتري، فالأظهر ثبوت الخيار من حين الاجازة على جميع المسالك.

فما افاده المحقق النائينى رحمه الله من انه على القول بالكشف الحقيقى يتعين البناء على ثبوت الخيار من حين اجراء الصيغ، فى غير محله.

دخول الليلتين المتوسطتين فى ثلاثة الخيار

(١) لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة ايام.

و الوجه فى ذلك: ظهور النصوص فى امتداد الخيار من اول تحققه الى حين زواله

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٢٤

و الاطلاق على المقدار المساوى للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر. قيل:

و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالى الثلاث لدخول الليلتين أصالته، فتدخل الثلاثة، و إلا لاختلف مفردات الجمع فى استعمال واحد، انتهى.

فإن اراد الليلة السابقة على الايام فهو حسن الا انه لا يعلل بما ذكر و ان اراد الليلة الاخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين فى اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث فى خصوص النهار، بل نقول ان اليوم مستعمل فى خصوص النهار أو مقداره من نهارين لا فى مجموع النهار و الليل أو مقدارهما، و لا فى النهار و لو ملفقا من الليل، (١) و المراد من الثلاثة ايام هى بلياليها اى لياالى مجموعها لا كل واحد منها فالليالى لم ترد من نفس اللفظ، و انما اريدت من جهة الاجماع و ظهور اللفظ الحاكمين فى المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال: الخيار يستمر الى ان يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار.

و لا اشكال ايضا فى دخول الليلة الاولى ان وقع العقد فى الليل،

انما الكلام فيما لو وقع العقد فى اول اليوم، و انه هل تدخل الثالثة ام لا؟

قد يقال بالدخول، و استدله:

بظهور اليوم فى النهار مع الليل، اما لأنه اسم للمجموع أو للتغليب،

و بانه تدخل الليلتين فى الثلاثة كما تقدم فتدخل الثلاثة، و الا لاختلف مفردات الجمع فى استعمال واحد.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن اليوم فى اللغة و بحسب المتفاهم العرفى اسم لبياض النهار، و التغليب ليس بنحو يوجب الظهور.

و أما الثانى: فلأن دخول الليلتين ليس من جهة دخولهما فى المستعمل فيه، بل لما عرفت، فلا يلزم الاختلاف فى مفردات الجمع.

(١) ثم يقع الكلام في ان المراد باليوم هل هو اليوم التام فلا يكفى الملقق أو مقداره و لو من نهارين، أو مقداره من الزمان و لو بضم الليل؟ و الأظهر هو الأوسط،
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٥

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر:

احدها: اشتراط سقوطه في العقد (١)

و لو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض بالصحة و لا بأس به.

و الثاني: اسقاطه بعد العقد، (٢)

و قد تقدم الامران.

و الثالث: التصرف

و لا خلاف في اسقاطه في الجملة لهذا الخيار، (٣) و يدل عليه قبل الاجماع النصوص:

لأن الظاهر من الدليل اعتبار اليوم اى بياض النهار على نحو الطريقة الى الساعات النهارية، و عليه فيكفى الملقق من نهارين، و لا يكفى الملقق من يوم و ليل.
 التصرف مسقط للخيار
 الخامس: ان هذا الخيار يكون باقيا ما لم يتحقق احد المسقطات و هي امور:
 (١) احدها اشتراط سقوطه في العقد.

(٢) و الثاني اسقاطه بعد العقد و قد تقدم الأمران في خيار المجلس، فلا حاجة الى ذكر مالهما من المباحث.

(٣) و الثالث التصرف و لا خلاف في اسقاطه في الجملة لهذا الخيار و كلمات القوم في المقام مشوشة و مضطربة و الاقوال كثيرة حتى ان بعضهم افتي في كتاب بغير ما افتي به في كتاب آخر، و افرد بعضهم و حكم بمسقطية التصرف إذا كان اجازة فعلية و فرط آخر و حكم بمسقطية كل تصرف حتى التصرف للاستخبار و التصرف في طريق الرد و بينهما اقوال لا يهمننا التعرض لها، و الغريب مع ذلك دعوى الاجماع في المقام اللهم، الا ان يراد به الاجماع على مسقطية التصرف في الجملة و لو بمعنى اسقاط الرضا المستكشف به.
 و كيف كان فالاولى صرف عنان الكلام الى بيان ما هو الحق المستفاد من نصوص الائمة الاطهار صلوات الله عليهم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٦

ففي صحيحة ابن رثاب، فإن احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه و لا شرط له، قيل له: و ما الحدث؟ قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء، و صحيحة الصفار كتبت الى ابي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابة من رجل فحدث فيها حدثا من اخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أ له ان يردها في الثلاثة الايام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام إذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء انشاء الله تعالى.
 و في ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الاسناد قلت له أ رأيت ان قبلها المشتري أو لامس؟ فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط و لزم البيع. و استدل عليه في التذكرة بعد الاجماع بأن التصرف دليل الرضا و في موضع آخر منها انه دليل الرضا بلزوم العقد، و في موضع آخر منها كما في الغنية ان التصرف اجازة.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان ما يستفاد من الأخبار. المذكورة في المتن و هي صحيح ابن رثاب «١»

و صحيح الصفار «٢» و الصحيح المتقدم «٣» عن قرب الاسناد الثاني: في المبعديات المذكورة لكون التصرف بنفسه مسقطا.

الثالث: فيما توهم من منافاة طائفة اخرى من الأخبار لهذه الروايات.

اما المورد الأول: فالكلام فيه في جهات:

الأولى: ان قوله عليه السلام في صحيح الصفار إذا حدث فيها حدثا فقد وجب الشراء و نحوه ما في صحيح ابن رثاب يدل على ان

احداث الحدث بنفسه مسقط، و المراد به اعمال عمل جديد لم يكن من شأنه قبل العقد، فهو لا يشمل كل تصرف كسقى الدابة و

اعلافها، كما لا يشمل التصرف للاستخبار أو للرد لأنه ليس هذا التصرف من باب تصرف

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٧

اقول: المراد بالحدث ان كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك الا برضاه كما يشير إليه قوله: أو نظر الى ما كان يحرم عليه

قبل الشراء، فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطا، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط

للرد بالعيب من انه لو استخدمه بشيء خفيف مثل اسقنى أو ناولنى الثوب أو اغلق الباب، سقط الرد، ثم استضعف قول بعض الشافعية

بعدم السقوط معللا بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك بأن المسقط مطلق التصرف، و قال ايضا لو كان له على الدابة سرج

أو ركاب فتركهما عليها بطل الرد،

لانه استعمال و انتفاع، انتهى.

و قال في موضع من التذكرة: عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل عمله بالعيب أو بعده يمنع الرد، انتهى.

و هو في غاية الاشكال لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث، و عدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد، مع ان من المعلوم عدم

انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في اثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو مع انهم ذكروا ان الحكمه في هذا الخيار الاطلاع

على امور خفيه في الحيوان

المالكين في املاكهم، و لذا قيد الراوى ركوب الدابة بركوب ظهرها فراسخ الذي هو من شئون المالك و من وجوه الانتفاع بماله،

كما ان الامام عليه السلام قيد النظر بما كان محرما قبل الشراء، و على هذا فالمستفاد من هذه النصوص ان كل تصرف مالكي لم يكن

للمشتري قبل الشراء إذا وقع بعده يكون مسقطا للخيار، و لو لم يكن اجازة فعليه.

الثانية: انه قد يتوهم ان الأمثلة المذكورة في النصوص من تقبيل الجارية و لمسها و النظر إليها ليست مصاديق لاحداث الحدث بل هي

من قبيل الأمر باغلاق الباب، فكيف حكم بمسقطيتها،

لكنه فاسد إذ قد عرفت ان احداث الحدث يعم كل تصرف لم يكن من شأنه قبل العقد و هذه منه.

الثالثة: ان في صدر صحيح ابن رثاب فان حدث المشتري فيما اشترى حدثا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٨

توجب زهاده المشتري، و كيف يطلع الانسان على ذلك بدون النظر الى الجارية و لمسها و امرها بغلق الباب و السقى و شبه ذلك. و ان كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالاته على الرضا بلزوم العقد، كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحة ابن رثاب، (١) و يظهر من استدلال العلامة و غيره على المسألة، بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد، فهو لا يناسب اطلاقهم الحكم باسقاط التصرفات التي ذكروها و دعوى ان جميعها مما يدل لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد، فيكون اجازة فعليه كما ترى.

ثم ان قوله عليه السلام في الصحيحة فذلك رضاء منه يراد منه الرضا، بالعقد في مقابلة كراهة ضده اعنى الفسخ و إلا فالرضا بأصل الملك مستمر من زمان العقد الى حين الفسخ، و يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن ابيه عن جعفر عن ابيه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله في رجل اشترى عبدا بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو برئ من الضمان، فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، و الاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك، إذا عرفت هذا فقوله عليه السلام فذلك رضاء منه و لا شرط له (١) يحتمل وجوها

قبل الثلاثة الأيام فذلك رضاء منه فلا شرط.

(١) رتب سقوط الخيار على كون احداث الحدث رضاء بالبيع،

و قد وقع الكلام في ما هو المراد من هذه الجملة، و قبل بيان ما ذكره المصنف رحمه الله من الاحتمالات لا بد من بيان ما هو الحق عندنا و هو يتوقف على مقدمة،

و هي ان المراد بالرضا ليس هو طيب النفس الذي هو من صفات النفس، بل المراد به الاختيار الذي هو من الأفعال، و ذلك لوجوه منها: حملة على احداث الحدث الذي هو من الأفعال، و لا يصح حمل الصفة على الفعل الا مع العناية.

و منها: انه لا عبرة بالرضا غير المبرز في باب المعاملات قطعا.

و منها: ان الرضا بمعنى طيب النفس يتعدى بكلمة باء، و بمعنى الاختيار يتعدى بنفسه، و هو في هذه النصوص تعدى بنفسه، و على هذا فالمراد من قوله فذلك رضاء منه انه اختيار و اجازة، فيكون مفاد هذه الجملة من الصحيح التعبد بان كل ما يكون احداث

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٩

احدها: ان يكون الجملة جوابا للشرط فيكون حكما شرعيا بأن التصرف التزام بالعقد و ان لم يكن التزاما عرفا (١)

الثاني: ان يكون توطئة للجواب و هو قوله: و لا شرط له (٢) لكنه توطئة لحكمه الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقة، فيكون اشارة الى ان الحكمه في سقوط الخيار بالتصرف دلالاته غالبا على الرضا، نظير كون الرضا حكمه في سقوط خيار المجلس بالافتراق في قوله فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما، فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا، و على هذين المعنيين فكل تصرف مسقط و ان علم عدم دلالاته على الرضا.

الثالث: ان تكون الجملة اخبارا عن الواقع نظرا الى الغالب و ملاحظة نوع التصرف لو خلى و طبعه، و يكون علة للجواب (٣) فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف غالبا دالا على الرضا بلزوم العقد، و بعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدى علة، كما في قوله: لا تأكل الرمان لانه حامض. دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذي يكون كذلك. اي دالا بالنوع غالبا على التزام العقد، و ان لم يدل في شخص المقام

الحدث يكون اجازة للعقد و موجبا لسقوط الخيار، فيتحد مفادها مع سائر النصوص المطلقة.

إذا عرفت هذا فاعلم: ان المصنف رحمه الله لما بنى على ان المراد من الرضا هو طيب النفس احتمل وجوها فيها:

(١) أحدها: ان الرضا محمول على التصرف بعنوان التعبد و التنزيل.

(٢) ثانيها: ان قوله فذلك رضا منه توطئة للجواب الذى هو قوله و لا شرط له و يكون المراد منه ان التصرف لكونه كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطا، لكن لوحظ هذا العنوان على وجه الحكمة غير المطردة، فيكون التصرف مسقطا و لو علم فى مورد عدم الرضا بالعقد.

(٣) ثالثها: ان يكون المراد من قوله فذلك رضا منه هذا المعنى المشار إليه فى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٣٠

فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعى فى الرضا، نظير ظهور الالفاظ فى معانيها مقيدا بعدم قرينة يوجب صرفه عن الدلالة، كما إذا دل الحال أو المقام على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتباها بعين اخرى مملوكة له و يدخل فيه كلما دل نوعا على الرضا و ان لم يعد تصرفا عرفا كالتعريض للبيع و الأذن للبائع فى التصرف فيه.

الرابع: ان يكون اخبارا عن الواقع و يكون العلة هى نفس الرضا الفعلى و الشخصى و يكون اطلاق الحكم مقيدا بتلك العلة، فيكون موضوع الحكم فى الحقيقة هو نفس الرضا الفعلى، فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار. (١) ثم ان الاحتمالين الأولين و ان كانا موافقين لإطلاق سائر الاخبار و اطلاقات بعض كلماتهم، مثل ما تقدم من التذكرة من ان مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط، و كذا غيره كالمحقق و الشهيد الثانيين بل لإطلاق بعض معاهد الاجماع، الا انهما بعيدان عن ظاهر الخبر، مع مخالفتها لأكثر كلماتهم. فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ. بل ظاهرها اعتبار الدلالة فى الجملة على الرضا كما سيجىء

الوجه الثانى، لكنه ماخوذ على وجه العلية، فيكون مفاده ان كل تصرف يكون كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطا للخيار.

(١) رابعها: هذا المعنى مع ارادة الكاشفية الفعلية الشخصية عن الرضا، و هو قد اختار الوجه الثالث.

و جميع هذه الوجوه بعيدة،

اما الأول: فلأن الرضا بنفسه لا حكم له فى باب المعاملات كى ينزل التصرف منزلته.

و أما الثانى: فلأن الظاهر مما يذكر فى مقام العلة كونه علة لا حكمة.

و أما الثالث: فلعدم انطباق ذلك على الأمثلة المذكورة فى النصوص لعدم كونها كاشفة عن الرضا لو خليت و طبعها.

و أما الرابع: فيرد عليه - مضافا الى ما اورد على الوجه الثالث -: انه لم يلتزم به احد،

و اضيف الى ذلك ما عرفت من فساد المبنى، فالمتعين هو ما ذكرناه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٣١

و يؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا.

و ان لم يعد تصرفا كتقيل الجارية للمشتري (١) على ما صرح به فى التحرير و الدروس، فعلم ان العبرة بالرضا و انما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص أيضا بأن العرض على البيع اجازة، (٢) مع انه ليس حدثا عرفا. و مما يؤيد عدم ارادة الاصحاب كون التصرف مسقطا إلا- من جهة دلالته على الرضا، حكمهم بأن كل تصرف يكون اجازة من المشتري فى المبيع يكون فسحا من البائع، (٣) فلو كان التصرف مسقطا تعديا عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدى عن كونه اجازة الى كونه فسحا.

و قد صرح فى التذكرة بأن الفسخ كالاجازة يكون بالقول و بالفعل، و ذكر التصرف مثلا للفسخ و الاجازة الفعلين، فاندفع ما يقال فى تقريب كون التصرف مسقطا لا للدلالة على الرضا بأن الاصحاب يعدونه فى مقابل الاجازة.

ثم مع الاعراض عما ذكرناه، فغاية الأمر اجمال هذه الجملة، فلا مقيد لإطلاق النصوص، فالمستفاد من النصوص ان احداث الحدث

بنفسه مسقط للخيار.

فما عن المحقق النائيني رحمه الله من حمل النصوص على ارادة ان كل تصرف يكون اجازة فعلية يكون مسقطا، غير تام.

و أما المورد الثاني: فقد ذكروا من مبعديات كون كل احداث الحدث مسقطا امورا.

(١) ومنها: حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا، و ان لم يعد تصرفا كتقيل الجارية و فيه: انه و ان لم يكن ذلك تصرفا الا انه احداث الحدث.

(٢) ومنها: ورود النص ايضا بان العرض على البيع اجازة، مع انه ليس حدثا عرفا و الكلام فى النص سيأتى مفصلا فى المورد الثالث و فيه: ان التعريض للبيع إذا كان بعنوان يبعه لا بعنوان استخبار قيمته من الحدث عرفا.

(٣) ومنها: ان الاصحاب ذكروا ان كل فعل و تصرف يكون اجازة إذا كان فيما انتقل إليه يكون ردا و فسحا إذا كان فى ما انتقل عنه، و من المعلوم ان كل تصرف فيما

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٣٢

و أما المعنى الرابع فهو و ان كان اظهر الاحتمالات من حيث اللفظ، بل جزم به فى الدروس و يؤيده ما تقدم من رواية عبد الله به الحسن بن زيد، الحاكية للنوى الدال كما فى الدروس ايضا على الاعتبار بنفس الرضا.

و ظاهر بعض كلماتهم الآتية ان المستفاد من تتبع الفتاوى الاجماع على عدم اناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد، مع ان اظهرته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة، فتعين ارادة المعنى الثالث، هلصحو دلالة التصرف لو خلى و طبعه على الالتزام و ان لم يفد فى خصوص المقام، فيكون التصرف اجازة فعلية فى مقابل الاجازة القولية و هذا هو الذى ينبغى ان يعتمد عليه، قال فى المقنعة: ان هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع، الا ان يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتاع، انتهى.

و مثل للتصرف فى مقام آخر بأن ينظر الى الأمة الى ما يحرم لغير المالك.

و قال فى المبسوط فى احكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمة و اصاب بها عيبا فله ردها.

و إذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و سقيها و علفها و حلبها و أخذ لبنها، و ان نتجت كان له نتائجها، ثم قال: و لا يسقط الرد لأنه إنما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الرد بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيب عنده، و ليس هنا شىء من ذلك، انتهى.

انتقل عنه لا يكون ردا، فكذا الاجازة.

و فيه: انه قد عرفت ان احداث الحدث بنفسه مسقط لا بما انه اجازة فعلية،

و الملازمة التى ذكرها الأصحاب انما هى بين ما هو اجازة فعلية و فسخ فعلى، لابين احداث الحدث و الفسخ، فلا ربط لذلك بالمقام. منها: انه لو كان كذلك لزم لغوية جعل الخيار، إذ من المعلوم عدم انفكاك المملوك أو الحيوان المشتري عن تصرف ما فى اثناء الثلاثة.

و فيه: قد مر أن احداث الحدث اخص من وجه من التصرف.

و به يظهر الجواب عن الأمر الثانى و هو ان الحكمة فى هذا الخيار الاطلاع على امور خفية فى الحيوان توجب زهادة المشتري، و كيف يمكن ان يطلع الانسان على ذلك مع عدم التصرف.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٣٣

و فى الغنية: لو هلك المبيع فى مدة الخيار فهو من مال بائعه، الا ان يكون المبتاع قد احدث فيه حدثا يدل على الرضا، انتهى.

و قال الحلبي فى الكافي فى خيار الحيوان: فإن هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع، إلا ان يحدث فيه حدثا يدل على الرضا، انتهى.

و في السرائر بعد حكمه بالخيار في الحيوان الى ثلاثة ايام، قال: هذا إذا لم يحدث في هذه المدة حدثا يدل على الرضا و يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف اجرة، بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها، أو يدبرها تدبيراً، ليس له الرجوع فيه كالمندور، انتهى.

و قال في موضع آخر: إذا لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا في العادة.

و أما العلامة: فقد عرفت انه استدل على اصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا باللزام.

و قال في موضع آخر لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت، لم يكن ذلك رضاء بها، ثم قال: و لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بامساكه، و لو حلبها في طريقه فالاقرب انه تصرف يؤذن بالرضا و في التحرير في مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف قال: و كذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا و قال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر و ليس ببعيد.

و قال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنّها جاريتها المختصة فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة. ففي الحكم تردد، ينشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف و من انه غير قاصد الى لزوم البيع إذ لو علم لم يفعل، و التصرف انما عد مسقطاً لدلالته على الرضا باللزام و قال في موضع آخر:

و لا يعد ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفاً، ثم قال و هل يعد حملها للاستخبار تصرفاً ليس ببعيد ان لا يعد. و كذا لو اراد ردها و حلبها لأخذ اللبن على اشكال ينشأ من انه ملكه، فله استخلاصه، انتهى.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٤

و حكى عنه في موضع آخر انه قال و المراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقي، انتهى.

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به و يحتمل ان يراد به الاستعمال للاتفاق بالملك لا للاختبار أو الحفظ، هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام،

الظاهرة في المعنى الثالث. و حاصله التصرف على وجه يدل عرفاً لو خلى و طبعه،

على الالتزام بالعقد، ليكون اسقاطاً فعلياً للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا الالتزام لكن يبقى الاشكال المتقدم سابقاً من ان اكثر امثلة التصرف المذكورة في النصوص و الفتاوى ليست كذلك بل هي واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً. و إذا اطع على ما يوجب زهده فيه. فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا. و منه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقاً من عدم انفاكك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة، فيكون مورد الخيار في غاية الندرة بأن الغالب في هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزام فلا يسقط بها الخيار، إذ فيه ان هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضاء، لأن المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض افراده رضاء هو ظهوره فيه

و أما المورد الثالث: فما توهم منافاته للنصوص المتقدمة خبران:

احدهما: خبر عبد الله بن الحسن الحاكي للنبي: في رجل اشترى عبداً بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال صلى الله عليه و آله: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان «١».

بتقريب: انه صلى الله عليه و آله لم يستفصل بين احداث الحدث و عدمه، و حكم بالبراءة و لو احدث الحدث، فيستكشف من ذلك ان المسقط انما هو الرضا، و مسقطية احداث الحدث انما تكون لأجل كاشفيتها عن الرضا لا انه بنفسه مسقط.

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند.

و ثانيا: ان المراد بالرضا فيه ليس هو طيب النفس، إذ هو ليس مسقطا للخيار

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٥

عرفا من اجل الغلبة، فإذا فرض ان الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لاعن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة الا في قليل من افراده مستهجنا و أما الاستشهاد لذلك بما سيجيء من ان تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقا، و ليس ذلك الا من جهة صدوره لاعن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن. ففيه ما سيجيء و مما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لاعن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه يعنى حمل الاخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها و بين ما دل من الاخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار و عدمه، و إنما انيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي و مثل الخبر المصحح في رجل اشترى شاة فامسكها ثلاثة ايام ثم رد قال: ان كان تلك الثلاثة ايام شرب لبنها يرد معها ثلاثة امداد، و ان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء، و نحوه الآخر (١) و ما فيهما من رد ثلاثة امداد لعله محمول على الاستحباب مع ان ترك العمل به لا يوجب رد الرواية، فتأمل.

قطعا، بل المراد به الالتزام بالعقد و الاختيار، و قد مر أن احداث الحدث منه تعبدا و بالحكومة.

و ثالثا: ان الخبر وارد لبيان حيثية التلف في زمان الخيار خاصة لا للبيان من جهة اخرى، فلا يمكن التمسك بترك الاستفصال فيه بين احداث الحدث و عدمه.

(١) ثانيهما: المصحح «١» المذكور في المتن و نحوه الآخر و فيه: اولاً: ان موردما الرد بعد الثلاثة، فهما اجنبيان عن المقام و يحملان على ارادة الرد بخيار العيب، و التصرف ليس مسقطا له. و ثانيا: انه لم يعمل بهما لتضمنهما رد ثلاثة امداد.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٦

و قد افتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها اياما، ثم وجد المشتري فيها عيبا ثم قال و قيل ليس له ردها لانه تصرف بالحلب.

و بالجملة فالجمع بين النص و الفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطا لدلالته على الرضا بلزوم العقد و بين ما تقدم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى خصوصا ما ذكره غير واحد من العزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد أو التردد فيه، و في التصرفات للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غاية الأشكال و الله العالم بحقيقة الحال.

الثالث: خيار الشرط

إشارة

اعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد (١) و لا- خلاف في صحة هذا الشرط و لا في انه لا يتقدر بحد عندنا و نقل الاجماع عليه مستفيض،

و الاصل فيه قبل ذلك الاخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى و الاخبار الخاصة الواردة في بعض افراد المسألة. فمن الأولى: الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره ان المسلمين عند شروطهم، (٢) و يزيد في صحيحه ابن سنان، الا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز.

و في موثقة اسحاق بن عمار: الا شرطا حرم حالالا أو حلل حراما.

فتحصل: ان الاظهر كون احداث الحدث- اي اعمال عمل جديد- لم يكن له قبل الاثراء من المسقطات بنفسه. خيار الشرط

(١) الثالث: خيار الشرط بالضرورة بين علماء المذهب و الكتاب و السنة عموما و خصوصا في بعض افراده. كذا في الجواهر و هو يثبت في كل مبيع اشترط الخيار فيه. و قد استدل لصحة هذا الشرط بوجهين.

(٢) الأول: الأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى، كالخبر المستفيض: المسلمون عند شروطهم «١».

(١) راجع الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار- و باب ٤ من ابواب كتاب المكاتبه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٧

...

و قد اورد على الاستدلال بها بامور:

احدها: ما عن المستند من ان هذا الشرط مخالف للكتاب و السنة. إذ السنة دلت على ان البيع يجب بالافتراق، فاشتراط عدم وجوبه مخالف للسنة، فلا يكون مشمولاً لتلك الأخبار، لأنه قد استثنى من الشروط لازمة الوفاء ما خالف الكتاب و السنة. و فيه: ان وجوب البيع و لزومه حتى لا حكمى لجريان الاقالة فيه، فشرط عدمه ليس مخالفاً للكتاب و السنة، إذ الشرط المخالف للسنة هو شرط فعل، أو ترك محكوم بحكم الزامى، أو عدم حكم وضعى غير حتى كما تقدمت الاشارة إليه، و سيجىء تفصيله في باب الشروط.

ثانيها: انه شرط مخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضاه لزوم البيع.

و فيه: ان اللزوم من احكام العقد لا من مقوماته، فشرط عدمه ليس مخالفاً لمقتضى العقد.

ثالثها: ما افاده المحقق الايروانى رحمه الله، و هو: ان ظاهر الاخبار الحكم التكليفى و وجوب ان يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة الذى منه المقام، و هو شرط الخيار و ثبوت حق الرجوع.

و فيه: اولاً: قد تقدم في مسألة اشتراط سقوط خيار المجلس ان مفاد هذه النصوص بقريته غيرها من الأخبار نفوذ الشرط الذى له ربط بالمشروط عليه، فتشمل شرط النتيجة.

و ثانياً: انه يمكن ارجاع هذا الشرط الى شرط الفعل بان يشترط ان يفسخ متى ما اراد.

رابعها: ما افاده المحقق الايروانى رحمه الله ايضاً، و هو: ان المقام داخل في شرط فعل الله- اعنى حكمه بالخيار- و هو خارج عن الاختيار، غير مشمول لخطاب المؤمنون.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٨

نعم في صحيحة اخرى لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للاجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب، و تمام الكلام فى معنى هذه الاخبار و توضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتى فى باب الشرط فى ضمن العقد انشاء الله،

و المقصود هنا بيان احكام الخيار المشروط فى العقد و هى تظهر برسم مسائل.

مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، (١)

لعموم أدلة الشرط، (٢) قال فى التذكرة: لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعى

وفيه: - مضافا الى ما تقدم من امكان ارجاعه الى شرط الفعل - ان هذا الحكم الشرعى بما انه مجعول فى ظرف انشاء المكلف - كما فى سائر الانشائيات - يكون مقدورا بالواسطة. و ان شئت قلت: ان المشروط هو الخيار عند المتبايعين، و الشارع الأقدس امضى ذلك و حكم بالخيار لا انه هو المشروط. فتدبر، فالأظهر تمامية هذا الوجه الوجه الثانى: الأخبار الخاصة الواردة فى بعض افراد المسألة: منها: النصوص المستفيضة الواردة فى اشترط الفسخ برد الثمن الآتى نقلها. و منها: صحيح ابن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: ان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك فى يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع «١».

و منها: غير ذلك، و قد جعلها صاحب المستند مخصصة لما دل على عدم صحة الشرط المخالف.

و اورد عليه: بان سياق ادلة عدم صحة الشرط المخالف آب عن التخصيص.

لو جعل الخيار و لم يعين المدة

(١) قوله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه محل الكلام فى هذا المقام ليس جواز كون زمان الخيار منفصلا - بل اتفقت كلماتهم على جواز ذلك.

(٢) لعموم ادلة الشروط.

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٩

و استدل له فى موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم (١) ورد بعدم المانع من ذلك، مع انه كما فى التذكرة منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية. نعم يشترط تعيين المدة فلو تراضيا على مدة مجهولة (٢) كقدوم الحاج بطل بلا خلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحا

(١) و دعوى انه يلزم منه جواز العقد بعد لزومه،

مندفعة بانه لا محذور فى ذلك، مضافا الى ثبوت نظيرها فى الشرع كخيار التأخير - و لا فى جواز تقدير اى مدة شاء.

(٢) و انما الكلام وقع فيما لو عين مدة مجهولة كقدوم الحاج،

و الكلام فيه فى موردين:

الأول: فى صحة الشرط و فساده.

الثانى: فى صحة البيع و فساده.

اما المورد الأول: فقد استدل على بطلان الشرط بوجوه:

احدها: الاجماع و هو كما ترى.

ثانيها: ما ارسله بعض من نهى النبى صلى الله عليه و آله عن الغرر. «١» و هو عام شامل للشرط ايضا، و لا بأس به، و هو و ان كان ضعيف السند الا ان عمل الأصحاب و استدلالهم به فى جملة من المواضع يوجب جبره.

ثالثها: ان البيع يبطل، فيكون الشرط باطلا بالتبع.

رابعها: ما فى الجواهر، و هو: ان اشتراطه مخالف للسنة.

وفيه: انه ان اريد بذلك ان البيع بواسطة هذا الشرط يصير غرريا فهذا شرط مخالف للسنة، ففيه: ان الظاهر من قوله الا شرطا خالف كتاب الله كون الالتزام بنفسه أو الملتزم به مخالفا للكتاب أو السنة، و أما الشرط الموجب لمخالفة شيء آخر للكتاب أو السنة فهو غير مشمول له، و ان اريد به ان الشرط الغررى بنفسه منهى عنه فيكفى فى فساده نفس دليل الغرر.

و أما المورد الثانى: فقد استدل لبطلان البيع بوجوه:

(١) التذكرة ج ١- ص ٤٦٦- مسألة بيع الطير فى الهواء- و عن الشهيد ره نحوه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٠

لصيورة المعاملة بذلك غررية، (١) و لا عبرة بمسامحة العرف فى بعض المقامات و اقدام العقلاء عليه احيانا، (٢) فإن المستفاد من تتبع احكام المعاملات عدم رضاء الشارع بذلك، إذ كثيرا ما يتفق التشاح فى مثل الساعة و الساعتين من زمان الخيار فضلا من اليوم و اليومين.

و بالجملة، فالغرر لا- ينتفى بمسامحة الناس فى غير زمان الحاجة الى المداقة و الا لم يكن بيع الجزاف و ما تعذر تسليمه، و الثمن المحتمل للتفاوت القليل و غير ذلك من الجهالات غررا، لتسامح الناس فى غير مقام الحاجة الى المداقة فى اكثر الجهالات.

و لعل هذا مراد بعض الاساطين من قوله ان دائرة الغرر فى الشرع اضيق من دائرته فى العرف، و إلا فالغرر لفظ لا يرجع فى معناه الا الى العرف. نعم الجهالة التى لا يرجع الامر معها غالبا الى التشاح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعد غررا، كتفاوت المكائيل و الموازين

احدها: الاجماع. و هو كما ترى.

ثانيها: ان الشرط إذا فسد فسد المشروط، و قد تقدم فساد الشرط.

وفيه: ما سيجىء فى محله من ان الشرط الفاسد لا يكون مفسدا.

(١) ثالثها: صيرورة المعاملة بذلك غررية.

(٢) و اورد عليه تارة: بان العقلاء يقدمون على مثل هذه المعاملة و يسامحون فى مثل هذه الجهالة،

و اخرى: بان الشرط انما يكون التزاما فى ضمن التزام، و جهالة المظروف لا تسرى الى الطرف، و هو معلوم من جميع الجهات فلا يكون غرريا،

و ثالثة: بما عن المحقق الايروانى رحمه الله، و هو: ان الغرر المنهى عنه لا- يشمل الغرر الحاصل بجهالة مدة الخيار، و الا بطل كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس.

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلأن اقدام العقلاء لا يوجب رفع الغرر، فانهم ربما يقدمون على المعاملة الخطيئة، و الشارع الأقدس لسد هذا الباب نهى عن البيع الغررى.

و أما الثانى: فلأن الشرط و ان كان التزاما فى ضمن التزام الا ان المشروط بما

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤١

و يشير الى ما ذكرنا الاخبار الدالة على اعتبار كون السلم الى اجل معلوم،

و خصوص موثقة غياث: لا بأس بالسلم فى كيل معلوم الى اجل معلوم لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد. مع ان التأجيل الى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حد الاحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع، و ربما يستدل على ذلك بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة، لأنه غرر. (١) و فيه ان كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة، ففى الثانى يفسد الشرط و يتبعه البيع، و فى الأول يفسد البيع فيلغو الشرط. اللهم الا- ان يراد ان نفس الالتزام بخيار فى مدة مجهولة غرر و ان لم يكن بيعا فيشمله دليل نفي الغرر فيكون مخالفا للكتاب و السنة، لكن لا يخفى سراية الغرر الى البيع، (٢) فيكون الاستناد فى فساده الى فساد شرطه المخالف للكتاب كالاكل من القفاء.

انه جواز العقد- و من المعلوم ان الملكية اللازمة غير الملكية الجائزة- فلا محالة تسرى الجهالة الى البيع و يصير البيع بذلك غرريا كما لا يخفى.

و أما الثالث: فلأن خيار المجلس انما يكون بجعل من الشارع، و أما المتعاملان فهما عالمان بما ينشئان و لا جهالة فيه بوجه و لا غرر. و حكم الشارع لا يوجب غررية البيع.

فالأظهر تمامية هذا الوجه، فتحصل بطلان البيع.

(١) قوله ان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة لانه غرر قد عرفت ان مراد من استدلال بهذا الوجه اثبات بطلان الشرط، بمخالفته للكتاب و السنة، و يكون نفس الشرط غرريا فنفس الشرط مشمول لقوله عليه السلام نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر، و إذا كان الشرط باطلا كان البيع باطلا لان الشرط الفاسد مفسد و عليه فلا يرد عليه ما اورده المصنف بقوله.

(٢) لكن لا- يخفى سراية الغرر الى البيع و فيه انه إذا كان الشرط غرريا و باطلا لا يسرى ذلك الى البيع لما سيأتى فى محل من ان الشرط التزام فى ضمن التزام الا بالتقريب الذى ذكرناه فراجع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٢

مسألة: لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج،

و بين عدم ذكر المدة اصلا كان يقول بعتك على ان يكون لى الخيار و بين ذكر المدة المطلقة، كان يقول بعتك على ان يكون لى الخيار مدة لاستواء الكل فى الغرر، (١) خلافا للمحكى عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية و الحلبي فجعلوا مدة الخيار فى الصورة الثانية ثلاثة ايام و يحتمل حمل الثالثة عليها و عن الانتصار و الغنية و الجواهر، الاجماع عليه. و فى محكى الخلاف وجود اخبار الفرقه به و لا شك ان هذه الحكاية بمنزلة ارسال اخبار (٢) فيكفى فى انجبارها الاجماع المنقولة. و لذا مال إليه فى محكى الدروس لكن العلامة فى التذكرة لم يحك هذا القول الا عن الشيخ قدس سره و اوله بارادة خيار الحيوان.

و عن العلامة الطباطبائي فى مصابيح: الجزم به، و قواه بعض المعاصرين منتصرا لهم بما فى مفتاح الكرامة من انه ليس فى الادلة ما يخالفه إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع و ان لم يعلم به المتعاقدان

(١) وقد صرح غير واحد بعدم الفرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة و بين عدم ذكر المدة، و بين ذكر المدة المطلقة بان يقول بعتك بشرط ان يكون لى الخيار مدة لاستواء الجميع فى الغرر بالتقريب المتقدم.

وقيل ان المشهور بين المتقدمين الصحة فى الثالث و الانصراف الى ثلاثة ايام، و عن جماعة: دعوى الاجماع عليه.

(٢) و استدل له: بوجوه الاول ما عن محكى الخلاف من وجود اخبار الفرقه به.

بتقريب: ان هذه الحكاىة بمنزلة ارسال اخبار، فيكفى فى انجبارها الاجماع المنقولة.

و فيه ان عمل الأصحاب انما يوجب انجبار ضعف السند لو علم استنادهم الى الخبر، و الا فمجرد مطابقة الفتاوى مع الخبر لا يوجب جبر الضعف، و فى المقام حيث لم يحرز ذلك، و لعلمهم استندوا الى الوجه الثانى، بل يحتمل ان يكون مراد الشيخ من الأخبار ذلك، فلا يكون الضعف منجبرا مع ان العمل يوجب جبر ضعف السند لا الدلالة، و حيث انه يحتمل عدم دلالتها على فرض وجودها فلا يصح الاستدلال بها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٣

كخيار الحيوان الذى لا- إشكال فى صحة العقد مع الجهل به أو بمدته، و زاد فى مفتاح الكرامة التعليل بأن الجهل يثول الى العلم الحاصل من الشرع.

و فيه ما تقدم فى مسألة تعذر التسليم من ان بيع الغرر موضوع عرفى حكم فيه الشارع بالفساد، و التحديد بالثلاثة تعبد شرعى لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصصا لعموم نفي الغرر و كان التحديد تعديدا نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمه أو يكون حكما شرعيا ثبت فى موضوع خاص، و هو اهمال مدة الخيار.

و الحاصل ان الدعوى فى تخصيص ادلة نفي الغرر لا- فى تخصصها و الانصاف ان ما ذكرنا من حكاية الاخبار و نقل الاجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر،

لان الظاهر بقريته عدم تعرض الشيخ لذكر شىء من هذه الاخبار فى كتابيه الموضوعين لإيداع الاخبار، انه عول فى هذه الدعوى على اجتهاده فى دلالة الاخبار الواردة فى شرط الحيوان، (١) و لا- ريب ان الاجماع المحكية انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالة

و ما افاده المحقق الايروانى رحمه الله بان المسند المنقول بالمعنى حجة عندهم و المرسل بعد الجبر يبلغ مبلغه، يرد انه فرق بين الخبر المنقول بالمعنى من غير ان يدخل فيه اجتهاد الراوى، و بين نقل مفاده بحسب اجتهاده، و الأول حجة دون الثانى، و المقام من قبيل الثانى.

(١) الثانى الأخبار الواردة فى شرط الحيوان، بدعوى ان قوله عليه السلام الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط ام لم يشترط. «١» يدل بالفحوى على ان الشرط فى غيره ثلاثة ايام مع اشتراط الخيار و ان لم يشترط ثلاثة ايام لا اشتراطها لعدم اختصاصه به، إذ ضرورة صحة اشتراط اى عدد شاء فالمختص بها حينئذ اطلاق اشتراط الخيار.

و فيه انه لا مفهوم لتلك الأخبار اصلا، و على فرضه فهو عدم ثبوت الثلاثة فى غير الحيوان لا الثلاثة مع الاشتراط.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٤

أو القاصر دلالة لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأسا فالتعويل حينئذ على نفس الجابر و لا حاجة الى ضم المنجبر،

إذ نعلم اجمالاً ان المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الاخبار.

ولا ريب ان المستند غالباً في اجماعات القاضى و ابن زهرة اجماع السيد فى الانتصار، نعم قد روى فى كتب العامة ان حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشجة اصابته فى رأسه فقال له النبى صلى الله عليه وآله: إذا بعت فقل لا خلابة، و جعل له الخيار ثلثاً، فى رواية: و لك الخيار ثلثاً، (١) و الخلابة: الخديعة، و فى دلالة فضلها عن سنده ما لا يخفى و جبرها بالاجماع كما ترى

(١) و قد يستدل بالنبويين الواردين فى حنان بن منقذ الذى كان يخدع فى البيع،

قال صلى الله عليه وآله له: إذا بعت فقل لا خلابة و لك الخيار ثلثاً كما فى احدهما: و جعل له الخيار ثلثاً كما فى الآخر «١». و فيه انهما ضعيفان سندا و قاصران دلالة.

اما الأول فواضح، و أما الثانى فلما عن التذكرة من ان قوله لا خلابة عبارة فى الشرع عن اشتراط الخيار ثلثاً، و إذا اطلقها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، انتهى.

فالأظهر ان حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى.

و استدلل للقول الآخر: بان الغرر مندفع بتحديد الشرع، و ان لم يعلم به المتعاقدان كما فى خيار الحيوان، فالأظهر هو التفصيل بين علمهما بتحديد الشارع و عدمه.

فعلى الأول لا غرر، إذ التزامهما بالخيار التزام به فى ثلاثة ايام.

و على الثانى: يكون غررياً، فانه لا إقدام على الحكم الشرعى، و ما اقدمنا عليه حيث انه غررى و الحكم الشرعى لا يرفع الغرر فلا محالة يكون الدليل المفروض مخصصاً لدليل الغرر، و لا يقاس بالجهل بخيار الحيوان و مدته، فانه ليس هناك اقدم معامل على الخيار.

(١) التذكرة ج ١ ص ٥١٩.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٥

إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين الى خلافها فى الخروج عن قاعدة الغرر مشكل، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة، ثم انه ربما يقال ببطلان الشرط دون العقد و لعله مبنى على ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد،

و فيه ان هذا على القول به فيما إذا لم توجب الشرط فساداً فى اصل البيع كما فيما نحن فيه، حيث ان جهالة الشرط يوجب كون البيع غررياً و إلا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط الى المشروط، و سيجىء تمام الكلام فى مسألة الشروط.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد،

لأنه المتبادر من الاطلاق (١) و لو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدئه اول جزء من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد، فيجوز جعل مبدؤه من انقضاء خيار الحيوان بناء على ان مبدؤه من حين العقد

و فى الصورة الثالثة، و هى: ما لو ذكر مدة مطلقاً اما ابداً أو ما دام العمر، ذهب المحقق النائنى رحمه الله: الى الحكم بفساد الشرط بدعوى انه مخالف لمقتضى العقد، فان مقتضاه بمدلوله الالتزامى هو التزام كل من المتبايعين بما انشأه، فلو لم يلتزم احدهما به فى مقدار من الزمان فهو ينافى اطلاقه،

و لا باس به. و أما لو لم يلتزم به ابداً فهو ينافى مقتضاه و يفسد.

وفيه: ان الشرط المخالف لحقيقة العقد أو لما يتقوم به انما لا يكون نافذا فيما إذا كان منافيا لمقتضاه حتى مع الشرط و أما ما ينافى مقتضاه الذى يكون مقتضاه لو لا الشرط فلا مانع من نفوذه كما سيأتى تنقيحه فى مبحث الشروط، و المقام من هذا القبيل كما لا يخفى.

فالأظهر صحة البيع و الشرط فى هذه الصورة.

مبدأ خيار الشرط

(١) قوله مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنه المتبادر من الاطلاق.

وقد تقدم فى مبحث خيار الحيوان ما يمكن ان يستدل به على كون المبدأ من بعد انتهاء امد سائر الخيارات، و انه لا يتم شىء مما ذكره، فلا مانع ثبوتاً من الالتزام بان مبدأه فى المقام من حين العقد، و إذا كان المتبادر من الاطلاق كون المبدأ من حين العقد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٦

و لو جعل مبدأه من حين التفرق، بطل لأدائه الى جهالة مدة الخيار. (١)

و عن الشيخ و الحللى ان مبدأه من حين التفرق، و قد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته، نعم يمكن ان يقال هنا ان المتبادر من جعل الخيار جعله فى زمان لو لا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه فى السرائر، لكن لو تم هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، مع ان هذا انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و إلا فمع الجهل به لا يقصد الا جعل من حين العقد، بل الحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما (٢)

نلتزم به، و انما الكلام فى المقام فى موردين:

(١) الأول: فيما افاده المصنف رحمه الله: بقوله و لو جعل مبدأه من حين التفرق بطل لأدائه الى جهالة مدة الخيار...

فانه يرد عليه: انه لو جعل الخيار من حين التفرق الى ثلاثة ايام يكون المعجول معلوما بحسب المقدار، و انما المجهول وقته و لا يوجب ذلك الغرر، بل لو جعل الخيار من حين التفرق الى ما يكمل مع المجلس ثلاثة ايام صح للعلم بمدة الخيار الثابت له الاصلى و الجعلى،

و جهالة كل واحد منهما لا توجب الغرر. فتأمل.

(٢) الثانى: فيما افاده بقوله: بل الحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما...

فانه اورد عليه المحقق النائينى رحمه الله: بانه إذا قلنا ان المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة عدم امكان تأثير الشرط فى زمان وجود خيار آخر لا يلزم هذا المحذور، إذ المانع من التأثير قهرى، فلا يلزم مخالفة القصد التى لا يمكن الالتزام بها.

وفيه: ان ذلك خلاف ممشى المصنف رحمه الله، فان مورد بحثه ما إذا كان الالتزام بكون المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة الانصراف لا من جهة عدم امكان تأثير الشرط فى زمان وجود خيار آخر، إذ عليه مع الجهل بخيار المجلس لا محالة يقصد الخيار من حين العقد، فالحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما، و هو و ان لم يكن محذور فيه لو ساعدنا الدليل الا انه لفقده لا يمكن الالتزام به

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٧

مسألة: يصح جعل الخيار لأجنبى،

قال فى التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد صح البيع و الشرط عندنا معا، (١) و حكى عنه الاجماع فى الاجنبى، قال لأن العبد بمنزلة الاجنبى

جعل الخيار للأجنبي

(١) قال في التذكرة لو باع العبد و شرط الخيار للعبد صح البيع و الشرط عندنا معا و حكى عنه الاجماع في الأجنبي، و هذا مما لا كلام فيه انما الكلام في هذه المسألة يقع في موارد:
الأول: في انه هل يصح جعل الخيار للأجنبي ام لا؟
و قد استدلل للثاني بوجوه:

احدها: ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله، و هو: ان الخيار عبارة عن رد كل مال الى مالكة الأصلي أو اقراره في ملك مالكة الفعلي، و هذا ينفذ ممن كان زمام المال بيده، و أما الأجنبي فاجنبي عنه. و بعبارة اخرى: و ان كان الأصل في كل حق ان يكون قابلا للاسقاط الا انه ليس كل حق قابلا- للنقل الى الغير، و على فرض كونه قابلا- له فليس قابلا للنقل الى كل احد، فان حق القسم قابل للتمليك الى الزوج و الضره و لا يقبل التمليك الى الأجنبي،
فالخيار و ان كان قابلا للتمليك الى احدهما الا انه لا يقبل التمليك الى الأجنبي.

وفيه: ان الخيار عبارة عن حل العقد، و لازمه رد كل مال الى مالكة الأصلي، مع انه لو سلم كون ذلك معناه لم يدل دليل على اعتبار كون الرد ممن كان زمام المال بيده،
و ما ذكره بعد. و بعبارة اخرى: غير مربوط بالمقام، فانه انما هو في نقل الحق الثابت له كخيار المجلس و نحوه، و محل الكلام جعل الخيار له ابتداء.

ثانيها: ما ذكره المصنف رحمه الله في مسألة ثبوت الخيار للوكيل، و استند بعضهم إليه في المقام، و حاصله: ان مفاد ادلة الخيار اثبات سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، و الأجنبي حيث انه لا سلطنة له على ما انتقل الى جاعل الخيار، فلا معنى للخيار، و لعل ما افاده المحقق النائيني رحمه الله يرجع الى ذلك
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٤٨

و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار، فإن اختلفوا في الفسخ و الاجازة قدم الفاسخ (١) لأن مرجع الاجازة إلى اسقاط خيار المجيز «خاصة» بخلاف ما لو وكل جماعة في الخيار، فإن النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك

وفيه: اولاً: ان الخيار انما يكون سلطنة على حل العقد.

و ثانياً: انه لو تنزلنا عن ذلك فهو سلطنة على التراد لا خصوص الاسترداد، و قد تقدم في تلك المسألة توضيح ذلك.
ثالثها: ما افاده المحقق الاصفهاني رحمه الله، و هو: ان الخيار بناء على تعلقه بالعقد انما يناسب من له عقد و من شانه الوفاء به، و الأجنبي اجنبي عنه و عن الوفاء به، و لذا قلنا ان دليل الخيار مخصص لدليل الوفاء بالعقد و انه لا يتوجه الا الى من له العقد، فدليل الوفاء بالشرط لا قصور له من حيث شموله لكل شرط، بل القصور من ناحية الخيار، حيث انه لا معنى له الا بالاضافة الى من له العقد.
وفيه: اولاً: انه لم يدل دليل على كون الخيار ثابتاً لخصوص من يكون مأموراً بالوفاء بالعقد، و ما افاده مجرد الاعتبار.
و ثانياً: ان المأمور به على ما تقدم في مبحث المعاطاة هو عدم حل العقد و نقضه،
و ليس هو ترتيب الآثار عملاً كي لا يشمل الأجنبي، و عليه فالآية تشمل الأجنبي،
و دليل الشرط يكون مخصصاً لها.

رابعها ما ذكره المصنف رحمه الله في آخر المسألة و سيمر عليك و ما يرد عليه.

(١) الثاني: لو جعل الخيار لمتعدد ففي المكاسب: كان كل منهم ذا خيار، فان اختلفوا في الفسخ و الاجازة قدم الفاسخ.

و لكن جعل الخيار للمتعدد يتصور على وجوه:
احدها: جعل خيار واحد للمجموع من حيث المجموع.

ثانيها: جعل الخيار لكل واحد مستقلا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٤٩

و عن الوسيلة: انه إذا كان الخيار لهما و اجتماعا على فسخ أو امضاء نفذ، و ان لم يجتمعا بطل (١) و ان كان لغيرهما و رضى، نفذ البيع، و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء، (٢) انتهى

ثالثها: جعل الخيار للطبيعة المنطبقة على المتعدد.

و على الأول: لا أثر لفعل واحد منهم ما لم يوافقه الآخرون.

و على الثاني: يقدم الفاسخ، لأن مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة.

و على الثالث: يقدم فعل المقدم فى فعله اجازة كان ام فسحا.

(١) و عن الوسيلة: انه إذا كان الخيار لهما و اجتماعا على فسخ أو امضاء نفذ و ان لم يجتمعا بطل.

و قد احتمل فى توجيه هذه العبارة و جهان الأول: ان يكون مراده جعل المتبايعين الخيار لأنفسهما بقيد الاجتماع، و عليه فان اجتماعا فهو، و ان خالف احدهما الآخر بطل، اى لم يؤثر الفسخ و لا الاجازة.

الثاني: ان يكون مراده جعل الخيار لكل واحد مستقلا، فقوله و لم يجتمعا اى فسخ احدهما و امضى الآخر، بطل اى بطل البيع، اى يكون الفسخ مؤثرا.

يرد على الوجه الأول: ان جعل الخيار بالنحو المزبور لغو بعد ان لهما الاقالة.

(٢) قال فيها ايضا: و ان كان لغيرهما و رضى نفذ البيع، و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء مراده من الرضا ليس هو اجازة العقد بل المراد الرضا بجعل الخيار و قبوله، و عليه فمراده من هذه العبارة: ان الأجنبي المجمعول له الخيار ان قبل نفذ البيع من ناحية المتبايعين - اى ليس للشارط خيار - و ان لم يقبل فالمبتاع بالخيار لتعذر الشرط.

و على هذا فلا- يرد عليه ما عن المختلف بان هذا الخيار ان جعل للأجنبي لم يكن لأحد المتبايعين خيار، فان اختار الأجنبي الامضاء نفذ، و ان اختار الفسخ انفسخ و لا عبرة بالمتبايعين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٠

و فى الدروس يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا و لا- اعتراض عليه و معهما أو مع احدهما، و لو خولف امكن اعتبار فعله و الا لم يكن لذكره فائدة، انتهى. (١)

اقول و لو لم يرض فسخ الاجنبى مع اجازته و المفروض عدم مضى اجازته مع فسحه لم يكن لذكر الأجنبي فائدة، (٢) ثم انه ذكر غير واحد ان الأجنبي يراعى المصلحة للجاعل و لعله لتبادره من الاطلاق و إلا- فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة، (٣) فتعليل وجوب مراعاة الاصلح بكونه امينا لا يخلو عن نظر.

كما انه لا- يرد عليه ما فى الحاشية من: ان مقتضى كون الخيار للأجنبي كون الأمر بيده، فلا معنى لكون الأمر بيد المبتاع مع فرض فسحه. فان منشأ هذين الايرادين توهم كون مراده من الرضا امضاء العقد و اجازته.

(١) و عن الدروس: يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا و لا اعتراض عليه و معهما أو مع احدهما و لو خولف امكن اعتبار فعله...

مراده بحسب الظاهر: انه لو جعل الخيار للأجنبي مع احدهما أو معهما فان اتفقا على فسخ أو امضاء فهو، و ان خولف بان فسخ

الأجنبي و اجاز الأصيل امكن تقديم فسخه، إذ لو لم يقدم- و المفروض انه لا يقدم اجازته لأنها لا توجب سقوط خيار الأصيل- لم يكن لذكر الأجنبي فائدة.

(٢) و على هذا فكلام المصنف رحمه الله مؤيد له،

و لكن يرد عليه: انه ان كان المجمعول خيارا واحدا لهما عدم تقديم فسخه على اجازة الأصيل لا يوجب لغوية ذكره، إذ فائدته حينئذ تأثير فسخه في صورة موافقة الأصيل،

و ان كان المجمعول متعدد قدم فسخه كما هو الشأن في جميع الموارد لا للغوية ذكره لو لم يقدم.

(٣) الثالث ان جعل الخيار للأجنبي هل هو من باب التمليك أو التوكيل أو التحكيم؟

فقد يقال- كما عن المحقق النائيني رحمه الله- بانه ليس من قبيل التمليك، لأنه لو كان على نحو جعل الملك فلازمه ارث وارث الأجنبي عنه، لأن ما تركه لوارثه،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥١

ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع، (١) نظرا الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين و هو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعا و لا عقلا

و لا- من باب التوكيل، و الا امكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية و الوكالة نظير التولية على الوقف، و هذا هو المراد من التحكيم الذى ذكره الفقهاء رحمهم الله فى المقام.

و لكن يمكن ان يقال: انه من قبيل التمليك و جعل الحق له، و انما لا- يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل و المجمعول، لأن المجمعول هو حق الخيار للأجنبي بما انه ذو نظر و رأى يعتمد عليه فى امر العقد، و لا يجوز نقله الى الغير لأنه حق خاص لا يتعداه. كما انه يمكن ان يقال: انه من باب التوكيل، و انما لا يجوز عزله لأنه بعنوان الشرط فى عقد لازم، إذ الوكالة جائزة بعنوانها، و لا ينافى اللزوم إذا وقعت موقع الاشتراط فى ضمن العقد اللازم، و الظاهر من جعل الخيار للأجنبي كونه من قبيل الأول.

و هل يراعى المصلحة للجاعل ام لا؟ و جهان قد استدلل للأول: بانه امين فيجب عليه مراعاة الغبطة.

و اورد عليه المصنف رحمه الله: بان مقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة.

و فيه: انه كان جعل الخيار من باب التحكيم أو التمليك أو التوكيل لا بد من رعاية غبطة الجاعل. اما على الأخير فواضح، و أما على الأولين فلأن جعل الخيار للأجنبي بحسب الغالب انما يكون للوثوق بنظر من جعل له الخيار، فالاطلاق وارد مورد الغالب من حيث اعتبار ما يراه صلاحا، و عليه فيصح التعليل المذكور، فانه تأمين بتفويض امر العقد إليه لا جعل الحق له خاصة.

(١) قوله ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع هذا هو رابع الوجوه التى ذكروها لعدم صحة جعل الخيار للأجنبي، و هو انه مخالف للمشروع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٢

بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين و ان كان اجنبيا، (١) فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للأجنبي فى العقد و سيجىء نظيره فى ارث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين.

مسألة: يجوز لهما اشتراط الاستثمار (٢)

بان يستأمر المشروط عليه الأجنبي فى امر العقد فيأتمر بأمره أو بأن يأتّمه إذا امره ابتداء و على الاول فإن فسخ المشروط عليه من دون

استثمار لم ينفذ و لو استأمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستثمار، بل الالتزام بأمره مع انه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك ايضاً ملك الفسخ، و ان امره بالفسخ لم يوجب عليه الفسخ بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه. اما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح إذ المفروض ان الثالث لا سلطنة له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه. و أما مع طلب الآخر

نظرا الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل أو بالعارض.

(١) و الجواب عنه ما افاده ره، و هو: منع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعاً و لا- عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين و ان كان اجنبياً فالأظهر صحة جعل الخيار للأجنبي.

جواز اشتراط الاستثمار

(٢) لا خلاف بين الأصحاب في انه يجوز لكل منهما اشتراط الاستثمار بان يستأمر المشروط عليه الأجنبي في امر العقد، فيأتمر بامره، أو بان يأتّمه إذا امره ابتداءً.

و الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في الحكم الوضعي.

الثاني: في الحكم التكليفي.

اما الأول: فتارة: يجعل الخيار لنفسه و يشترط عليه ان لا يختار احد الأمرين من الفسخ أو الامضاء الا بتعيين المستأمر بالفتح و اخرى: يجعل الخيار لنفسه عند امر الأجنبي باحدهما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٣

للفسخ فلأن وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر، راجع الى حق لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه عرفاً فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ (١) فيرجع اشتراط الاستثمار الى شرط لكل منهما على صاحبه.

و ثالثة: يجعل لنفسه حق الفسخ عند امر الأجنبي به و لا يجعل شيئاً عند امره بالاجازة.

و رابعة: يجعل الخيار للأجنبي و يقيد بان لا يباشر اعماله بل يأمر العاقد بما يريد.

ففي الصورة الاولى: إذا فسخ قبل الاستثمار أو بعده مع امره به أو بالاجازة يكون نافذاً لفرض ثبوت الخيار له. غاية الأمر تخلف ما اشترط عليه في الفرض الأول و الثالث.

فما افاده من انه لو فسخ المشروط عليه من دون استثمار لم ينفذ لا- يتم في هذه الصورة و في الصورة الثالثة: لا- ينفذ فسخه قبل الاستثمار، و كذا بعده، و امره بالاجازة و الامضاء.

و في الصورة الرابعة: لا ينفذ فسخه الا بعد امره به، لكون الحق للامر، و المأمور آله.

هذا في الفسخ.

و في هاتين الصورتين الاخيرتين يتم ما افاده فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ دون الاوليتين و أما الاجازة: فان كانت قبل الاستثمار لم تنفذ في الصور الثلاث الأخيرة و نفذت في الاولى، و لا يخفى وجهه.

و ان كانت بعد الاستثمار و امره بالفسخ نفذت في الصورتين الاوليتين و لم تنفذ في الأخيرتين.

و ان كانت بعده و امره بالامضاء نفذت في جميع الصور. و لا يخفى وجهه.

(١) قوله فان اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه و فيه ان اشتراط الاستثمار من الطرفين يقتضى سلطنة كل منهما على

فسخ العقد إذا اذن الثالث لا سلطنة المطالبة بالفسخ من صاحبه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٤

والحاصل: ان اشتراط الاستثمار من واحد منهما على صاحبه انما يقتضى ملكه للفسخ، إذا اذن له الثالث المستأمر و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحد منهما للفسخ عند الاذن، و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثاني و هو الائتثار بأمره الابتدائي فإنه ان كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو امره به و ان كان لكل منهما ملكا، كذلك. ثم في اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان (١)

اوجهها عدم ان لم يستفد الاعتبار من اطلاق العقد بقريته حالية أو مقالية.

(١) قوله ثم في اعتبار مراعاة المصلحة و عدمه وجهان الغرض من هذه العبارة بيان الحكم الوضعي و انه هل يثبت حق الخيار للمستأمر بالكسر عند اذن الثالث مطلقاً أو عند اذنه بشرط مراعاته للمصلحة.

و أما المقام الثاني: فان كان المشروط ثبوت الحق من دون ان يعمل احدهما عملاً و لو معلقاً على امر المستأمر بالفتح كما في الصورة الثانية و الثالثة لا كلام في عدم وجوب الاستثمار و لا العمل بأمره، فان غاية ما هناك ثبوت الحق بهذا الشرط، فلا ملزم له بالاستثمار أو الفسخ لو امر به.

و ان كان المشروط مع ذلك عملاً،

فتارة: يكون ذلك حقاً للمستأمر على صاحبه خاصة كما في الصورة الاولى لو اشترط المستأمر بالكسر ان يكون اختياره للفسخ أو الامضاء عن امر المستأمر.

و اخرى: يكون حقاً لصاحبه عليه اما خالصاً أو بالمشاركة.

و في الفرض الأول: لا يجب عليه شيء، إذ لا يجب للمشروط له استيفاء شرطه،

لأن الحق له، و جاز له ان يرفع اليد عن حقه، فلو امره بالفسخ له ان لا يفسخ.

و في الفرض الثاني: يجب عليه العمل بما يأمره.

و على اى حال لا يجب الاستثمار الا إذا اشترط احدهما على صاحبه ان يستأمر زائداً على جعل الخيار بعد الاستثمار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٥

مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه، و يقال له بيع الخيار (١)

إشارة

و هو جائز عندنا كما في التذكرة، و عن غيرها الإجماع عليه و هو ان يبيع شيئاً و يشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها و يرتجع المبيع، و الأصل فيه بعد العمومات المتقدمة في الشرط النصوص المستفيضة، منها موثقة اسحاق بن عمار،

و قال سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و انا عنده، فقال له رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى «فجاء» إلى أخيه

فقال له: ابيعك داري هذه و يكون لك أحب إلى من ان يكون لغيرك على ان تشترط لى انى إذا جئتك بثمانها إلى سنة تردها على

قال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها ردها عليه قلت: أ رأيت «فإنها كانت فيها الغلة كذا في الوسائل» لو كان للدار غلة لمن تكون الغلة؟

فقال للمشتري: أ لا ترى انها لو احترقت كانت من ماله

(١) مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار، و هو اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن و يرتجع المبيع. و هو جائز عندنا كما عن التذكرة، و عن غيرها: دعوى الاجماع عليه، و فى الجواهر: اجماعا بقسميه عليه.

و الكلام فى هذه المسألة يقع اولاً: فى مدركها، ثم فى الفروع المستخرجة من الاخبار.

اما الأول: فالنصوص الواردة فى المقام اربعة:

الاول موثق «١» اسحاق بن عمار المذكور فى المتن، و هو على ما فى الكافى و التهذيب يكون مرسلًا، فانه لم يذكر المخبر لاسحاق، نعم على ما عن الصدوق يكون موثقًا و الظاهر من الموثق ان الشارط هو المشتري، و المشروط له هو البائع، و المعلق عليه هو رد الثمن، و المشروط رد المبيع. و على هذا فليس الالتزام برد المبيع فسخا إذ المشتري ليس له الخيار، لأن من له الخيار هو البائع، بل المتعين اما ارادة الاقالة أو ارادة رد المبيع ردا ملكيا معاطاتيا.

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٦

و رواية معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود و يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الذى اشترى منه الدار خلطة فشرط انك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال له شرطه قال له أبو الجارود فإن هذا الرجل قد أصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين، قال هو ماله و قال عليه السلام أ رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري.

و عن سعيد بن يسار فى الصحيح قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام انا نخالط اناسا من اهل السواد أو غيرهم فنيبيعهم و نربح عليهم فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها، و يكتب لنا رجل منهم على داره أو ارضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء بانه باع و قبض الثمن منا فعده ان جاء هو بالمال إلى وقت بيننا و بينهم ان ترد عليه الشراء فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى فى هذا الشراء؟ قال: أرى انه لك ان لم يفعله و ان جاء بالمال الموقت فرد عليه.

الثانى خبر معاوية بن ميسرة «١» المذكور فى المتن و هذا الخبر من حيث السند قابل لأن يخدش فيه، إذ ابن ميسرة لم يوثق،

و أما من حيث الدلالة فظاهاه شرط النتيجة، اما شرط ملكية الدار للبائع عند اعطاء الثمن أو انفساخ البيع،

و لا يبعد دعوى اظهرية الثانى من جهة تعارف رد المبيع بعنوان الانحلال.

الثالث صحيح سعيد بن يسار «٢» المذكور فى المتن و ما استظهرناه فى الموثق المتقدم جار هنا و يحتمل فيه معنى آخر، و هو: اشتراط تحقق البيع فى رأس المدة إذا لم يرد مثل الثمن و كان الواقع فعلا صورة بيع. و يؤيده ان الظاهر من السؤال عدم اخذهم اجرة المبيع من البائع، و لو كان البيع حقيقيا كان اللازم الأخذ منه.

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٧

و عن أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام قال إن بعث رجلا على شرط، فإن اتاك بمالك و إلا فالبيع لك، (١) إذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام فى امور:

الأول: ان اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجه:

احدها: ان يؤخذ قيدا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت فلا خيار قبله (٢) و يكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد و لو بقليل و لا خيار قبل الرد،
و المراد برد الثمن فعل ماله دخل فى القبض من طرفه و ان ابى المشتري.

(١) الرابع خبر ابى الجارود «١» عن الامام الباقر عليه السلام المذكور فى المتن و هذا الخبر ضعيف سندا و اجنبى عن المقام،
اما ضعفه فلأن ابا الجارود زياد بن المنذر ضعيف،
و أما اجنبيته عن المقام فلأن ظاهره ارادة ان من باع شيئا على شرط و لم يعمل المشروط عليه بالشرط يثبت الخيار للبائع.
فتحصل: ان ما يستفاد من نصوص الباب امران:
احدهما: شرط الاقالة أو التمليك الجديد.
ثانيهما: شرط الانفساخ عند رد الثمن، لا تعليق الخيار على رده.

الانحاء التى يقع الشرط عليها

إذا عرفت ثبوت هذا الخيار من الأخبار و الفتوى،
فاعلم ان توضيح المسألة يتحقق بالبحث فى امور:
الأول: ما فى الانحاء التى يمكن ان يقع الشرط عليها و هى خمسة:
(٢) احدها: ان يكون الخيار معلقا على رد الثمن، أو موقتا من حيث المبدأ بزمان رد الثمن. و الفرق بين التعليق و التوقيت انما هو فى
مقام الاثبات.
وقد اورد على صحة الشرط فى هذه الصورة فى خصوص الأول بالتعليق الممنوع عنه شرعا، و فى كليهما بجهالة مدة الخيار من حيث
المبدأ لأنه لا يعلم وقت رد الثمن

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٥٨

الثانى: ان يؤخذ قيدا للفسخ بمعنى ان له الخيار فى كل جزء من المدة المضروبة و التسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو
تأخره عنه. (١)

الثالث: ان يكون رد الثمن فسخا فعليا بأن يراد منه تمليك الثمن ليمتلك منه المبيع (٢) و عليه حمل فى الرياض ظاهر الاخبار الدالة
على عود المبيع بمجرد رد الثمن.

و يندفع الأول: بانه لا دليل على مبطلية التعليق فى غير العقود.

وقد يقال فى مقام اندفاع الثانى: بان الجهالة لا تضر هنا لعدم الغرر، لأن امر الخيار بيده كما عن المحقق الخراسانى.

وفيه: ان الغرر اللازم انما هو بالنسبة الى المشتري، لأنه لا يعلم متى يفسخ العقد.

و عن المحقق النائينى الجواب عنه: بان الخيار هنا غير مجهول الا- من باب الجهل بالمعلق عليه، و هو يرجع الى اشكال التعليق لا
الجهالة.

وفيه: ان الجهل بالمعلق عليه يوجب الجهل بمبدأ الخيار، و هو يوجب الغرر المبطل، مع قطع النظر عن التعليق.

فالأظهر هو البطلان الا مع تعيين المدة كتحديده بالرد في رأس السنة التي هي الصورة الثانية في كلام المحقق النائيني رحمه الله.

(١) ثانيها: ان يكون الفسخ معلقا على الرد لا الخيار، بان يكون الحق ثابتا من حين العقد متعلقا بالفسخ عند رد الثمن، ففي الحقيقة ينحل الى شرط الخيار مطلقا، و شرط عدم اعماله الا عند رد الثمن، و الشرط في هذه الصورة لا كلام في مشروعيته.

(٢) ثالثها: ان يكون الرد فسخا فعليا، بان يشترط حق الخيار متعلقا بالفسخ برد الثمن، فيكون رد الثمن ما به الفسخ.

و سيأتي الكلام في صحة الفسخ به عند تعرض المصنف رحمه الله له،

فصحة هذا الشرط تتبع صحة الفسخ به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٩

الرابع: ان يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد (١) فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة، و يحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار و موثقه اسحاق بن عمار و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار اصلا، و انما ذكره في امثلة الشروط الجائزة في متن العقد،

قال: ان يبيع و يشترط على المشتري ان رد الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له،

انتهى.

(١) رابعها: ان يكون رد الثمن قيذا للانفساخ، بان يشترط انفساخ العقد عند رد الثمن.

و اورد على صحة هذا النحو من الاشتراط تارة: بان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء مخالف للمشروع، لأن المسببات متوقفة على اسبابها الشرعية كما في المكاسب في ذيل الوجه الخامس و اخرى: بانه من قبيل شرط النتيجة.

و ثالثة: بانه يلزم منه اما انفساخ البيع بلا سبب، و أما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه، إذ لو كان اشتراط الانفساخ انشاء للفسخ لزم انفساخ البيع بهذا الشرط، فلا بيع حتى يشترط في ضمنه انفساخه برد مثل الثمن، و الا كان الشرط الانفساخ بلا سبب، و هو مخالف للسنة كما عن المحقق النائيني رحمه الله.

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلأن الشرط يكفى في سببته للفسخ.

و أما الثاني: فلما سيأتي في مبحث الشروط من صحة شرط النتيجة.

و أما الثالث: فلأن الشرط ليس هو انفساخ البيع من حين الشرط كي يرد المحذور الثاني، بل الشرط هو الانفساخ من حين رد الثمن، فحين الشرط يكون البيع متحققا ثابتا، و الشرط لا يقتضى عدمه،

هذا كله مضافا الى ما عرفت من دلالة النصوص الخاصة على صحة الاشتراط بهذا النحو.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٠

الخامس: ان يكون رد الثمن شرطا لوجوب الاقالة على المشتري بأن يلتزم المشتري على نفسه ان يقيهه إذا جاء بالثمن و استقاله (١) و هو ظاهر الوسيلة حيث قال إذا باع شيئا على ان يقيهه في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الاقالة إذا جاء بمثل الثمن في

المدّة، انتهى.

فإن «وان» ابي اجبره الحاكم أو اقال عنه و إلا استقل بالفسخ و هو محتمل روايتي سعيد بن يسار و اسحاق بن عمار على ان يكون رد المبيع الى البائع فيهما كناية عن ملزومه و هي الاقالة، لا ان يكن وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الاصحاب و مرجعه الى احد الأولين،

و الاظهر في كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة هو الثاني لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع، فان فيه اشكالا من جهة ان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء فعلى أو قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع (٢) من توقف المسببات على اسبابها الشرعية و سيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك و سقمه.

الأمر الثاني: الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمة و إما أن يكون معيناً (٣) و على كل تقدير اما ان يكون قد قبضه و أما لم يقبضه، فإن لم يقبضه فله الخيار، و ان لم يتحقق رد الثمن

(١) خامسها: ان يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري أو التمليك الجديد، و هذا لا إشكال في مشروعيته، و هناك انحاء اخر يظهر حكمها مما ذكرناه.

(٢) و قد مر توضيح هذا الايراد و سيجيء في باب الشروط ما يتضح به ان الشرط يكفي في سببته للفسخ

الثمن المشروط رده لفسخ البيع

(٣) الأمر الثاني: الثمن المشروط رده اما ان يكون في الذمة و أما ان يكون معيناً،

و على كل تقدير تارة يقبضه و اخرى لا يقبضه.

فالكلام في المقام يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا لم يقبض البائع الثمن المعلق على رده الخيار من المشتري الى ان اتى رأس المدّة.

الثاني: فيما إذا قبضه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦١

لأنه شرط على تقدير قبضه و ان لم يفسخ حتى انقضت المدّة لزم البيع و يحتمل العدم،

بناء على ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله، (١) و ان قبض الثمن المعين فيما ان يشترط رد عينه أو يشترط رد ما يعم بدله مع

عدم التمكن من العين بسبب لا منه، أو مطلقاً أو و لو مع التمكن منه على اشكال في الاخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغة رد

العين مع الامكان. و في جواز اشتراط رد القيمة في المثلي و بالعكس وجهان. و أما ان يطلق، فعلى الأول لا خيار الا برد العين، فلو

تلف لا من البائع. فالظاهر عدم الخيار (٢)

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه انما هو في ثبوت الخيار و عدمه.

(١) و قد بنى المنصف رحمه الله المسألة على ان الرد شرط للخيار على تقدير القبض لا- مطلقاً، أو ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط

القبض قبله. فعلى الأول يثبت الخيار و على الثاني لا يثبت.

لا اشكال في كون الوجه الأول خلاف الظاهر: فان مآله الى كون الخيار مطلقاً على تقدير عدم القبض، و مشروطاً على تقدير القبض،

و ظاهر القضية كونه مشروطاً مطلقاً.

بل المسألة مبنية على ان الرد الذي اخذ شرطاً هل هو ماخوذ على وجه الطريقة لوصول الثمن و حصوله عند البائع، ام يكون ماخوذاً

على وجه الموضوعية. فعلى الأول يثبت الخيار، وعلى الثاني لا يثبت، ولعل الظاهر المتعارف هو الأول وعلى كل تقدير لو لم يفسخ حتى انقضت المدّة لزم البيع.

و أما الموضوع الثاني: فالكلام فيه في موارد:

الأول: ما إذا كان الثمن عينا شخصية.

الثاني: ما إذا كان في ذمّة المشتري.

الثالث: ما إذا كان في ذمّة البائع.

(٢) اما المورد الأول: فان كان الشرط رد العين بنفسها فلا شبهة في انه لا خيار مع عدم ردها من غير فرق بين صورة التلف و غيرها، و في التلف بين كونه بفعل البائع أو المشتري أو الأجنبي أو بأفة سماوية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٢

الا ان يكون اطلاق اشتراط رد العين في الخيار لإفادته سقوطه باتلاف البائع،

فيبقى الخيار في اتلاف غيره على حاله، و فيه نظر.

وعلى الثاني: فله رد البديل في موضع صحة الاشتراط.

و أما الثالث: فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين و يظهر من اطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع ان الاطلاق لا يحمل على العين

(١) و يحتمل حملة على الثمن الكلي و سيأتي

و ان كان الشرط رد العين مع وجودها وورد بدلها مع تلفها، فلا كلام ايضا في تحقق الخيار على التقديرين.

و ان كان الشرط رد بدلها مع وجودها بالخصوص أو بالاطلاق، فقد اشكل عليه:

بان مقتضى الفسخ رجوع كل من العينين الى صاحبها الأصلي، فاشتراط رجوع البديل مع بقاء الأصل شرط مخالف لما يقتضيه الفسخ. و لذا قطع السيد في الحاشية بالفساد.

و لكن ذلك انما هو فيما إذا قيد الفسخ بالرد، و يكون الرد فسخا فعليا، و هي الصورة الثالثة من الصور المتقدمة في الأمر السابق، و لا

يتم في باقى الصور من كون الرد مقدّمه للفسخ أو معلقا عليه الخيار أو مقدّمه للاقالة أو التمليك الجديد، إذ الفسخ لا يتحقق به،

بل يصير المردود في يد البائع بمنزلة المقبوض بالسوم، فان فسخ البائع بعد ذلك يرجع الثمن الى المشتري، و المردود باق في ملك البائع. فلهما التراضى على كون كل منهما بدلا عن الآخر.

و يمكن ان يقال: ان المعاملة بينهما و هي تملك عين الثمن الراجع الى البائع ببدله الذى احضره انما يتحقق بشرط حصولها في ضمن العقد، بلا احتياج الى معاملة اخرى.

و ان كان الشرط رد الثمن بنحو الاطلاق من دون تعيين عينه أو بدلها،

فمقتضى الجمود على ظاهر العبارة ان العبرة برد العين فيسقط الخيار بتلفها و لكن لا يبعد دعوى ان المتعارف المنصرف إليه الاطلاق ان المقصود دفع الاعم من العين و البديل.

(١) قوله و يظهر من اطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع ان الاطلاق لا يحمل على العين الظاهر ان مرادهما ان الاطلاق منزل على المتعارف من كون المقصود رفع الاعم من العين و البديل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٣

و ان كان الثمن كليا فإن كان في ذمّة البائع، كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة فرده بأداء ما في الذمّة، سواء قلنا انه عين

الثمن أو بدله، من حيث ان ما في ذمّة البائع سقط عنه بصيرورته ملكا له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشتري رد بدله (١) و ان لم يكن

الثلث في ذمة البائع وقبضه، فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أو رد مثله بأحد الوجوه المتقدمة، فالحكم على مقتضى الشرط، وإن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع المشتبه ببيع الخيار هو رد ما يعم البديل. أما مطلقاً، أو مع فقد العين، ويدل عليه صريحاً بعض الأخبار المتقدمة إلا أن المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث: قيل ظاهر الأصحاب، بناء على ما تقدم، من أن رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع، أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ (٢) وصرح به في الدروس وغيره.

(١) وأما المورد الثاني: فيه معلق على رد البديل يقيناً، فإن ما في ذمة البائع، يسقط بالبيع، وصورته له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشروط رد بدله.

وأما المورد الثالث: فقد يقال: بان رده - أي رد الثمن - يتحقق بمثله أيضاً، كما يتحقق بنفس المقبوض، إذ كل فرد من مصاديق الكلّي، وشرط رد الكلّي معناه شرط رد ما كان مصداقاً له كما عن المحقق النائيني رحمه الله.

وفيه: أن الثمن وإن كان هو الكلّي في الذمة إلا أنه بعد أداء فرد منه - بما أنه أداء للكلّي - يستقر الثمن على الفرد المقبوض، والفرد الآخر بدله لا أنه مصداق للثمن، فيلحقه حكم العين الشخصية.

الفسخ بالرد

(٢) الثالث: هل يصح إنشاء الفسخ بالرد، أم لا كما هو ظاهر الأصحاب نظراً إلى رد الثمن في هذا البيع مقدمة لفسخ البائع؟ وجهان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٤

...

و ملخص القول: إن الكلام في المقام ليس في كفاية الرد في الفسخ إذا قصد به ذلك،

بل البحث في المقام إنما هو في أن الرد المعلق عليه الخيار، أو الفسخ، أو الإقالة، هل يمكن أن ينشأ به الفسخ أم لا؟ والكلام فيه في مقامين:

الأول: في معقولية ذلك في مقام الثبوت.

الثاني: في الدلالة عليه في مقام الإثبات.

أما الأول: فعمدة ما قيل في وجه عدم المعقولية: أن الخيار وحق الفسخ إنما هو في رتبة لاحقة على الرد، فكيف يحصل به الفسخ.

وفيه: أولاً: أنه لو تم لا يختص بوجهين من الوجوه المزبورة، وهما الوجه الأول - وهو تعليق الخيار على الرد - والوجه الثالث - وهو اشتراط الفسخ بالرد من غير أن يكون خيار قبله - ولا يتم في سائر الوجوه.

أما في الوجه الثاني: فلأنه يكون الخيار قبله وإن اشترط أن لا يفسخ إلا بعد الرد،

وهذا لا يوجب عدم تأثير فسخه في مرتبة مقارنته، بل أو سابقة على الرد.

وأما في الوجه الرابع: فلأن لهما الإقالة أو المعاملة الجديدة قبل أن يرد الثمن.

و ثانياً: أنه لا يتم، فإن الرد شرط مقارن لحق الخيار، فمقارنا للرد يحدث الخيار ويثبت له حق السلطنة على الفسخ، وفي ذلك الزمان إذا عمل خياره له ذلك، وبه يفسخ العقد. ومجرد تقدم الرد على الخيار رتبة لا يوجب عدم المعية في الوجود التي هي المعيار في الأسباب والمسببات الشرعية.

وبالجملة حين الرد يثبت الخيار، ولمن له الخيار استيفاء حقه في نفس ذلك الزمان،

فلا مانع من جعله آلة للأعمال، نعم إذا كان الرد شرطا متقدما صح ما ذكر.

و أما الثاني: فقد استدل على عدم دلالة على الفسخ بوجهين:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٥

و لعل منشأ الظهور ان هذا القسم فرد من خيار الشرط، مع اعتبار شىء زائد فيه و هو رد الثمن، و عللوا ذلك ايضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ اصلا، (١)

و هو حسن مع عدم الدلالة. اما لو فرض الدلالة عرفا. اما بأن يفهم منه كونه تمليكاً للثمن من المشتري ليمتلك منه المبيع على وجه المعاواة، و أما بأن يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري، فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو اخفى من ذلك دلالة، و ما قيل من ان الرد يدل على ارادة الفسخ و الارادة غير المراد. (٢) ففيه ان المدعى دلالة على ارادة كون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري (٣) و لا- يعتبر في الفسخ الفعلي ازيد من هذا مع ان ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع (٤) بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به (٥)

(١) احدهما: ان الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ اصلا.

(٢) ثانيهما: ان الرد يدل على ارادة الفسخ، و الارادة غير المراد.

و الجواب ان الرد من حيث هو و ان كان لا- يدل على الفسخ الا- انه مع قصد الفسخ يدل عليه، كما ان الاعطاء بنفسه لا يدل على التملك و لكن مع قصده يدل عليه.

و اجاب عنهما المصنف رحمه الله بوجوه اخر:

(٣) الأول: ان الرد بنفسه يدل على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري، و الفرق بين هذا الوجه و ما اخترناه الذى ذكره ايضا قبل ذلك ان السبب المؤثر في الوجه المختار الرد بنفسه، و فى هذا الوجه ما ينكشف به و هى الكراهة الباطنية. فالفعل دال على ما به الفسخ لا انه هو ما به الفسخ.

و فيه: ان الفسخ من الانشائيات، و لا يتحقق بمجرد القصد، بل يحتاج الى دال و مظهر خارجي من قول أو فعل.

(٤) الثانى: ظهور الأخبار فى كفاية رد الثمن فى وجوب رد المبيع.

و فيه: انه قد عرفت ان المستفاد من الروايات امران: شرط الاقالة أو التملك الجديد بعد الرد، و شرط الانفساخ عند رد الثمن. و به يظهر ما فى الوجه الثالث الذى ذكره بقوله،

(٥) بل قد عرفت فى رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٦

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد (١) على الوجه الثانى من الوجهين الأولين، بل و على الوجه الأول بناء على ان تحقق السبب و هو العقد كاف فى صحة اسقاط الحق (٢) لكن مقتضى ما صرح به فى التذكرة: من انه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز ايضا، الا ان يفرق هنا بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد، و لو من حيث تملكه للرد (٣) الموجب له فله اسقاطه بخلاف ما فى التذكرة

مسقطات خيار الشرط

يسقط هذا الخيار بامور.

(١) منها: اسقاطه بعد العقد ذكره جماعة و استشكل فيه العلامة في التذكرة و على ضوء عدم جواز اسقاط الخيار قبل ثبوته اما منجزا كما هو المختار أو و لو معلقا كما ذهب إليه جمع من جهة انه اسقاط لما لا يجب تعرض الفقهاء لانه:
هل يصح اسقاط هذا الخيار بعد العقد ام لا؟

لا اشكال في صحته على الوجه الثاني من الوجهين الاولين لتحقيق الخيار و ثبوته بعد العقد.
و أما على الوجه الأول- و هو تعليق الخيار على الرد- فقد ذكر في وجه صحة اسقاطه وجوه:
(٢) احدها: ما في المتن و هو ان تحقق السبب- و هو العقد- يكفي في صحة اسقاط الحق.
و فيه: اولاً: ان الرد ايضا جزء السبب.

و ثانياً: ان البرهان المذكور لعدم صحة اسقاط ما لم يجب لا يفرق فيه بين تحقق سببه و عدمه.
(٣) ثانياً: ما في المتن ايضا، و هو: ان المشروط له مالك للخيار قبل الرد، و لو من حيث تملكه للرد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٧

و يسقط ايضا بانقضاء المدة (١) و عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا على التفصيل المتقدم، و لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معييا كفى في الرد و له الاستبدال، (٢)

و فيه: ان هذا لو تم لاقتضى جواز الاسقاط قبل العقد ايضا لكونه مالكا لسببه و هو العقد. و الفرق بين السبب و هو العقد، و الشرط و هو الرد و الالتزام بكفاية ملك الثاني دون الأول تحكم.

ثالثها: ما افاده السيد الفقيه و المحقق النائيني رحمه الله و هو: ان حق الخيار و ان لم يمكن اسقاطه الا- ان حق الشرط، و هو الحق الثابت للمشروط له على المشروط عليه بعد العقد،

و الشرط في ضمنه فعلى و قابل للاسقاط، فلا يحدث الخيار بالرد.

و فيه: ان المشروط ان كان فعلا من افعال المشروط عليه كان لثبوت حق الشرط معنى معقول: و ان كان من قبيل النتيجة لا معنى له، لأنه بنفوذ الشرط تثبت تلك النتيجة،

و لا حالة منتظرة كى يستحق المشروط له. و المقام من قبيل الثاني، فان المشروط ثبوت الخيار على تقدير الرد، و نفس ذلك ليس من الحقوق الفعلية، بل حق تعليقي. فتدبر فانه دقيق.

فالأظهر ان حق الخيار على القول بعدم نفوذ اسقاط ما لم يجب لا يصح اسقاطه قبل الرد و بعد العقد. نعم لو قلنا بان اسقاط ما لم يجب لا دليل على عدم نفوذه سوى الاجماع و المتيقن منه عدم تحقق السبب ايضا، امكن ان يقال بصحة اسقاطه في المقام بعد العقد.

(١) و منها انقضاء المدة و عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا و يشهد به الاجماع و النصوص على ما تقدم.

(٢) قوله و لو تبين المردود من غير الجنس فلا- رد و لو ظهر معييا كفى في الرد و قد اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله بان الرد الذى علق عليه الخيار ان كان هو رد خصوص الصحيح لم يكف رد المعيب و كان رده كرد غير الجنس

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٨

و يسقط أيضا بالتصرف (١) في الثمن المعين مع اشتراط رد العين (٢) أو حمل الإطلاق عليه، و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلى إذا حمل الاطلاق على اعتبار رد العين المدفوع، كل ذلك لإطلاق ما دل على ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضاء بالعقد و لا

خيار. و قد عمل الاصحاب بذلك في غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط،

وان كان هو رد الاعم من الصحيح و المعيب لم يكن له الاستبدال و كان المعيب فردا من حقه- و ان كان رد الاعم شرطا لحدوث الخيار من غير ان يكون الفرد المدفوع هو المتعين للعضوية فسخ العقد برده ثم اخذه و اعطى مكانه الصحيح- كان ذلك خلاف ظاهر ما هو المتداول من البيع الخياري مع انه جاز تعليق الخيار على رد غير الجنس على هذا الوجه ايضا- فلا فرق بين رد المعيب و الخارج عن الجنس في كل صورته و فروضه و فيه: ان هناك شقا رابعا و هو المتعارف- و هو تعليق الخيار على رد كلى مثل الثمن الشامل للمعيب ايضا- مع اشتراط كونه صحيحا ضمنا- فالمعيب مصداق لما علق عليه الخيار و انما له الاستبدال من جهة انه فاقد للوصف المشترك فله المطالبة بتلك الخصوصية و هي لا يمكن ادائها الا بالتبديل، و هذا بخلاف ما لورد من غير الجنس فانه ليس مصداقا لما علق عليه الخيار.

التصرف في الثمن المعين مسقط

(١) و منها: التصرف في الثمن المعين.

محل الكلام في المقام ذو قيود:

الأول: ان يكون الخيار فعليا، و اعماله معلقا على الرد، أو كون الخيار معلقا عليه.

(٢) الثاني: ان يكون المشروط رد الثمن المعين لا مثله، و الا لم يكن التصرف فيه مسقطا بلا كلام، إذ لا يكون التصرف حينئذ كاشفا عن الرضا بلزوم العقد لعدم المنافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف.

الثالث: ان يكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا لا في خصوص خيار الحيوان

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٩

و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية: ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن، لأن المدار في هذا الخيار عليه، لأنه شرع لا انتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة، (١) و للموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن و بيع الدار لأجل ذلك، (٢) و المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيح الرد على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب بما محصله ان التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار و لا خيار الا بعد الرد (٣) و لا ينافى شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لأن ذلك منه بعده لا قبله و ان كان قادرا على ايجاد سببه فيه، إذ المدار على الفعل لا على القوة على انه لا يتم فيما اشترط فيه الرد

و على هذا فمحل الكلام صورتان:

احدهما: ما إذا كان الخيار فعليا و اعماله معلقا على رد الثمن: لا ينبغي التوقف في مسقطية التصرف في هذه الصورة،

و ما ذكره من الوجوه الثلاثة لعدم مسقطية التصرف لهذا الخيار و هي:

(١) منافاة ذلك لمشروعية الخيار لا انتفاع البائع بالثمن،

(٢) موثق اسحاق المتقدم،

(٣) و ان التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار و لا خيار الا بعد الرد.

لا يجرى شيء منها في هذه الصورة.

اما الاول فلان المفروض في هذه الصورة تعلق الغرض برد عين الثمن فلا يكون الغرض الانتفاع بعينه و أما الثاني: فلأن مورد الموثق شرط رد مثل الثمن لا عينه، مع انه قد مر عدم كون مورده بيع الخيار بشرط رد الثمن.

و أما الثالث: فلأن الخيار في هذه الصورة ثابت من حين العقد.

ثانيتها: ما إذا كان الخيار معلقا على الرد: فقد ذكر في وجه عدم مسقطية التصرف له الوجوه الثلاثة المشار إليها آنفا، و قد ظهر

جواب الأولين منها،

و أما الثالث: فقد اجاب عنه المصنف فيما سيأتي بان المستفاد من النص و الفتوى ان التصرف مسقط فعلى كالقول يسقط الخيار به فى كل مورد يصح اسقاطه بالقول

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٧٠

فى وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنه مثلا، انتهى. محصل كلامه و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بان ذلك يقتضى جهالة مبدأ الخيار.

و بأن الظاهر من اطلاق العرف و تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الاخبار المتقدمة فى هذه المسألة الدالة على ان غلة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار، انتهى.

اقول فى اصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصاييح و المناقشة على الرد نظر (١)

اما الأول: فلأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب فى غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب. و أما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة ان الغالب المتعارف، البيع بالثمن الكلى.

و قد تقدم جواز الاسقاط قولاً قبل العقد.

و فيه: ما تقدم من عدم جوازه على القول بعدم جواز اسقاط الخيار قبل مجيء زمانه. نعم على القول بجواز اسقاط الخيار قبل مجيئه معلقا امكن البناء على مسقطية التصرف الذى يكون كاشفا عن الرضا و الالتزام بسقوطه فى فرض مجيء زمانه.

هذا كله فى الكبرى، و أما الصغرى فالظاهر ان بيع الخيار المتعارف بين الناس كما يظهر من الروايات هو البيع بشرط الخيار برد مثل الثمن لا عينه، و هو الموافق لبناء هذه المعاملة على التصرف فى الثمن،

كما ان الظاهر كون المتعارف بين الناس تعليق اعمال الخيار على الرد لا نفسه.

(١) قوله فى اصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصاييح و المناقشة على الرد نظر الاستظهار من المحقق الأردبيلي، و صاحب الكفاية، و الرد من المصاييح، و المناقشة من صاحب الجواهر و محصل ما افاده المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية ان الظاهر

عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن، لأن المدار فى الخيار عليه،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٧١

و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن، و لذا قوينا حمل الاطلاق فى هذه الصورة على ما يعم البدل، و حينئذ فلا يكون التصرف فى عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد، إذ لا منافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق

المتقدم أو منصرف اطلاقه أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف ايضا، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف فى الثمن، و قد مر ان السقوط بالتصرف ليس تعبداً شرعياً مطلقاً حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

و أما الثانى: فلأن المستفاد من النص و الفتوى كما عرفت، كون التصرف مسقطاً فعلياً، كالقولى يسقط الخيار فى كل مقام يصح اسقاطه بالقول.

و الظاهر عدم الاشكال فى جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرد، هذا، مع ان حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة فى مدخلية الرد فى الخيار و لا دليل على تعيينه فى بيع الخيار المتعارف بين الناس. بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو

الثانى، أو نقول ان المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة فى متن العقد، فقد يؤخذ الرد فيها قيماً للخيار و قد يؤخذ قيماً للفسخ، نعم لو جعل الخيار و الرد فى جزء معين من المدة كيوم بعد السنة

لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، و للموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

و يرد عليهما انه ان كان مرادهما ان التصرف لا يسقط هذا الخيار فيما هو المتعارف بين الناس من هذه المعاملة، تم ما افاده كما عرفت،

و ان كان مرادهما عدم مسقطيته لهذا الخيار اصلا- كما يظهر من التعليق- فيرد عليهما ما تقدم من مسقطيته له في بعض الصور. و أما المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيح في الرد على ذلك، فحاصله: ان التصرف انما يسقط الخيار إذا وقع في زمان الخيار و ما قبل الرد ليس زمان الخيار، و الخيار و ان كان مقدورا في المدة المشروطة للقدرة على سببه الا ان التمكن منه لا يقتضى الفعلية، و الحكم منوط بالفعل دون القوة، مع ان القوة غير مطردة إذ لو اشترط الخيار لو رد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا لا خيار هناك لا بالفعل و لا بالقوة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٢

كان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد، و جاء فيه الاشكال في صحة الاسقاط هنا، و لو قولا من عدم تحقق الخيار و من تحقق سببه. و أما المناقشة في تحديد مبدأ الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار (١) ففيه انها لا تقدر مع تحديد زمان التسلط على الرد و الفسخ بعده إنشاء، نعم ذكر في التذكرة انه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق من حين العقد لكن الفرق يظهر بالتأمل و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف، (٢) ففيه ان زمان الخيار عرفا، لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققا فيه شرعا، أو بجعل المتعاقدين و المفروض ان الخيار هنا جعلي، فالشك في تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين. و أما ما ذكره بعض الأصحاب في رد الشيخ من بعض اخبار المسألة (٣) فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه، و اطلاق ما استدل له به من الأخبار.

و فيه ان ما افاده ان تم فانما هو في غير بيع الخيار المتعارف بين الناس، و هو تعليق اعماله على الرد، مع ان تماميته فيه ايضا محل كلام كما تقدم و افاد صاحب الجواهر في رد صاحب المصابيح بما حاصله يرجع الى امور ثلاثة:

(١) الأول: ان تعليق الخيار على الرد موجب لجهالة مبدأه.

(٢) الثاني: انه خلاف فهم اهل العرف، لأنهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار في طول المدة.

الثالث: ان المنقول من الشيخ رحمه الله عدم ثبوت الملك في زمان الخيار،

(٣) و رده الأصحاب ببعض نصوص «١» الباب الدال على ان غلة المبيع للمشتري،

و لو لا كون ذلك مدة الخيار لم يصح هذا الرد، فيستكشف من ذلك انهم فهموا من هذه النصوص ان مجموع المدة ظرف للخيار.

أما الوجه الاول فقد عرفت في اول مبحث خيار الشرط تماميته، و ان ما ذكر في جوابه لا يتم.

(١) الوسائل- باب ٨- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٣

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري (١) سواء كان قبل الرد أو بعده و نمائه ايضا له مطلقا. و الظاهر عدم سقوط خيار البائع فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله و يحتمل عدم الخيار بناء على ان مورد هذا الخيار هو الزام ان له رد الثمن و ارتجاع البيع و ظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك فلا خيار مع تلفه. (٢)

و أما الوجه الثاني فقد عرفت آنفا تماميته.

و أما الوجه الثالث فقد اجاب عنه المصنف رحمه الله: بانه لعل الأصحاب فهموا من كلام الشيخ ان مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار و لو منفصلا. فتأمل.

و بما ذكرناه ظهر ما فى كلمات المصنف و موارد الرد و القبول منها

حكم تلف المبيع

(١) الخامس: و قد طفحت كلماتهم بانه لو تلف المبيع كان من المشتري و النماء له اما كون النماء له فواضح،

و أما كون التلف منه فالكلام فيه فى مقامين:

الأول: فى حكم تلف المبيع.

الثانى: فى حكم تلف الثمن.

اما المقام الأول: فلا كلام فى ان التلف يكون من المشتري، سواء كان قبل الرد ام بعده، و انما الكلام فى انه هل يسقط خيار البائع ام لا، و فيه اقوال:

الأول: السقوط مطلقا.

الثانى: عدمه كذلك.

الثالث: التفصيل بين ما قبل الرد و ما بعده، و السقوط فى الأول دون الثانى اختاره فى الجواهر.

و استدل للأول بوجهين:

(٢) احدهما: الخيار متعلق بالعين، فمع تلفها يسقط الخيار لانتفاء الموضوع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٧٤

...

و فيه: انه متعلق بالعقد، و هو ملك حل العقد، و لا مانع من ثبوته بعد تلف العين،

و هذا مضافا الى انه محقق فى محله نفس تشريع بيع الخيار اقوى شاهد له، فانه انما يكون المتعارف فيه التصرف فى الثمن بالنقل و الاتلاف، و مع ذلك يكون الخيار باقيا.

ثانيهما: ان الغرض من البيع الخيارى نوعا هو ان يصون البائع ماله بما له من الخصوصية العينية، فلا محالة يشترط ارتجاع المبيع عند رد الثمن، فمع تلف العين يسقط الخيار.

و فيه: ان المتعارف فى هذه المعاملة هو ان الغرض صون البائع ماله من التلف بما له من المالىة، من دون غرض له فى الخصوصية العينية، و العين وجودا و عدما عنده على حد سواء، و لو كان فى مورد غرض شخصى متعلق بالعين يشترط ذلك على المشتري صريحا.

و بما ذكرناه ظهر وجه عدم السقوط.

و أما القول الثالث: فغاية ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله فى وجهه: ان التلف بعد الرد حيث انه فى زمان الخيار، فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع الى المثل أو القيمة، و أما التلف قبل الرد فحيث انه ليس فى زمان الخيار كى يستحق الرجوع عليه فيتجه سقوط الخيار.

و فيه: انه ان كان نظره قدس سره الى قاعدة: التلف فى زمان الخيار ممن لا- خيار له، فيرد عليه: ان مقتضاها الانفساخ لا ثبوت حق

الفسخ،

مع انه لو دلت القاعدة على ذلك كان مفادها ثبوت الخيار للبائع من هذه الجهة ايضا، وهذا لا ينافي ثبوته له قبل الرد من جهة اخرى. مع ان تلك القاعدة انما هو فيما لو تلف عند من انتقل إليه في زمان خياره، و هنا يتلف عند المشتري الذي لا خيار له. مضافا الى انه في جواب المصايح التزم بان قبل الرد ايضا يكون الخيار ثابتا، وان كان نظره الى غير تلك القاعدة فعليه البيان. فالأظهر عدم السقوط مطلقا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٥

ثم انه لا تنافي بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط (١) فلا- يجوز للمشتري اتلاف المبيع كما سيجيء في احكام الخيار لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله و لا يتم الا بالتزام ابقائه للبائع و لو تلف الثمن، (٢) فإن كان بعد الرد و قبل الفسخ، فمقتضى ما سيجيء من ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له (٣) كونه من المشتري و ان كان ملكا للبائع الا ان يمنع شمول تلك القاعدة للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية معاوية ابن ميسرة المتقدمة و لم اعرف وجه الاستظهار (٤)

(١) قوله ثم انه لا تنافي بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط وجه التنافي انه إذا كان الخيار معلقا على بقاء العين و كان ذلك شرطا فهو من قبيل المقدمة الوجوبية و هي لا- تكون واجبه فكيف حكموا هنا بعدم جواز اتلاف العين و الجواب عنه انه انما يلتزم بذلك من جهة ان هناك شرطين- احدهما- شرط الخيار على تقدير رد الثمن- ثانيهما- شرط الابقاء ليتمكن من استرداد العين.

حكم تلف الثمن

(٢) و أما المقام الثاني: و هو ما لو تلف الثمن، فالكلام فيه في موضعين:

الأول: في ان تلف الثمن من البائع أو المشتري.

الثاني: في سقوط الخيار و بقاءه.

اما الموضوع الأول: فان كان التلف بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضى القاعدة كونه من البائع لأنه مملوك له، و تكون يد المشتري امانية. و قد استدلل لكونه من المشتري.

(٣) بقاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له.

و فيه: ان مورد نصوص «١» تلك القاعدة خيار الحيوان، و الشرط مع كون التالف هو المبيع، و التعدي الى غيرهما و إلى تلف الثمن يحتاج الى دليل مفقود.

(٤) قوله و لم اعرف وجه الاستظهار الظاهر ان وجهه جعل نماء الثاني في قبال تلف المبيع، فكما ان الثاني من مالكة فكذلك الاول

(١) الوسائل- باب ٥ و ٨- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٦

اذ ليس فيها إلا- ان نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما الى تلك الرواية و لا يكون الرواية مخالفة للقاعدة، و انما المخالف لها هي قاعدة ان الخراج بالضمان (١) إذا انضمت الى الاجماع على كون النماء للمالك، نعم الاشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع افراد الخيار، لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثة اعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجيء الكلام في احكام

الخيار وان كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد. وفيه مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء، (٢) فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أو منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسألة كما سيجيء ثم إن قلنا بأن التلف الثمن من المشتري انفسخ البيع وان قلنا بأنه من البائع. فالظاهر بقاء الخيار فيرد البدل و يرتجع المبيع.

و هذا يكشف عن ان النماء كالتلف و البائع، كالمشتري و الثمن كالمثمن - لكنه كما ترى.

(١) و قد يقال ان مقتضى قاعدة ان الخراج بالضمان إذا انضمت الى الاجماع على ان النماء للمالك، كون تلف المبيع من المشتري، و تلف الثمن من البائع.

و فيه اولاً: ان سند ما تضمن «١» القاعدة ضعيف للارسال، و جبره بالعمل غير معلوم كما بيناه في الجزء الثالث من هذا الشرح في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد و ثانياً: ان احتمالات هذه العبارة كثيرة اظهرها ان المراد بالضمان المعنى المصدرى مع امضاء الشارع له، فتختص بالعقود المعاوضية الصحيحة، و هذا هو الذى فهمه المشهور منها، فهي اجنبية عن المقام. مع انه سيأتى فى احكام الخيار ان قاعدة التلف فى زمان الخيار حاكمة عليها. و بما ذكرناه ظهر حكم تلف الثمن قبل الرد و انه من البائع.

(٢) قوله مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء محصل ما افاده انه ان كان الخيار ثابتاً قبل الرد فلا ريب فى كونه مشمولاً

(١) صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ - و سنن ابى دود ج ٢ ص ٢٥٥. و المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٧٧

الأمر السادس: لا إشكال فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري،

أو برده على وكيله المطلق، أو الحاكم، أو العدول، مع التصريح بذلك فى العقد، (١)

و ان كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببذله (٢) فامتنع رده إليه عقلاً لغيبة و نحوها أو شرعاً لجنون و نحوه

لقاعدة التلف فى زمان الخيار، و هى تدل على انه من المشتري، و الا فحيث ان البيع متزلزل - و لو بواسطة الخيار المنفصل - فتشمله القاعدة ايضاً كما هو مقتضى اخبار المسألة، و الظاهر ان نظره الشريف الى ما فى نصوص الباب من قوله «١» عليه السلام: حتى يمضى شرطه، بدعوى شموله لما إذا كان البيع فى معرض حدوث الخيار، و الا فموردها خيار الحيوان المتصل بالعقد، فهو كما ترى. فالأظهر كونه من البائع فى الصورتين.

و أما الموضوع الثانى: فان كان الشرط رد عين الثمن، فان كان التلف قبل الرد سقط الخيار لعدم امكان رده، و الا فهو باق، كان الشرط رد مثل الثمن أو كان التلف بعد الرد، و وجهه واضح.

رد الثمن الى الوكيل أو الولي

(١) السادس: لا خلاف ظاهراً فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري،

أو برده على وكيله المطلق، أو الحاكم، أو العدول مع التصريح بذلك فى العقد، و وجهه ظاهر،

انما الكلام فيما إذا لم يعلق الخيار على ما يشمل الرد الى غير المشتري من الوكيل أو غيره، و الا فلا ريب فى الكفاية، بل لو علق الخيار على الالتقاء فى البحر أو الوضع فى مكان مخصوص ثبت الخيار بذلك.

كما انه ليس مورد البحث ما لو علق الخيار على الرد الى خصوص المشتري بنحو التقييد، إذ لا ريب حينئذ في عدم الكفاية و انه لو امتنع الرد إليه سقط الخيار لتعذر شرطه

(٢) بل مورد البحث ما لو علق الخيار على الرد الى خصوص المشتري لا بنحو التقييد بل الرد إليه فقط يكون ثابتا بالقصر الذاتى لا بلحاظه بما هو مشتر فقط

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٨

ففى حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمى فى بعض أجوبة مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله قولان: (١) و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث أنه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار و انه لا- اعتبار بالأشهاد خلافا لبعض علمائنا قال: إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانة إلى ان يجئ المشتري و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلا انه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة، انتهى.

اقول لم اجد فيما رأيت من تعرض لحكم رد الثمن مع غيبه المشتري فى هذا الخيار و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتى يحضر المشتري،

و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو فى مقابل العامة و بعض الخاصة، حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم، و لا- تنافى بينه و بين اعتبار حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ و هو رد الثمن إلى المشتري، مع ان ما ذكره من اخبار المسألة لا يدل على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ و ان كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الرد، إلا ان الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان، بناء على مغايرة الفسخ للرد و عدم الاكتفاء به عنه.

إذا عرفت هذا فاعلم: انه يقع الكلام فى هذا الأمر فى موارد:

الأول: فى انه هل يكفى الرد الى وكيل المشتري ام لا.

(١) الثانى: فى كفاية الرد الى الحاكم الشرعى كما عن المحقق القمى و عدمها كما عن سيد المناهل الثالث: فى انه إذا كان المشتري هو الأب و اشترى للصغير هل يكفى الرد الى الجد ام لا؟

الرابع: فى انه إذا كان المشتري هو الحاكم الشرعى و اشترى ولايته هل يكفى الرد الى حاكم آخر ام لا؟

الخامس: فى انه إذا اشترى شخص فمات هل يكفى الرد الى وارثه ام لا؟

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٩

نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور فى هذا الخيار، خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد رد الثمن، فافهم،

و كيف كان، فالاقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد الى خصوص المشتري هو قيام الولي مقامه، (١) لأن الظاهر من الرد الى المشتري حصوله عنده و تملكه له،

حتى لا يبقى الثمن فى ذمة البائع بعد الفسخ، و لذا لو دفع الى وارث المشتري كفى،

و كذا لو رد وارث البائع مع ان المصرح به فى العقد رد البائع و ليس ذلك لأجل ارثه للخيار، لأن ذلك متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع فى الرد، و كذا الكلام فى وليه و دعوى ان الحاكم انما يتصرف

اما المورد الأول: فان لم يكن وكيلاً في قبض الثمن لا إشكال في عدم الكفاية،

و ان كان وكيلاً فيه فقد يقال كما عن المحقق النائيني رحمه الله وغيره: ان عموم دليل الوكالة على فرض اطلاق الوكالة لماله و عليه كما هو المفروض في المقام يدل على ان قبض الوكيل قبض الموكل، فإذا كان قبض الموكل يشمل الاطلاق الرد إليه.

وفيه: ان كان المعلق عليه الخيار قبض الموكل بما هو فعل من افعاله صح ذلك، و أما ان كان المعلق عليه احضار البائع الثمن عند المشتري لم يصلح دليل الوكالة للتعميم من هذه الجهة، فان معنى التوكيل الاستتابة فيما هو من وظائف الموكل، و يكون تحت اختياره و سلطانه، و لا تقتضى الوكالة تنزيل ذات الوكيل منزلة ذات الموكل، و لا تنزيل صفاته منزلة صفاته، فليس رد البائع إليه و احضار الثمن عنده رداً للثمن الى الموكل و احضاراً لديه، فلا يكون ذلك كافياً و لعله الى هذا نظر السيد الفقيه رحمه الله حيث قال: ان عموم دليل النيابة لا يجعل الرد الى الوكيل رداً إليه.

(١) و أما المورد الثاني: فقد استدل المحقق النائيني رحمه الله للكفاية: بعموم دليل ولاية الحاكم «١».

وفيه: ان ولاية الحاكم ان كانت من جهة ولايته على الغائب لا يشمل دليله

(١) راجع الجزء الرابع من هذا الشرح - مبحث ولاية الحاكم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٠

في مال الغائب على وجه الحفظ و المصلحة، و الثمن قبل رده باق على ملك البائع و قبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب أو شبهه فلا يكون ولياً في القبض فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ مدفوعاً بأن هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة، بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتى يقال ان ولايته في القبول متوقفة على المصلحة، بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ، و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن الى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب و شبهه، و لو اشترى الاب للطفل بخيار البائع فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن الى الولي الآخر، اعني الجد مطلقاً، (١) أو مع عدم التمكّن من الرد الى الاب، أو لا؟ وجوه و يجري مثلها

المقام، فان موردها مال الغائب، و الغائب لا مال له في المقام قبل الرد، فانه للبائع لا المشتري. و ان كانت من جهة ولايته على الممتنع فلا بد من التفصيل المتقدم، فان دليل الولاية يدل على ان للحاكم تصدى ما هو فعل الممتنع، و عليه فان كان المعلق عليه الخيار قبض المشتري بما هو فعله كان مقتضى عموم دليل الولاية ان للحاكم ذلك و ان فعله بمنزلة فعله، و ان كان المعلق عليه احضار البائع الثمن عنده لم يكف دليل الولاية، فانه ليس هناك فعل امتنع المشتري عنه كي يكون للحاكم الولاية عليه.

هذا بناء على شمول دليل الولاية للامتناع الاضطراري، و الا لم يكف في الفرض الأول ايضاً.

(١) و أما المورد الثالث: فالأظهر عدم الكفاية مطلقاً حتى في مورد قيام الحاكم و الوكيل مقامه، فان دليل ولاية الجد انما يدل على ولايته في عرض ولاية الأب بخلاف دليل نيابة الوكيل و ولاية الحاكم، فلا يقام الجد مقام الأب، و لا يكون فعله فعله، و عليه فان كان الشرط الرد الى الأب بما هو ولي كفى الرد الى الجد، لكنه خارج عن فرض المسألة، و ان كان هو الرد الى الأب بما هو لم يكف الرد الى الجد قطعاً.

و ما افاده المحقق النائيني رحمه الله من انه يكفي: لولاية كل منهما على الطفل، فقبض

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨١

فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فرد البائع إلى حاكم آخر و ليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمةً للاول حتى لا يجوز (١) قبوله للثمن و لا يجرى ولايته بالنسبة الى هذه المعاملة بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر في مثل هذه الامور لما عرفت من ان اخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً بل البائع إذا وجد من يجوز ان يملك الثمن عن المشتري عنه فسخه جاز له الفسخ و ليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمةً للحاكم الأول غاية الأمر و جوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب لأن هذا ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول فلا مزاحمةً لكن الأظهر انها مزاحمة عرفاً. (٢)

رد الثمن الى الحاكم

كل منهما قبض الطفل،

غريب، فان المعلق عليه ليس قبض الطفل بل قبض الأب الذي هو المشتري و أما المورد الرابع: فقد استدل المصنف رحمه الله للكفاية فيه:

(١) بان قبول الحاكم الآخر و تملكه ليس مزاحمةً للحاكم الأول كي لا يجوز، ثم قال:

(٢) لكن الأظهر انها مزاحمة عرفاً.

و استدل المحقق النائيني رحمه الله لعدم الكفاية: بانه بتصرف الحاكم الأول و وضع يده عليه خرج مال الطفل عن المال الذي لا ولى له، فليس للحاكم الآخر التصرف في هذا المال.

الظاهر ان هذه الكلمات اجنبية عما هو محل البحث، فان مورد البحث كفاية رد البائع الثمن الى الحاكم الآخر مع اشتراط الرد الى الحاكم المشتري نفسه، و لا-ريب في انه ليس له ذلك لعدم ولايته على الحاكم الآخر، نعم إذا كان الشرط الرد الى الحاكم كفى. فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

و أما المورد الخامس: فالأظهر عدم الكفاية، فان الرد الى الوارث ليس رداً الى المورث الذي علق عليه الخيار.

و ما افاده المحقق النائيني رحمه الله: بان الوارث ينتقل إليه المال على نحو تعلق حق المورث البائع إليه فالرد إليه كالرد الى مورثه، غير تام، فان ما افاده يتم في ورثة البائع، و الكلام انما هو في ورثة المشتري.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٢

الأمر السابع: إذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع، (١) فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ و ليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع. و الظاهر انه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمنية الا ان يصرح بكونها امانة عنده الى ان يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع، و لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن (٢) جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقیة المبيع و خرجت المدعة و هل له ذلك

حكم الفسخ برد بعض الثمن

(١) الأمر السابع: لا خلاف و لا كلام في انه إذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن ليس له الفسخ الا برد الجميع،

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، و ليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع.

كما لا كلام في انه لو اشترط الفسخ برد بعضه له ذلك،

(٢) انما الكلام في انه لو اشترط الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن،

و الكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في صحة هذا الشرط و فساده.

الثاني: في انه على فرض فسخ البعض لو قلنا بصحة هذا الشرط هل يثبت للمشتري الخيار ام لا؟

اما المورد الأول فقد استدل للفساد بوجهين:

احدهما: ما عن المستند، و هو: ان شرط الخيار في نفسه شرط مخالف للسنة، و انما التزمنا به للاجماع و النصوص «١» الخاصة، و

مورد النصوص شرط الخيار بالفسخ في الجميع، و التعدى يحتاج الى دليل مفقود، و المتيقن من الاجماع غير المقام.

و فيه: ما تقدم مفصلا من انه ليس شرطا مخالفا للسنة، و انه يصح على القاعدة.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٣

قبل خروجها الوجه ذلك (١) و يجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزء معين من الثمن في المدّة بل بجزء غير معين (٢) فيبقى الباقي

في ذمة البائع بعد الفسخ.

ثانيهما: ان الالتزام العقدي امر بسيط، فاما ان يجعل للمشروط له تمام الالتزام و أما يطل. و بعبارة اخرى: انه غير قابل للتبويض.

و فيه: ان الالتزام و ان كان واحدا و إذا لم يجعل الخيار بهذا النحو كان جميع اجزاء الملتزم به متحد الحكم، و لا يجوز الفسخ في البعض.

و أما إذا جعل له الخيار بهذا النحو فالالتزام المزبور ينحل الى الالتزام بكون كل جزء من المبيع في مقابل كل جزء من الثمن، بلا ربط

له بسائر الأجزاء، فكأنه التزامات عديدة، و عليه فلا مانع من فسخ البعض دون البقية،

فالأظهر صحة هذا الشرط.

و أما المورد الثاني: فان كان المجمعول رد كل جزء مستقلا و لو لم يرد البقية لا خيار للمشتري قطعاً، فانه الذي اقدم على ذلك.

و ان كان رد الجميع بهذا النحو فما دام لم تخرج المدّة و كانت باقية لا خيار له، فان المشتري اقدم على الفسخ تدريجا،

و أما ان خرجت المدّة فلم يفسخ الجميع بل فسخ البعض فحينئذ ان كان جعل الخيار له بهذا منوطا برد الثمن بتمامه تدريجا كشف

ذلك عن بطلان ما فعله من الفسخ لعدم حصول المعلق عليه، و ان لم يكن منوطا به بل شرط في ضمن هذا الجعل ان يفسخ الجميع

كان للمشتري خيار تخلف الشرط.

و على اى حال لا وجه لثبوت خيار التبويض الذي افاده المصنف رحمه الله.

(١) و اضعف منه الالتزام بشبوته و ان لم تخرج المدّة.

(٢) قوله بل بجزء غير معين فيبقى الباقي في ذمة البائع بعد الفسخ لا يقال انه يبطل حينئذ للجهل بالجزء غير المعين فانه يجاب عنه بان

هذا الجهل لا يوجب الغرر المبطل بعد ضبط مدّة الخيار من حيث المبدأ و المنتهى، إذ لا ريب في صحة جعل الخيار مع عدم التعليق

على رد الثمن فإذا لم يكن اصله معتبرا لم يكن وجه لاعتبار تعيينه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٤

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن (١) و لا اشكال في انصراف

الاطلاق الى العين و لا في جواز التصريح برد بدله مع تلفه، لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده و بدله مع تلفه، و عدم

بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ و في جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين اشكال، من انه خلاف مقتضى الفسخ،

لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين الى صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع بل ليس فسخا في الحقيقة، نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي، و بالقيمة في المثلي (٢) امكن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة و القيمي بالمثل، و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد الى البائع، فتأمل. و يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه أو بدله و الله العالم.

مسألة: لا اشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، (٣)

إشارة

و جريانه في كل معاوضة لازمة، كالإجارة و الصلح و المزارعة و المساقات، بل قال في التذكرة الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة خلافا للجمهور،

(١) الكلام في صحة هذا الشرط هو الكلام في صحة شرط الخيار برد المبيع في جميع الصور الخمس أو الست المتقدمة مع جميع فروعه فلا وجه للاعادة.

(٢) قوله نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي إذ كما ان مرجع هذا الاشتراط الى اشتراط ايفاء و لا يكون منافيا لحقيقة الفسخ، كذلك اشتراط رد البدل مع وجود العين فان مرجعه الى اشتراط تملك البدل بدلا عن العين المرجوعه بمقتضى الفسخ.

جريان خيار الشرط في العقود الجائزة

(٣) مسألة: هل يختص خيار الشرط بالبيع ام يعم كل معاوضة لازمة، أو العقود مطلقا، ام يدخل خيار الشرط في الايقاعات ايضا؟

و تمام الكلام فيها بالبحث في مقامات

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٥

و مراده ما يكون لازما (١) لانه صرح بعدم دخوله في الوكالة و الجعالة و القراض و العارية و الوديعة لأن الخيار لكل منهما دائما فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه. و الأصل فيما ذكر عموم المؤمنون عند شروطهم، بل الظاهر المصرح به في كلمات جماعة دخوله في غير المعاوضات من العقود اللازمة و لو من طرف واحد،

بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة، إلا ان يدعى من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز، و لو من الطرف الواحد، فعن الشرائع و الارشاد و الدروس و تعليق الارشاد و مجمع البرهان و الكفاية، دخول خيار الشرط في كل عقد سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق و ظاهرها ما عدا الجائز. و لذا ذكر نحو هذه العبارة في التحرير بعد ما منع الخيار في العقود الجائزة و كيف كان. فالظاهر عدم الخلاف بينهم في ان مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة في الكل و إنما الإخراج لمانع، (٢) و لذا قال في الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط في الصرف عن الشيخ قدس سره انه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحة ابن سنان: المؤمنون عند شروطهم. فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم.

الأول: في العقود الجائزة.

الثاني: في الايقاعات.

الثالث: في العقود اللازمة.

اما الأول: فظاهر الشرائع، و الارشاد، و الدروس، و تعليق الارشاد، و مجمع البرهان، و الكفاية دخول خيار الشرط فيها:

- (١) و توجيه الشيخ كلماتهم بان مرادهم العقود اللازمة، لا وجه له: إذ لم يذكر وجهها له سوى ان هذه العبارة التي في هذه الكتب ذكرها في التحرير بعد ما منع من الخيار في العقود الجائزة، و هو كما ترى.
- (٢) و كيف كان: فقد استدل لعدم الجريان في مقابل عموم ما دل على نفوذ كل شرط و صحته «١». بوجوه:

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار و- باب ٤- من ابواب المكاتبه.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٦

فنقول اما الايقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها (١)

كما يرشد إليه استدلال الحلي في السرائر على عدم دخوله في الطلاق بخروجه عن العقود، قيل لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين (٢) كما ينبه عليه جملة من الاخبار و الايقاع انما يقوم بواحد

منها: انه من قبيل تحصيل الحاصل، فان السلطنة على الفسخ فيها ثابتة دائما و لا تنفك عنها و لا تسقط بالاسقاط.

و فيه: ان الثابت بالشرط فرد آخر من السلطنة دون ما هو من لوازمها.

و منها: انه يلزم اجتماع المثليين. و قد تقدم الجواب عن ذلك في خيار الحيوان.

و منها: لزوم اللغوية، فانها جائزة ذاتا، فجعل الخيار فيها لغو رأسا.

و فيه: ان هذه السلطنة المجعولة غير ما هو من لوازم العقد و ثابت فيها، فان تلك السلطنة غير قابلة للمصالحة و الاسقاط و الارث، و

هذه قابلة لتلك، فيمكن ان ينقلها الى غيره بالصلح و نحوه و يرثها وارثه. فالأظهر صحة جعل الخيار فيها.

ثم ان هذه الوجوه لو تمت فانما هي في جعل الخيار للعاقدة، و أما جعله للأجنبي فلا يجرى شيء منها فيه.

و افاد المحقق النائيني رحمه الله: ان العقود الاذنية كالوكالة لا يجرى فيها الخيار لوجه آخر،

و هو: ان اطلاق العقد عليها انما هو لكونها واقعة بين اثنين، و الا فنفس حقيقتها متقومة بالاذن المحض و الرضا الصرف.

و فيه: ان مجرد ذلك لا يمنع من جعل الخيار بعد كون هذا الاذن و الرضا بعنوان العقد و الالتزام، و له آثار غير ما هو مترتب على

الاذن المحض.

جريان الخيار في الايقاعات

(١) و أما المقام الثاني: و هو انه هل يثبت هذا الخيار في الايقاعات ام لا؟

و قد استدل لعدم دخول ذلك فيها بوجوه:

(٢) منها: ان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما نبه عليه جملة من الأخبار،

و الايقاع انما يقوم بواحد.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٧

و فيه ان المستفاد من الاخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا كونه متوقفا على الايجاب و القبول، أ لا

ترى انهم جوزوا ان يشترط في اعتاق العبد خدمة مدة، تمسكا بعموم: المؤمنون عند شروطهم غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال

على العبد على قبول العبد، على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الايجاب و القبول. فالاولى الاستدلال عليه مضافا

الى امكان منع صدق الشرط و انصرافه (١) خصوصا على ما تقدم عن القاموس بعد مشروعية الفسخ في الايقاعات حتى تقبل لاشتراط

التسلط على الفسخ فيها و الرجوع في العدة ليس فسحا للطلاق، بل هو حكم شرعي في بعض اقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل

ولا السقوط في مورده، و مرجع هذا الى ان مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، و قد وجد في العقود من جهة مشروعية الاقالة، و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرهما في بعضها بخلاف الايقاعات، (٢) فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض اثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

و فيه: ان الشرط متقوم بامرین: مشروط له، و مشروط عليه، و هذا غير كون مورده و محله متقوما بامرین، فلو سلم احتياج الشرط الى القبول فانما هو محتاج الى قبول الشرط لا قبول محله و مورده.

و منها: الاجماع الذى ادعاه فى المبسوط على عدم دخوله فى الطلاق و العتق، و الذى ادعاه فى المسالك على عدم دخوله فى البراء. و فيه: انه مضافا الى كونه اخص من المدعى، ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

(١) و منها: ما فى المتن، و هو: منع صدق الشرط و انصرافه عما هو فى ضمن الايقاع و فيه: ان غاية ما يثبت بالدليل خروج الشروط الابتدائية عن تحت ادلة الشروط اما تخصيصا أو تخصصا، و أما لزوم كونه فى ضمن التزامين و عدم كفاية ما هو فى ضمن التزام واحد فمما لم يدل عليه دليل، بل النصوص الآتية تدل على عدم لزوم ذلك.

(٢) و منها: ما فى المتن ايضا، و حاصله: ان دليل الشرط انما يدل على ايجاب ما هو سائغ فى نفسه، و مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، و قد وجد فى العقود من جهة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٨

و بالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سببا، فإذا لم يعلم كون الفسخ سببا لارتفاع الايقاع أو علم عدمه بناء على ان اللزوم فى الايقاعات حكم شرعى كالجواز فى العقود الجائزة فلا يصير سببا باشتراط التسلط عليه فى متن الايقاع هذا كله مضافا الى الاجماع عن المبسوط و نفى الخلاف عن السرائر على عدم دخوله فى العتق و الطلاق و إجماع المسالك على عدم دخوله فى العتق و الإبراء، و مما ذكرنا فى الايقاع يمكن ان يمنع دخول الخيار فيما تضمن الايقاع و لو كان عقدا كالصلح المفيد فائدة البراء كما فى التحرير و جامع المقاصد

مشروعية الاقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان فيها، و لم يثبت ذلك فى الايقاعات.

و فيه: انه لم تثبت مشروعية الفسخ فى العقود- اى الفسخ الذى يجعل للمشروط له- بل الثابت عدمها قبل الشرط،

و مشروعية الاقالة و الفسخ بسبب خيار المجلس أو الحيوان لا توجب مشروعية الفسخ بسبب آخر،

مع انها غير ثابتة، بالاضافة الى الأجنبية، و يصح جعل الخيار له.

و منها: ما افاده المصنف رحمه الله فى آخر كلامه، و حاصله: اناطة دخول الشرط بصحة التقايل، فيكون الالتزام فى ضمن العقد مثلا بمنزلة رضا المتعاقدين بعده، فإذا كان تراضيهما بعد العقد كافيا فى الانحلال كان الالتزام به فى ضمن العقد كافيا فى تسلط المشروط له على حله، و الا فلا.

و فيه: ان اعتبار كون الالتزام بمنزلة التراضى بعد العقد لا يكون من منشآت الشارط و لم يدل دليل على كونه كذلك بحسب الجعل الشرعى فلا وجه له.

و منها: ان دليل الشرط خصص بما دل على عدم نفوذ ما خالف الكتاب و السنة،

و شرط الخيار فى الايقاع ان علم كونه مخالفا للسنة من جهة كون لزومه حكما لا حقا،

فهو و الا فالنتيجة نتيجة ثبوته فى عدم جواز شرط الخيار، لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية.

و فيه: انه سيجىء فى محله انه فى موارد الشك مقتضى اصالة عدم المخالفة البناء على شمول العموم لها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٩

و في غاية المرام ان الصلح ان وقع معاوضة دخله خيار الشرط و ان وقع عما في الذمة مع جهالته أو على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافى مشروعيته و كل شرط ينافى مشروعية العقد غير لازم، انتهى و الكبرى المذكورة في كلامه راجعة الى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، و لا- أقل من الشك في ذلك الراجع الى الشك في سبب الفسخ لرفع الإيقاع.

و منها: ان الخيار ملك الفسخ و الحل، و لا حل الا بين امرين مرتبطين، فلا يعقل في الإيقاع الذي هو التزام واحد. و فيه: ان الفسخ رفع الأمر الثابت كان واحدا ام متعددا.

و منها: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، و حاصله: ان الإيقاع حيث انه إذا انشأ يوجد المنشأ و لا يتوقف على القبول، فالشرط الواقع بعده اما يرجع الى الشرط الابتدائي لو لم ينط المنشأ به، و أما الى تعليق المنشأ الذي هو باطل لو انيط اصل المنشأ به،

و أما الى تخصيص المنشأ بخصوصية. و على اي تقدير فهو خارج عن الالتزام في ضمن الالتزام الذي هو محل الكلام، و هذا بخلاف العقود، فانه يعقل فيها اناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لأحد العوضين.

و فيه: انه في العقود لا يناط المنشأ به بهذا المعنى، و لذا لا يرد من العوض بمقدار ما يقابل به الشرط، و سيأتي في باب الشروط بيان حقيقة الشرط و انه امر يوجد في العقد و الإيقاع بلا تفاوت بينهما.

فتحصل: ان الأظهر صحة شرط الخيار في الإيقاع الا ما خرج بالدليل،

و يشهد له - مضافا الى ذلك - النصوص الواردة فيمن يعتق عبده أو جاريته و يشترط عليه العمالة أو الخدمة «١».

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب العتق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٠

و أما العقود فمنها ما لا يدخله اتفاقا، و منها ما يختلف فيه، و منها ما يدخله اتفاقا. (١)

فالأول: النكاح، (٢) فإنه لا يدخله اتفاقا، كما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك، الاجماع عليه و لعله لتوقف ارتفاعه شرعا على الطلاق (٣) و عدم مشروعية التقايل فيه. (٤)

جريان الخيار في غير البيع من العقود اللازمة

(١) و أما المقام الثالث: و هو جريان الخيار في العقود اللازمة، فملخص القول فيه:

انها على اقسام:

الأول: ما ادعى انه لا يدخله شرط الخيار اتفاقا.

الثاني: ما يختلف فيه.

الثالث: ما يدخله اتفاقا.

(٢) اما القسم الأول: فهو النكاح و قد استدل على المنع فيه بوجوه:

(٣) احدها: ما ذكره المنصف رحمه الله في المقام، و هو: توقف ارتفاعه شرعا على الطلاق.

وفيه: انه لو كان دليل الطلاق دالا- على عدم ارتفاعه و لو بنحو رفع علقه النكاح من دون انشاء بينونة و الفرقه بغير الطلاق اما بالمنطوق أو بالمفهوم كان ما افاده متينا جدا،
و لكن حيث انه لا يدل على ذلك فلا يصح هذا الاستدلال.

(٤) ثانيها: ما افاده المصنف رحمه الله ايضا، و هو: عدم مشروعية التقايل فيه. و تقدم تقريبه مع جوابه.

ثالثها: ما افاده صاحب الجواهر رحمه الله، و هو: ان فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار و فيه: ان مجرد ذلك لا يكفي لكونه عبادة لا يجرى فيها الخيار، فانه لا يعتبر فيه القرية قطعا.

رابعها: ما عن الجواهر ايضا، و هو: ان اشتراط الخيار فيه يفضى الى ابتدال المرأة، و هو ضرر لها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩١

و من الثاني: الوقف، فإن المشهور عدم دخوله فيه (١) و عن المسالك انه موضع وفاق و يظهر من محكى السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه، و ربما علل باشتراط القرية فيه (٢) و انه فك ملك بغير عوض و الكبرى في الصغريين ممنوعة، (٣) و يمكن الاستدلال له

و فيه: انه مع اقدامها عليه لا يوجب دليل نفى الضرر نفيه.

خامسها: ان شرط الخيار مناف للدوام المعترف في النكاح الدائم، فهو شرط مخالف لمقتضى العقد.

و فيه: ان الخيار لا ينافى الدوام، فانه رفع للموجود لا توقيت له في البيع، و لذا في البيع لا إشكال في صحته شرطه، مع انه ايضا انشاء للملكية الدائمة.

سادسها: انه شرط مخالف للسنة، لأن لزوم النكاح حكى لا حقى، و لا أقل من الشك في ذلك، فلا يجوز التمسك بالعام.

و فيه: انه لم يثبت كونه كذلك، و قد مر أن الشك في ذلك يكفي في التمسك بالعام لأصالة عدم المخالفة.

فالأظهر انه لا دليل على المنع سوى الاجماع المدعى في كلمات غير واحد، و لا بأس به.

(١) و أما القسم الثاني: فمنه الوقف.

فقد استدل للمنع فيه بوجوه:

(٢) منها: انه يشترط القرية فيه، و ما كان لله لا يرجع.

(٣) و المصنف اورد عليه: بمنع الكبرى و اورد عليه السيد قده و تبعه المحقق الايروانى: بانه قده سيعترف بصحة الكبرى في الصدقة.

و لكن يمكن ان يقال: ان ما ذكره في المقام لا- ينافى مع ما ذكره في الصدقة، فانه يسلم دلالة النصوص «١» المتضمنة لذلك المضمون على اللزوم غير القابل للفسخ، الا ان منعه في المقام من جهة عدم شمولها بما لها من المعنى للمقام فان المراد بها ليس ما يقع في الخارج

(١) الوسائل- باب ١١- من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات و- باب ٦- من ابواب الكتاب الهبات و- باب ٢٤- من ابواب الصدقة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٢

بالموتقة المذكورة في مسألة شرط الواقف كونه احق بالوقف عند الحاجة و هي قوله عليه السلام من اوقف أرضا ثم قال: ان احتجت إليها فأنا احق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع في الميراث (١) و قريب منها غيرها و في دلالتها على المدعى تأمل، و يظهر من المحكى

عن المشايخ الثلاثة في تلك المسألة تجوز اشتراط الخيار في الوقف و لعله المخالف الذي أشير إليه في محكي السرائر و الدروس

الله و ان امكن ان يقع لغيره كالبيع، و لاما يشترط في صحته الوقوع لله كالوقف، بل المراد بها ما لا يقع في ذاته الا الله كالصدقة بالمعنى الأخص التي تكون القربة من قبيل الفصل المقوم لها لا الشرط.

و يمكن ان يورد على هذا الوجه: بمنع الصغرى ايضا، فانه و ان كان المشهور اعتبار القربة في الوقف الا ان الأظهر تبعا لجمع من الأساطين عدم اعتبارها للاطلاقات و لما دل على صحة وقف الكافر، و اطلاق الصدقة عليه انما يكون باعتبار الأفراد التي تقع في الخارج مع قصد القربة. و تمام الكلام في محله.

و منها: انه فك ملك بلا عوض، و شرط الخيار يصح في العقود المعاوضة.

و فيه اولاً: ان الوقف حقيقته ليست فك الملك بل حبس العين و تسهيل المنفعة.

و ثانياً: انه قد مر جريان شرط الخيار في الايقاع فضلا عما هو بمنزلته.

و منها خبر اسماعيل بن الفضل عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، و قال: ان احتجت الى شيء من المال فانا احق به ترى ذلك له و قد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا الى

اهله أو يمضى صدقة قال عليه السلام: يرجع ميراثا على اهله «١».

(١) و موثقه الآخر «٢» المذكور في المتن و تقريب دلالتهما: انهما يدلان على بطلان الوقف، و ليس الا من جهة اشتماله على الشرط المزبور.

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ٣.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٩٥٠ طبع النجف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٣

و أما حكم الصدقة فالظاهر انه حكم الوقف، قال في التذكرة في باب الوقف:

انه يشترط في الوقف الالتزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه و يكون الوقف باطلا كالعتق و الصدقة، انتهى.

لكن قال في باب خيار الشرط: اما الهبة المقبوضة فإن كانت لأجنبي غير معوض عنها و لا قصد بها القربة و لا تصرف المتهدب، يجوز للواهب الرجوع فيها و ان اختل احد القيود لزم، و هل يدخلها خيار الشرط الاقرب ذلك، انتهى.

و ظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتى الصدقة، و كيف كان فالأقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان

لله، (١) بناء على ان المستفاد منه كون اللزوم حكما شرعيا لماهية الصدقة نظير الجواز للعقود الجائزة، و لو شك في ذلك كفى في

عدم سببية الفسخ التي يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها و توهم امكان اثبات السببية بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع

و فيه: انه يمكن ان يقال بدلالتهما على الصحة بقريته التعبير بالرجوع، إذ مع البطلان لا رجوع بل هو باق على ملكه، فيدلان على صحة

الوقف و الشرط، و انه يعود إليه عند الحاجة، ثم ان مات يرثه وارثه،

و على فرض دلالتهما على البطلان يمكن ان يكون الوجه فيه ادخال نفسه في الوقف.

و قد استدلل للمنع ببعض الوجوه المتقدمة،

فالأظهر تبعا للمشايخ الثلاثة جواز اشتراط الخيار في الوقف.

و منه: الصدقة.

(١) وقد استدلل المصنف رحمه الله لعدم دخول خيار الشرط فيها: بعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان لله، و هي اخبار مستفيضة: منها: قوله عليه السلام «١»: انما الصدقة لله عز و جل، فما جعل لله عز و جل فلا رجعة له فيه و نحوه غيره. و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على ان اللزوم حكم لماهيئة الصدقة، و انها ماهية منافية للرجوع، و هذا المعنى آب عن لحوق خصوصية توجب تغير الحكم، فلا يصح جعل الخيار فيها.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٤

و منه الصلح، (١) فإن الظاهر المصرح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة، دخول الخيار فيه مطلقا، بل عن المهذب البارع في باب الصلح الاجماع على دخوله فيه بقول مطلق. و ظاهر المبسوط كالمحكي عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقا. و قد تقدم التفصيل عن التحرير و غاية المرام و لا يخلو عن قرب (٢)

و اورد على الاستدلال بها السيد الفقيه رحمه الله: بانه لا يصدق الرجوع الى الصدقة على الفسخ بالخيار، لأن اخراجه للمال ليس على كل تقدير، و الاخراج الخيارى المترئزل ليس اخراجا حقيقه، فالرجوع انما يصدق مع كون المال باقيا على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك لا مثل المقام.

و فيه: ان الرجوع الحقيقي هو رد الملك و هو المراد في هذه النصوص، إذ الرجوع الممنوع عنه في الصدقة هو ما يكون جائزا في الهبة، و من المعلوم ان الرجوع الجائز فيها رد الملك لا التصرف في الموهوب مع بقاء الهبة، فالأظهر عدم دخول خيار الشرط فيها.

(١) و منه: الصلح.

و فيه: اقوال:

الأول: دخوله فيه مطلقا، و لعله المشهور، و عن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

الثاني: عدم دخوله كذلك، و هو المنسوب الى الشيخ في المبسوط و الخلاف.

الثالث: التفصيل بين الصلح الذي فائدته البراء فلا يدخل فيه، و غيره فيدخل،

ذهب إليه العلامة في التحرير و المحقق الثاني في جامع المقاصد،

(٢) و اختاره المصنف رحمه الله و قد استدلل للمنع في المفيد فائدة البراء بوجوه:

احدها: ما عن غاية المرام بان مشروعيتها لقطع المنازعة فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيتها، و كل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم.

و فيه: اولاً: ان مشروعيتها ليست لخصوص قطع المنازعة، و لذا الصلح في غير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٥

لما تقدم من الشك في سببية الفسخ لرفع البراء أو ما يفيد فائدته (١) و منه الضمان: (٢) فإن المحكي عن ضمان التذكرة و القواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه،

و هو ظاهر المبسوط و الاقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقاييل فيه، و منه الرهن (٣) فإن المصرح به في غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن لأن الرهن وثيقة للدين،

و الخيار ينافي الاستيثاق (٤) و لعله لذا استشكل في التحرير و هو ظاهر المبسوط،

و مرجعه الى ان مقتضى طبيعة الرهن شرعا بل عرفا كونها وثيقة، و الخيار مناف لذلك.

مقام الدعوى صحيح.

و ثانيا: ان مجرد ذلك لا يصلح للمنع لأنه حكمه لا علة.

(١) الثاني: ما افاده المصنف رحمه الله، قال: لما تقدم من الشك في سبب الفسخ لرفع البراء، أو ما يفيد فائدته. انتهى.

و فيه: ما تقدم من ان الشك في السبب لا يمنع من نفوذ الشرط.

الثالث: انه ايقاع، و لا يدخل شرط الخيار في الايقاع.

و فيه: اولاً: انه عقد لا إيقاع، و ان كان البراء ايقاعاً.

و ثانياً: انه قد تقدم دخوله في الايقاع.

فالأظهر جريانه فيه مطلقاً.

(٢) و منه: الضمان.

و قد استدل المحقق النائيني رحمه الله للمنع من دخول شرط الخيار فيه: بان لزومه حكمى كالنكاح، لأن من آثاره انتقال الدين الى

ذمة الضامن و براءة المديون، فارجاعه الى ما كان لا يمكن الا بضمان آخر.

و فيه: ما تقدم من انه لو لا الاجماع لكنا ملتزمين بدخوله في النكاح فضلاً عن الضمان.

(٣) و منه: الرهن.

(٤) و قد استدل للمنع فيه: بان الرهن وثيقة، للدين و الخيار ينافى الاستيثاق.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٦

و فيه ان غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين، (١) و منه الصرف فإن صريح المبسوط و

الغنية و السرائر عدم دخول خيار الشرط فيه، مدعين على ذلك الاجماع و لعله لما ذكره في التذكرة للشافعي المانع عن دخوله في

الصرف و السلم من ان المقصود من اعتبار التقابض فيهما ان يفترقا و لا يبقى بينهما علقه و لو اثبتنا الخيار بقيت العلقه، و الملازمة

ممنوعة، كما في التذكرة، و لذا جزم فيها بدخوله في الصرف (٢) و ان استشكله اولاً كما في القواعد.

و من الثالث: اقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الاجارة و المزارعة و المساقاة و غير ما ذكر من موارد الخلاف، فإن الظاهر عدم

الخلاف فيها.

و اعلم انه ذكر في التذكرة تبعاً للمبسوط دخول خيار الشرط في القسمة و ان لم يكن فيها رد، و لا يتصور الا بأن يشترط الخيار في

التراضى القولى بالسهم.

و أما التراضى الفعلى فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه، بناء على وجوب ذكر الشرط في متن العقد، و منه يظهر عدم جريان هذا

الخيار في المعاطاة. (٣)

(١) و اجاب عنه المصنف رحمه الله: بان غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين.

و فيه: ان المدعى منافاة الخيار و التزلزل لحقيقة الرهن لا لحكمه، فيكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد.

و بما ذكرناه في هذه الأبواب يظهر الحكم في سائر الأبواب التي لم نتعرض لها.

(٢) قوله و الملازمة ممنوعة كما في التذكرة و لذا جزم فيها بدخوله في الصرف لان العلقه الحقيه تتعلق بالعقد لا بالعوضين فهما

يفترقان و لا علقه بينهما و لا يستحق احدهما شيئاً من صاحبه و لو كان الخيار ثابتاً- و يمكن منع المقدمة الاولى، إذ لا سبيل لنا الى

اثبات ان المقصود من اعتبار التقابض ما ذكر.

(٣) و هل يجرى هذا الخيار فى المعاطاة ام لا نظرا الى ان الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلى ذكره فى محكى التذكرة تبعا للمبسوط.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٩٧

و ان قلنا بلزومها من اول الأمر أو بعد التلف، و السر فى ذلك ان الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلى، و ذكر فيهما ايضا دخول الخيار فى الصداق، (١) و لعله لمشروعية الفسخ فيه فى بعض المقامات، كما إذا زوجها الولى بدون مهر المثل، و فيه نظر و ذكر فى المبسوط ايضا دخول هذا الخيار فى السبق و الرماية للعموم.

اقول: و الاظهر بحسب القواعد اناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل فى العقد فمتى شرع التقايل مع التراضى بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة احدهما أو كليهما على الفسخ، فإن اقدمه على ذلك حين العقد كاف فى ذلك بعد ما وجب عليه شرعا القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون امر الشارع اياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض عليه، قائما مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه و ان لم يرض فعلا

و الحق: ان للعقود و الشروط مقامين:

احدهما: مقام الثبوت و التحقق، و هو مقام الالتزامات النفسانية.

ثانيهما: مقام اظهارها و ابرازها.

اما فى المقام الأول فلا دخل للفظ و لا للفعل فيه،

و أما المقام الثانى فلا مانع من ان يدل على الالتزام العقدى باللفظ، و على الالتزام الشرطى بالفعل.

و بعبارة اخرى: ان ربط الالتزامين انما هو فى المرتبة السابقة على الابراز، و اللفظ أو الفعل كاشف عن ذلك و دال عليه، و عليه فكما ان الفعل ربما يحتف بالكلام و يوجب صرفه عن ظاهره، كذلك يمكن ان يدل على ربط ما انكشف به بما ينكشف باللفظ، فلو قال مقارنة للفعل بشرط كذا يكون قوله مرتبطا بفعله.

(١) و عن التذكرة و المبسوط: دخول الخيار فى الصداق، و لكن ربما يقال: ان الصداق ليس عقدا كى يمكن حله و فسخه، و لكن يمكن ان يقال: ان المهر حيث لا يكون ركنا لعقد النكاح يكون من قبيل الالتزام الضمنى، و الفسخ يوجب رفعه، فكأنه لم يقع على الصداق اصلا و الظاهر عدم الخلاف فى دخول الخيار فيه، و قد عرفت انه على القاعدة فلا حاجة الى ما استدل به المصنف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٩٨

و أما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه، لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنة احدهما عليه لا يحدث له اثرا لما عرفت من ان الالتزام حين العقد لا يفيد الا فائدة الرضاء الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه و لا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيا و الله العالم.

الرابع: خيار الغبن (١)

إشارة

و اصله الخديعة، قال فى الصحاح: هو بالتسكين فى البيع و الغبن بالتحريك فى الرأى، و هو فى اصطلاح الفقهاء تمليك ماله بما يزيد

على قيمته مع جهل الآخر (٢) و تسمية المملك غابنا و الآخر مغبونا مع انه قد لا يكون خدع اصلا، كما لو كانا جاهلين

خيار الغبن

(١) الرابع: خيار الغبن و فى المتن: اصله الخديعة،

و لكن الظاهر ان الغبن و الخديعة يتصادقان على مورد احيانا و لا اتحاد بينهما مفهوما، بل الظاهر انه بسكون الوسط نقص فى المعاملة و المقاسمة كما صرح بذلك ائمة الفن،

و عليه فيوم التغابن فى الآية الشريفة (ذلك يوم التغابن) «١» مستعار من تغابن القوم فى التجارة.

و فى الحديث: «٢» نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس الصحة و الفراغ. و استعمال الغبن فيه انما هو من جهة ان اشتغال المكلف ايام

الصحة و الفراغ بالامور الدنيوية الدنية يوجب كونه مغبونا لأنه قد باع ايام الصحة و الفراغ بشيء لا قيمة له،

و هو بتحريك الوسط نقص فى العقل و الرأى، و فى المجمع: و غبن رأيه غبنا من باب تعب، قلت: فطنته و ذكاؤه، و مغابن البدن

الارفاغ و الاباط الواحد المغبن كمسجد،

و منه حديث الميت: فامسح بالكافور جميع مغابنه «٣».

و بما ذكرناه يظهر ان ما افاده الفقهاء فى تفسيره.

(٢) و هو تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر ليس من جهة ان لهم اصطلاحا خاصا و انما يطلقونه بما له من المعنى

اللغوى

(١) سورة التغابن: ٩.

(٢) سفينة البحار ج ٢ ص ٣٠٥.

(٣) جامع احاديث الشيعة- باب ٦- من ابواب تحنيط الميت حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٩

لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع (١) و المراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم إليه الشرط، فلو باع ما يساوى مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا غبن لأن المبيع يبيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم و هكذا غيره من الشروط.

و الظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه (٢)

بخلاف الجهل بقيمته، ثم ان ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الاصحاب، و نسبه فى التذكرة الى علمائنا و عن نهج الحق نسبه الى الامامية.

و عن الغنية و المختلف الاجماع عليه صريحا، نعم المحكى عن المحقق قدس سره فى درسه انكاره و لا يعد ذلك خلافا فى المسألة

(٣) كسكوت جماعة عن التعرض له.

(١) قوله لاجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع بناء على ما ذكرناه يكون تسمية المملك غابنا و الآخر مغبونا فى مورد

جهلهما على طبق المعنى اللغوى لا للغلبة.

(٢) قوله و الظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه ربما تكون الزيادة يسيرة جدا، بمقدار لا يصدق الغبن من

جهة ان تحديد القيمة بحد ليس على وجه التحقيق بل على نحو التخمين، و ربما تكون بمقدار يصدق ذلك و فى مثل ذلك لا دليل

على عدم ثبوت الخيار بعد عموم دليhle.

و كيف كان: فإذا ثبت الغبن يثبت للمغبون الخيار كما هو المشهور بين الأصحاب،

و قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه، و لم ينقل الخلاف الا عن الاسكافي و المحقق.

(٣) و ما افاده المصنف رحمه الله من ان انكاره في مجلس درسه اعم من كون فتواه ذلك كما ترى،

و سكوت جماعة من القدماء عن التعرض له لا يكون كاشفا عن خلافهم بعد دعوى غير واحد الاجماع عليه.

و على اي حال لا يكون حجة بعد معلومية المدرك، فالعمدة ملاحظة ادلتهم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٠

نعم حكى عن الاسكافي منعه و هو شاذ، و استدل في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى: (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم). (١)

قال: و معلوم ان المغبون لو عرف الحال لم يرض و توجيهه ان رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود،

(٢) و هو عدم نقصه عنه في المالية، فكأنه قال: اشتريت هذا الذي يسوى «يساوى» درهما بدرهم، فإذا تبين انه لا يسوى «يساوى»

درهما تبين انه لم يكن راضيا به عوضا لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع بل

كان كسائر الصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها، الا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعاملة الزامه بما لم يلتزم و لم يرض به،

فالآية انما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولي و المكروه

و قد استدل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

(١) الأول: ما عن التذكرة، و هو قوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض) «١» قال: و معلوم ان المغبون لو عرف الحال لم يرض، و

حيث ان ظاهر ذلك مانعية الكراهة التقديرية مع الرضا الفعلي، وجهه المصنف رحمه الله بقوله:

(٢) و توجيهه ان رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود و حاصله: ان الرضا الفعلي مفقود، بتقريب: ان

الرضا متعلق بعنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه في المالية، و حيث ان العنوان المفقود وصفى في المبيع فلا- يوجب تخلفه الا الخيار

كما في سائر موارد تخلف الوصف، فالآية تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض غير المساوي كان كالرضا السابق،

فكما ان الرضا السابق بالفاقد للوصف مؤثر في اللزوم كذلك الرضا اللاحق مؤثر فيه، فان رضا المالك المتأخر إذا كان مؤثرا في

الصحة و في انعقاد البيع في الفضولي و المكروه كان رضاه المتأخر اولى بالتأثير في لزومه بعد صحته.

و بما ذكرناه في تقريب هذا الوجه اندفع ايراد المحقق السيد الفقيه رحمه الله عليه

(١) النساء آية ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠١

و يضعف يمنع كون الوصف المذكور عنوانا بل ليس الا من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئا، (١) بل قد لا يكون داعيا ايضا.

(٢)

كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على اخذ الشيء و ان كان ثمنه اضعاف قيمته و التفت الى

احتمال ذلك مع ان اخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر في متن العقد، (٣)

بان مقتضى البيان المذكور بطلان البيع لا الخيار كما هو مقتضى قوله: فإذا حصل... الخ فانه ايضا انما يناسب البطلان بدون الرضا، و

الا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة الى اجراء فحوى حكم الفضولي و المكروه، انتهى.

و اجاب المصنف رحمه الله عنه باجوبة:

(١) احدها: ان الوصف المذكور من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئا.

وفيه: ان الداعى هو الغرض من الفعل و العلة الغائية له، و من المعلوم ان عنوان ما يساوى بالثمن ليس علة غائية للفعل.

(٢) ثانيها: انه قد لا يكون داعيا ايضا، كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على اخذ الشىء و

ان كان ثمنه اضعاف قيمته و التفت الى احتمال ذلك.

وفيه: انه فى مثل هذا المورد لا يكون خيار الغبن ثابتا لاقدامه عليه.

(٣) ثالثها: ان اخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد.

وفيه: ان هذا يصلح وجها لعدم ثبوت خيار تخلف الشرط لا لعدم ثبوت خيار الغبن الثابت بالتعبد على الفرض.

فالاولى ان يورد عليه اولاً: بما تقدم فى مبحث المعاطاء و بيع المكره من ان الاستثناء فى الآيه الشريفه منقطع غير مفرغ، فلا تدل على

الحصر، و لا على عدم جواز الأكل بغير التجارة عن تراض.

و ثانياً: ان العنوان المشار إليه لا يكون قيذا للمبيع فضلا عن كونه عنوانا له.

و ثالثاً: انه لو سلم كونه عنوانا للمبيع و قيذا فى متعلق الرضا على نحو وحدة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٠٢

و لو ابدل قدس سره هذه الآيه بقوله تعالى: (و لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) كان اولى (١) بناء على ان اكل المال على وجه

الخدع يبيع ما يسوى درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة و عدم نفوذ رده اكل المال بالباطل، اما

مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يعد اكل بالباطل، و مقتضى الآيه و ان كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع، إلا انه خرج بالإجماع و

بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة لكن يعارض الآيه ظاهر قوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض) بناء على ما ذكرنا من

عدم خروج ذلك عن موضوع التراضى، فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم، (٢) إلا ان يقال ان التراضى مع الجهل بالحال لا يخرج

عن كون اكل الغابن لمال المغبون الجاهل اكل بالباطل، (٣)

المطلوب لزم منه بطلان المعاملة، و الا كان داخلا فى منطوقها. فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

(١) الثانى: قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل). «١»

و تقريب ما افادوه فى تقريب الاستدلال هو: ان البيع الغبني إذا وقع على وجه الخديعة يكون الأكل به اكل بالباطل، و هو حرام سوء

فى ذلك قبل تبين الخديعة أو بعده،

و سواء رد المغبون ام لم يرد، نعم لو تبين و رضى المغبون لا يكون اكل للمال بالباطل،

و حرمة الأكل بعد الرد مساوئة لتأثيره و ان له ذلك، و مقتضى اطلاق الآيه و ان كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخديعة الا انه خرج

بالاجماع وبقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة.

(٢) و اجاب المصنف عنه بما حاصله: ان قوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض) بناء على ما تقدم من وجود الرضا الفعلى قبل

تبين الخديعة يدل على لزوم هذه التجارة، فيتعارضان فيرجع الى اصالة اللزوم. ثم استدرك عن ذلك بما حاصله:

(٣) ان مورد آية التجارة عن تراض انما هو قبل تبين الخديعة و رد المغبون،

و تدل الآيه على انه سبب صحيح، و مورد آية النهى عن الأكل بعد التبين و رد البيع و لا تعارض بين كونه سببا صحيحا فى نفسه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٣

و يمكن ان يقال: ان آية التراضي يشمل غير صورة الخدع، كما إذا اقدم المغبون على شراء العين محتملا لكونه بأضعاف قيمته فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضة فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل فتعارض مع آية النهى المختصة بصورة الخدع الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل (١) فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل و تكافؤهما إلى أصالة اللزوم. و استدل أيضا في التذكرة بأن النبي صلى الله عليه و آله اثبت الخيار في تلقى الركبان و إنما اثبته للغبن، (٢)

الا انه من جهة تعنون التصرف الواقع بعد هذا السبب بعنوان آخر، و هو كون الأكل بعد رد المغبون اكلا بالباطل يصير منها عنه، و على هذا فكلمة (لا) في قوله و لا يخرج ليست زائدة كما توهمه جمع منهم المحقق الايرواني رحمه الله.

و بالجملة: بعد فرض ان لكل منهما موردا مختصا به، فلا تعارض بينهما.

(١) ثم اورد عليه بوجه آخر و حاصله: ان مورد كل منهما و ان كان غير مورد الآخر الا انه من جهة عدم القول بالفصل بين الموردين يتحقق التعارض بالعرض.

و لكن يرد على الاستدلال بالآية: ان التجارة المفروضة بما انه يصدق عليها التجارة عن تراض لا تكون مشمولة لآية النهى، اما من جهة عدم تصادقهما على مورد واحدا و من جهة الاستثناء، و أما الأكل بعد رد المغبون فمضافا الى عدم كونه مشمولا للآية لأن نظرها الى التصرفات المعاملية بقريته كلمة بينكم الظاهرة في اعطاء مال واخذ مال، انه من جهة كونه بعد التجارة عن تراض لا يكون مشمولا لها.

و بذلك ظهر عدم تمامية الجواب الثاني الذي افاده المصنف رحمه الله.

(٢) الثالث: النبوي الذي استدل به جماعة من الأصحاب: ان النبي صلى الله عليه و آله نهى ان يتلقى الجلب، فان تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق «١».

(١) اخرجه مسلم في ٢١ كتاب البيوع حديث رقم ١٧. و اخرجه ابو داود في ٢٢ كتاب البيوع باب في التلقى حديث رقم ٣٤٣٧. و رواه الشيخ في الخلاف ج ٢ ص ٧٦ طبع قم عن ابي هريرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٤

و يمكن ان يمنع صحة حكاية اثبات الخيار لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقلل ضعفه الانجبار بالعمل (١) و أقوى ما استدل به على ذلك في التذكرة و غيرها قوله صلى الله عليه و آله لا ضرر و لا ضرار في الاسلام (٢)

و الكلام فيه يقع اولا: في سنده، و ثانيا: في دلالته. اما من حيث السند:

(١) فقد اورد عليه المصنف رحمه الله بعدم وجوده في الكتب المعروفة بين الإمامية، فلا يقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

وفيه: انه مع تسليم العمل كما هو كذلك، فان المحكى عن الشيخ في الخلاف الاستناد إليه، و كذلك ابن زهرة في الغنية، مع انه لا يعمل الا بالمقطوع به من الأخبار، و الظاهر انه مشهور عند قدماء الأصحاب و لذا يعدون غبن الركبان من احد اسباب الخيار، و ظاهر التذكرة الاستناد إليه، لا-وجه لعدم البناء على الانجبار، إذ لا يشترط في الجبر وجود الرواية في الكتب المعروفة، مع انه موجود في الغنية.

و قد يقال: ان قول ابن زهرة: نهى النبي صلى الله عليه و آله الى آخر الحديث يشعر باذعانه بمضمون الخبر، فهو توثيق لجميع من في سند الخبر المحذوفين، فتشمله ادلة حجية الخبر الواحد.

و فيه: ان غاية ما يثبت بذلك اذعانه بمضمون الخبر، و حيث يحتمل ان يكون ذلك للقرائن الخارجية فلا يكون توثيقا للوسائط، فالعمدة ما ذكرناه.

و أما من حيث الدلالة فيرد عليه: انه لا يدل على ان ما اثبتته من الخيار هو خيار الغبن، بل مقتضى اطلاقه بالنسبة الى غير مورد الغبن عدمه، و قد افتى الحلبي بثبوت هذا الخيار مع عدم الغبن.

(٢) الرابع: حديث: لا ضرر و لا ضرار في الاسلام «١».

(١) الوسائل - باب ١- من ابواب موانع الارث و التذكرة المسألة الاولى من خيار الغبن و هو مروى مع حذف كلمة في الاسلام في الوسائل - باب ١٧- من ابواب الخيار و باب ١٢ و ٧ من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٥ من ابواب كتاب الشفعة و في الكتب الاخر و ايضا مروى مع اضافة كلمة على مؤمن في الوسائل في جملة من الأبواب و في المستدرک و غيرهما.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٥

و كان وجه الاستدلال ان لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه، و اضرار به فيكون منفيًا، فحاصل الرواية ان الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوغ اضرار المسلمين بعضهم بعضًا، و لم يمتص لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه، و منه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضرارا على الممضى عليه، سواء كان من جهة الغبن ام لا، و سواء كان في البيع، ام في غيره كالصلح الغير المبني على المسامحة و الاجارة و غيرها من المعاضات، هذا.

و لكن يمكن الخدشة في ذلك بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الامضاء بكل الثمن، (١) إذ يحتمل ان يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن و رده في المقدار الزائد، (٢) غاية الامر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، و حاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري في ان له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض، كما عليه الاكثر في معاضات المريض المشتملة على المحابات، و ان اعترض عليهم العلامة بما حصله ان استرداد بعض احد العوضين من دون رد بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة. (٣)

بتقريب: ان لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه و اضرار به، فيكون منفيًا.

و اورد عليه بوجوه:

(١) الأول: ما عن المصنف رحمه الله من: ان حديث لا- ضرر لا- يدل على ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن كما هو المدعى، فانه يمكن تدارك الضرر باحد انحاء ثلاثة:

الأول: الخيار بين امضاء العقد بكل الثمن، و رده كذلك.

(٢) الثاني: الخيار بين رد مقدار ما تضرر به من المثل أو الثمن. و بين امضاء العقد بكل الثمن.

و ظاهر صدر كلامه- بل صريحه- ارادة الرد من عين الثمن أو المثل،

(٣) و لذا اورد عليه ما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته لمقتضى المعاوضة و لكن ظاهر عبارته المتأخرة- منها قوله: فالمبذول غرامة، و منها قوله: ان المبذول ليس هبة،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٦

و يحتمل ايضا ان يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الامرين من الفسخ في الكل. و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله، و مرجعه الى ان للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن، التفاوت، (١) فالمبذول غرامة لما فات على

المغبون على تقدير امضاء البيع، لا هبة مستقلة، كما في الايضاح و جامع المقاصد حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت بأن الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار، و سيجيء ذلك، و ما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة في التذكرة و احتمله في القواعد من انه إذا ظهر كذب البائع مرابحة في اخباره برأس المال فبذل المقدر الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإن مرجع هذا الى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري.

و حاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل، و لعل هذا هو الوجه في استشكال العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعدمه، كما يظهر من الرياض،

و لا جزء من احد العوضين - ارادة رد مقدار منه أو بدله غرامة.

(١) الثالث: تخيير الغابن بين رد الزائد غرامة و فسخ المغبون، نظير ما احتمله في القواعد من انه إذا ظهر كذب البائع مرابحة في اخباره برأس المال و بذل المقدر الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري.

و الظاهر ان تدارك ضرر المغبون باحد الاحتمالين الأخيرين اللذين حاصلهما عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت اولي من اثبات الخيار، لأن الزام الغابن بالفسخ ضرر عليه، و هذا و ان كان لا يصلح لمعارضة ضرر المغبون الا انه يصلح لترجيح احد الاحتمالين المذكورين على ما هو المشهور من ثبوت الخيار.

و لا يخفى ان المصنف رحمه الله لا يدعى ان بذل التفاوت تدارك للضرر، و الحديث ينفي الضرر غير المتدارك، فان ذلك خلاف مبناه، بل يدعى ان اللزوم عبارة عن عدم التسلط على حل العقد، بالاضافة الى تمام الثمن، و بالاضافة الى المقدر الزائد، و عدم التسلط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٧

ثم ان المبدول ليس هبة مستقلة حتى يقال انها لا تخرج لمعاملة المشتمة على الغبن عن كونها مشتمة عليه و لا جزء من احد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعا بين جزء المعوض و تمام العوض منافيا لمقتضى المعاوضة، بل هو غرامة لما اتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبية، فلا يعتبر كونه من عين الثمن نظير الارش في المعيب.

و من هنا ظهر الخدشة فيما في الايضاح و جامع المقاصد من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب، بأن بذل التفاوت لا يخرج المعاملة عن كونها غبية لانها هبة مستقلة حتى انه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل اخذه، إذ لا ريب في ان من قبل هبة الغابن لا يسقط خياره، انتهى بمعناه، وجه الخدشة ما تقدم

على حله مع عدم بذل الغابن لما به التفاوت و ارتفاع هذا اللزوم كما يكون بثبوت السلطنة على الحل في الجميع كذلك بثبوتها على الحل في المقدر الزائد، و بثبوتها على الحل مع عدم بذل ما به التفاوت، فلا يتعين ارتفاع اللزوم الضروري بالنحو الأول. فتدبر فانه دقيق.

و لكن يرد عليه: ان بذل مقدار من احد العوضين غير صحيح، فانه مناف لمقتضى المعاوضة كما اعترف به في اثناء كلامه، و بذل ما به التفاوت بعنوان الغرامة بلا وجه، فان الغرامة عبارة عن تدارك ما اشتغلت به الذمة، و مجرد كون الطرف غابنا لا يصير سببا لضمانه، فلا محالة يكون هبة، و هي لا توجب انقلاب المعاملة عن كونها غبية.

و بالجملة: ان اللزوم لا معنى له سوى عدم السلطنة على حل العقد في تمام الثمن، و نفى ذلك لا يقتضى سوى الجواز المشهور.

الثاني: ما عن المحقق النائيني رحمه الله، بناء على ان لا يكون اعتبار التساوى في المالية من قبيل الشرط الضمني، بان مفاد حديث لا ضرر ان الحكم الذي ينشأ منه الضرر بحيث يكون الضرر عنوانا ثانويا له فهو مرفوع دون ضرر لا يكون عنوانا للحكم، بل يكون عنوانا

لنفس فعل المكلف، و باقداً و اختيار صدر الفعل عنه، و منشأ الضرر في المقام ليس حكم الشارع، لأن العاقد من دون ان يكون ملزماً شرعاً اقدم على المعاملة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٨

من احتمال كون المبدول غرامة لما اتلفه الغابن على المغبون قد دل عليه نفي الضرر.

و أما الاستصحاب ففيه ان الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به إذ من المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون الباذل، ثم ان الظاهر ان تدارك ضرر، المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين اولى من اثبات الخيار له، لأن الزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من اعواض اموالهم خصوصاً النقود و نقض الغرض ضرر و ان لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون، الا انه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخيره بين الرد و الامضاء بكل الثمن الا ان يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة لكون المقصود اقتنائها للتجمل. و قد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل، فتأمل.

فلا معنى لرفعه.

و فيه: ان المعاملة الغبنية الواقعة- مع قطع النظر عن حكم الشارع بالصحة و اللزوم- لا تكون ضرورية لفرض بقاء ماله على ملكه، و مع فرض حكمه بالصحة دون اللزوم يكون حدوثاً ضرورياً و بقاء غير ضروري، فاللزوم منشأ لضرورية المعاملة بقاء، فهو يكون مرفوعاً بحكم الحديث.

الثالث: ما افاده جمع منهم المحقق الايرواني رحمه الله، و هو: ان الضرر ينشأ من الحكم بالصحة، و ملك اليسير في مقابل الكثير لا من الحكم باللزوم، و انما الفسخ علاج لما وقع فيه من الضرر، فكان الحكم بالخيار معالجة للضرر، و ليس مفاد دليل نفي الضرر تشريع ما يعالج به الضرر الواقع فيه المكلف باختياره، و انما مفاده رفع ما يقتضى الضرر من الأحكام، فنتيجة دليل نفي الضرر هو خروج المعاملة الغبنية عن ادلة الصحة و الحكم بفسادها.

و فيه: ما تقدم من ان الصحة و اللزوم كلاهما ضرريان، تلك باعتبار حدوث المعاملة و ذلك باعتبار بقائها، نعم يبقى حينئذ سؤال و هو: انه ما الموجب للتفكيك و الحكم بالصحة دون اللزوم؟ و الجواب: ان الصحة لا تكون مشمولة له لوجهين:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٩

و قد يستدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن، (١) فعن الكافي بسنده إلى اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: غبن المسترسل سحت، و عن الميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال غبن المؤمن حرام،

احدهما: الاجماع.

ثانيهما: ان حديث لا ضرر انما ينفي الحكم الذي في رفعه منه، و رفع الصحة لا امتنان فيه، بخلاف رفع اللزوم.

هذا بناء على كون المرفوع في الحديث الحكم الذي ينشأ منه الضرر،

و أما بناء على مسلك المحقق الخراساني رحمه الله من ان مفاد الحديث نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، و انه انما ينفي الحكم الذي يكون موضوعه ضرورياً، فالأمر واضح،

فان الصحة إذا كانت ضرورية فهي لا ترتفع بالحديث، و بما انها موضوع للزوم فيكون اللزوم مرفوعاً.

الرابع: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله، و هو: ان غاية ما يثبت بحديث لا ضرر هو مجرد السلطنة على الحل الموجود مثلها في الهبة لا- الخيار الذي يعد من الحقوق، و يقبل الاسقاط، و يكون حقاً خارجياً لا دخل له بالجواز، فان لسان الحديث هو النفي لا الإثبات.

ما أفاده رحمه الله لا بأس به بناء على شمول الحديث له،

و أولى من ذلك المنع من شموله له، فان اللزوم ليس حكما وجوديا مجعولا، بل هو امر عدمي، و هو عدم السلطنة على الحل. و قد حققنا في محله ان حديث لا ضرر لا يشمل الأحكام العدمية، فان النفي انما يتعلق بما هو وجودي، و العدم ليس شيئا قابلا لتعلق النفي به الا بالعناية.

(١) الخامس: ادلة هذا الخيار النصوص الواردة في حكم الغبن، لاحظ خبر اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام: غبن المسترسل سحت «١».

و خبر ميسر عنه عليه السلام: غبن المؤمن حرام «٢».

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ١ و ذكره في باب ٩ من ابواب آداب التجارة.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٠

و في رواية اخرى لا تغبن المسترسل فان غبنه لا يحل و عن مجمع البحرين: أن الاسترسال: الاستئناس و الطمأنينة الى الانسان و الثقة به فيما يحدثه و اصله السكون و الثبات، و منه الحديث أيما مسلم استرسل الى مسلم فغبنه فهو كذا و منه غبن المسترسل سحت انتهى. و يظهر منه ان ما ذكره اولا حديث رابع و الانصاف عدم دلالتها على المدعى، فان ما عدا الرواية الاولى ظاهرة في حرمة الخيانة في المشاورة، (١) فيحتمل كون الغبن بفتح الباء.

و المرسل: لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل «١».

و خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آباءه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله: غبن المسترسل ربا «٢».

و خبر دعائم الاسلام عن مولانا الصادق عليه السلام - في حديث - : و ان كان امرا فاحشا و غبنا بينا - الى ان قال - ثم قيل للمشتري: ان شئت خذها بمبلغ القيمة و ان شئت فدع «٣».

و لكن يرد على هذا الوجه: ان اكثر هذه الأخبار ضعيفة الاسناد، لأن في طريق الأول ابا جميلة، و الثالث مرسل، و في طريق الرابع، احمد بن علي بن ابراهيم، و هو لم يوثق، و الخامس مرسل.

و أما من حيث الدلالة فالأخير صريح فيما ذكر، و البقية لا تدل على ذلك،

(١) اما الثاني و الثالث فقد استظهر المصنف رحمه الله دلالتها على حرمة الخيانة في المشاورة، ثم قال: فيحتمل كون الغبن بفتح الباء. و لكن كان بفتح الباء أو سكونها لا دخل لهما بما افاده كما ستعرف، مع ان الظاهر كونه بسكون الباء، إذ هو بالفتح لازم، و قد استعمل في الخبر متعديا.

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب آداب التجارة حديث ٧.

(٢) المستدرک - باب ١٣ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٣) المستدرک - باب ١٣ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١١

و أما الرواية الأولى فهي و ان كانت ظاهرة فيما يتعلق بالاموال، لكن يحتمل حينئذ ان يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على اصل العمل (١)

و الخديعة في أخذ المال، و يحتمل ان يراد كون المقدار الذي يأخذه زائدا على ما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة و الضمان، (٢) و يحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورة خاصة و هي اطلاع المغبون و رده للمعاملة المغبون فيها، و لا ريب في ان الحمل على احد الأولين أولى و لا أقل من المساواة للثالث، فلا دالة، فالعمدة في المسألة الإجماع المحكى المعتضد بالشهرة المحققة، و حديث نفى الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت، ثم ان تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل.

و الحق ان يقال: ان النهي اما بملاحظة تضمنه للمكر و الخديعة، أو بملاحظة ان المعاملة المشتملة على الزيادة إذا صدرت عن علم و عمد حرام، و على اى تقدير غاية ما يثبت بهما الحرمة التكميلية دون الفساد أو الجواز.

و أما الخبر الأول فالسحت و ان كان في نفسه ظاهرا فيما يتعلق بالاموال، الا انه من جهة حمله على الغبن الظاهر في المعنى المصدرى لا بد من التصرف في احدهما اما بارادة المال المغبون فيه من الغبن ثم تقييده بما بعد فسخ المغبون للاجماع على عدم حرمة قبل ذلك، أو بارادة الحرام من لفظ السحت، و لا ريب في اظهرية الثانى.

و هذا الذى ذكرناه اولى مما افاده المصنف رحمه الله.

(١) من الحمل على ان الغابن بمنزلة آكل السحت،

(٢) أو الحمل على ارادة كون المقدار الزائد عما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة و الضمان.

السادس: ان الغرض النوعى فى المعاملات المعاوضية الذى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم حفظ مالىة اموالهم مع التبدل باعطاء مال واخذ ما يقوم مقامه فى المالىة،

و هذا شرط ضمنى ارتكازى فى جميع المعاملات غير المبنية على التسامح، و مثل هذا الغرض النوعى العقدى يكون العقد بما هو مبنيا عليه، و لا يعتبر ذكره صريحا فى متن العقد.

و بعبارة اخرى: ان بنا العقلاء و ان كان على عدم ترتيب الآثار على الالتزامات

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤١٢

مسألة: يشترط فى هذا الخيار أمران: (١)

الأول: عدم علم المغبون بالقيمة

إشارة

فلو علم بالقيمة فلا خيار بل لا غبن، (٢) كما عرفت بلا خلاف و لا إشكال، لأنه أقدم على الضرر، (٣)

النفسانية ما لم تبرز و لم تنشأ، الا ان ذلك، فى غير الشروط المبنى عليها العقد، و فى تلك بنائهم على الترتيب، بل يرون ذلك بحكم الذكر، و عليه فتخلفه موجب للخيار من باب تخلف الشرط.

فتحصل: ان دليل هذا الخيار الالتزام الضمنى.

اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة

و تمام الكلام بالبحث فى مواضع.

(١) الأول: انه يشترط فى هذا الخيار امران:

(٢) احدهما: عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بها لا خيار بلا خلاف و لا إشكال فى ذلك.

و الوجه فى ذلك بناء على الوجه المختار- و هو الالتزام الضمنى- واضح، فانه مع علمه بالقيمة لا بناء و لا شرط، و يكون اقدامه

اسقاطا للشرط المزبور و أما بناء على كون المدرك حديث لا ضرر،

(٣) فقد يقال كما فى المتن و عن المحقق النائينى رحمه الله: انه اقدم على الضرر.

توضيحه: ان منشأ الضرر إذا كان حكم الشارع يكون منفيًا بالحديث، و ان كان فعل المكلف لا يكون حكمه مشمولًا له، و مع العلم

بالضرر و اقدامه عليه يكون منشأ الضرر فعل المكلف، فلا يشمل الحديث.

و فيه: انه فى صورة العلم بالضرر و الاقدام بقاء المعاملة و لزومها منشأ لبقاء الضرر،

إذ لو كانت المعاملة جائزة و تمكن المكلف من التخلص عن الضرر بالفسخ لا يكون الضرر باقيا، فحكم الشارع باللزوم ضررى يكون

مشمولًا للحديث.

هذا بناء على تسليم المبنى و ان حديث لا ضرر انما ينفى الحكم الذى يكون

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤١٣

ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا- من القيمة بالمرءة أو ملتفتا إليها، و لا بين كونه مسبقا بالعلم و عدمه، و لا بين كونه الجهل

المركب و البسيط مع الظن بعدم الزيادة و النقيصة أو الظن بهما أو الشك، (١) و يشكل فى الأخيرين إذا اقدم على المعاملة بانيا على

المسامحة على تقدير الزيادة و النقيصة فهو كالعالم، بل الشاك فى الشئ إذا اقدم عليه بانيا على تحمله فهو فى حكم العالم من حيث

استحقاق المدح عليه أو الذم، و من حيث معذوريته لو كان ذلك الشئ مما يعذر الغافل فيه و الحاصل ان الشاك الملتفت إلى

الضرر مقدم عليه، (٢) و من ان مقتضى عموم نفي الضرر و اطلاق الإجماع المحكى ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن

علم

منشأ للضرر، و أما بناء على القول بشموله لما إذا كان موضوع الحكم ضرريا و يرفع حكمه فالأمر اوضح،

فالحق فى وجه عدم الشمول ان يقال: ان الحديث انما ينفى الحكم الذى فى رفعه منه،

و مع العلم بالغبن و الضرر و اقدامه عليه لا يكون نفي اللزوم امتنانيا، فلا ينفى الحديث.

و ينبغى التنبيه على امور:

(١) الاول انه لا- خلاف و لا كلام و لا إشكال فى ما إذا كان غافلا من القيمة أو ملتفتا مع كونه عالما أو مطمئنا بالتساوى، و انه فى

هذين الموردين يثبت الخيار،

كما لا إشكال فى عدم ثبوت الخيار مع علمه بعدم التساوى،

انما الكلام فيما إذا كان شاكا أو ظانا بالظن غير المعبر، فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد يقال كما فى المكاسب و

تبعه غيره: بانه يثبت الخيار،

(٢) إذ الحديث يدل على النفي فى غير مورد الاقدام، و لا يصدق الاقدام على الضرر مع رجاء عدم الضرر.

و فيه: انه مع الاحتمال ان كانت المعاملة معلقة على المساواة بطلت، و الا فلا محالة يكون مقدا على المعاملة كيفما كانت القيمة، فلا

محالة يكون مقدا على الضرر، أ لا ترى ان من يحتمل ان يكون فى طريقه سبع يفترسه لو مشى من ذلك الطريق يصدق انه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٤

بل مطلق الشاك ليس مقدما على الضرر، بل قد يقدم ببراء عدمه و مساواته للعالم في الآثار ممنوعة حتى في استحقاق المدح و الذم، لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الأقدام عليه، و لذا قد يحصل للشاك بعد اطلاعه على الغبن حالة اخرى لو حصلت له قبل العقد، لم يقدم عليه، نعم لو صرح في العقد بالالتزام به و لو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعا إلى اسقاط الغبن، و مما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل و ان كان قادرا على السؤال، كما صرح به في التحرير و التذكرة، و لو اقدم عالما على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم فلا يبعد الخيار (١) و لو اقدم على ما لا يتسامح، فبان أزيد بما يتسامح به منفردا، أو بما لا يتسامح ففي الخيار وجه،

ا قدم على ذلك و ينسب الفعل إليه، فعلى هذا المسلك لا بد من البناء على سقوط الخيار.

و أما بناء على الالتزام الضمني فالأظهر ثبوت الخيار، إذ لا اختصاص بالشرط سواء كان صريحا ام ضمنيا ثابتا ببناء العقلاء بصورة العلم، بل الغالب هو الشرط في صورة الشك.

ثانيها: لو اقدم عالما على غبن فبان أزيد، فتارة يكون ما اقدم عليه مما يتسامح به و اخرى يكون مما لا يتسامح به، و على كل تقدير، قد تكون الزيادة مما يتسامح به،

و اخرى مما لا يتسامح به.

فصور المسألة اربع:

(١) الاولى: ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما يتسامح به منفردا و لا يتسامح به منضمما، ففي المتن فلا يبعد الخيار و قد اختار المحقق النائيني رحمه الله عدم سقوط الخيار فيها من جهة ان المجموع لم يكن مقدما عليه، و الاقدام على القدر المتسامح به لا أثر له لكونه مقيدا بهذا المقدار.

و فيه: ان المجموع مركب من المقدار الذي اقدم عليه، و المقدار الذي يتسامح

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٥

...

به، و ليس شيئا ورائهما، و شيء منهما لا يقتضى الخيار، فالأظهر عدم الخيار.

الثانية: هذه الصورة مع كون الزائد بنفسه مما لا يتسامح به،

فالأظهر في هذه الصورة ثبوت الخيار.

الثالثة: ان يقدم على ما لا يتسامح به فبان أزيد بما يتسامح به منفردا،

و الأظهر في هذه الصورة عدم الخيار، لأن ما يوجب الخيار اقدم عليه، و ما لم يقدم عليه لا يوجب الخيار.

الرابعة: هذه الصورة مع كون الزائد مما لا يتسامح به،

و الأقوى في هذه الصورة الخيار.

لا يقال: انه مع الاقدام على ما لا يتسامح به اسقط شرط التساوى و معه كيف يبنى على الخيار.

فانه يقال: ان المشروط ليس هو التساوى بل عدم الزيادة، و للزيادة مراتب فيمكن ان يسقط اشتراط بعض مراتبها دون بعض.

الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد

ثالثها: هل العبرة بالقيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع كما هو المشهور، ام لا خيار له في الفرض كما عن التذكرة وجهان؟

ان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر يمكن ان يقال بسقوط الخيار لو زادت قيمته السوقية قبل الرد مطلقا، لأنه بعد ازدياد القيمة لا يكون لزوم العقد بقاء ضروريا،

و مع عدم كونه ضروريا لا وجه لرفع اللزوم، إذ الحكم وجودا و عدما يدور مدار ما اخذ

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٦

ثم ان المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع لان الزيادة انما حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر، (١) كما لو برء المعيوب قبل الاطلاع على غبنه بل في التذكرة انه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد، و اشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله، (٢) لأن الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص في قيمته

في موضوعه، و لعل هذا مراد المصنف رحمه الله حيث قال:

(١) و يحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر.

و ما ذكره وجهها للخيار قبل ذلك بان الزيادة قد حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن،

لا يفيد، فانه و ان حصلت الزيادة في ملكه الا انها توجب ارتفاع الضرر من بقاء المعاملة،

و ان كان المدرك الالتزام الضمني فالشرط الضمني ليس خصوص تساوى حين العقد، فان المقصد الأصلي تسلم شيء لا ينقص ماليته عن ماله ما اعطاه،

فالزيادة بعد العقد قبل القبض توجب عدم الخيار قطعا،

و كذلك الزيادة بعد القبض قبل الرد ان كان في زمان قصير، و الا فيمكن ان يقال بسقوط الخيار ايضا من جهة ان حدوث الخيار و بقائه تابعان لانتفاء الشرط، فإذا حصل الشرط ارتفع الخيار.

فتحصل: ان الأقوى سقوط الخيار في موارد الزيادة بعد العقد و قبل الرد.

(٢) قوله و اشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لما اشكل على ثبوت الخيار في صورة الزيادة بعد العقد و قال و يحتمل عدم الخيار قال و اشكل منه الخ يعني احتمال عدم الخيار في الصرف و السلم اظهر إن ارتفع الغبن بعد العقد و قبل القبض إذ الملك انتقل إليه من غير نقص فلم يتوجه إليه ضرر لا انه توجه و ارتفع كما في الفرض السابق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٧

نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد، (١) كما صرح به العلامة في الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود اقباض الزائد في مقابلة الناقض، لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض و لو ثبت الزيادة أو النقيضة بعد العقد، (٢)

فإنه لا عبرة بهما اجماعا كما في التذكرة، ثم انه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرد العقد، بل العبرة بعلم الموكل و جهله (٣)

(١) قوله نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد ... يثبت الخيار بعد ما وجه عدم ثبوت الخيار في الفرض الثاني: بعدم توجه الضرر إليه، توجه الى اشكال و هو انه إذا وجب التقابض فقبل ارتفاع الغبن المفروض وجوب الاقباض و نفس حكم الشارع بوجود اقباض الزائد ضرر ينفيه الحديث و حيث انه من لوازم لزوم العقد بل لا معنى للزوم في هذه المعاملة الا ذلك فيرتفع المنشأ و هو اللزوم فيثبت الخيار فيكون حكم هذه المعاملة حكم المعاملات الاخر المذكور في الفرض السابق و بهذا البيان اندفع ايراد المحقق الايرواني رحمه

الله عليه بانه يرتفع بالحديث وجوب الاقباض لا انه يثبت به الخيار و لكن يرد عليه ما تقدم في خيار المجلس من ضعف المبنى.
(٢) قوله و لو ثبتت الزيادة أو النقيضة بعد العقد فانه لا عبرة بهما مورد الكلام فيما ذكره سابقا و اشكل فيه ما إذا كان الغبن موجودا ثم ارتفع و فى المقام ما إذا لم يكن حين العقد موجودا بل تحقق بعد العقد و قد ادعى قده الاجماع على عدم ثبوت الخيار

لا عبرة بعلم مجرى الصيغة

(٣) رابعها: هل العبرة بعلم الوكيل، أو الموكل، أو هما معا؟ وجوه،

و ملخص القول فيه: انه لا- إشكال فى ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغة لا عبرة بعلمه و لا بجعله، و لا يثبت له الخيار، و أما الوكيل المفوض، فالكلام فيه فى موردين:

الأول: فى انه متى يثبت الخيار.

الثانى: فيمن يثبت له.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤١٨

نعم لو كان وكيلا- فى المعاملة و المساومة، فمع علمه و فرض صحة المعاملة حينئذ لا- خيار للموكل (١) و مع جهله يثبت الخيار للموكل الا ان يكون عالما بالقيمة، و بأن وكيله يعقد على ازيد منها و يقرره له، و إذا ثبت الخيار فى عقد الوكيل فهو للموكل خاصة، الا ان يكون وكيلا مطلقا بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنه كالولى حينئذ و قد مر ذلك مشروحا فى خيار المجلس، (٢)

اما الأول: فلا اشكال فى ثبوته لو كان الوكيل و الموكل جاهلين،

انما الكلام فيما إذا كان الوكيل عالما بالغبن و الموكل جاهلا أو عالما، و فيما إذا انعكس الأمر،

اما فى الصورة الاولى:

فقد يقال: ان التوكيل اما ان يشمل المعاملة الغبية أو يختص بغيرها، لا إشكال فى اللزوم فى الفرض الأول و عدم الصحة فى الثانى، فما معنى ثبوت الخيار.

وفيه: انه يمكن ان يقال انه يشمل التوكيل المعاملة الغبية و لكن بما لها من الأحكام و الخصوصيات و منها ثبوت الخيار،

(١) و صريح المصنف رحمه الله و غيره عدم ثبوت الخيار،

و الوجه فيه ان طرف المعاملة انما هو الوكيل، و الموكل اجنبى عن المعاملة فلا بناء من الموكل كى يوجب تخلفه الخيار، و لا إقدام منه على معاملة ضرورية.

و أما فى الصورة الثانية: فظاهر المصنف رحمه الله عدم ثبوت الخيار، و صريح المحقق النائينى رحمه الله ثبوته، و هو الحق، لأن طرف المعاملة هو الوكيل فهو الملتزم بالمساواة و يوقع المعاملة مبنية عليها، و المعاملة الضرورية لزومها مستند الى الشارع دون المكلف، و مجرد علم الموكل بالغبن لا يوجب عدم ثبوت الخيار.

و أما المورد الثانى: فان كان مدرك الخيار حديث لا ضرر كان الخيار ثابتا للموكل كما افاده المصنف رحمه الله، لأنه الذى يتضرر من المعاملة، و ان كان المدرك هو الالتزام الضمنى كان الخيار للوكيل لأنه طرف المعاملة و البناء منه.

(٢) قوله و قد مر ذلك مشروحا فى خيار المجلس و فيه انه لا يكون طريق المسألتين واحدا فان موضوع الخيار فى تلك المسألة عنوان البيع و هو يصدق على الوكيل و فى المقام المتضرر على مسلكه و هو لا يصدق عليه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤١٩

ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن و بالبينه ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين، (١) لأصالة عدم العلم (٢) الحاكمة على اصالة

اللزوم، مع انه قد يتعسر اقامة البيئنة على الجهل، و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال، فتأمل.
هذا كله إذا لم يكن المغبون من اهل الخبرة بحيث لا يخفى عليه القيمة الا لعارض من غفلة أو غيرها، و الا فلا يقبل قوله كما فى الجامع و المسالك. (٣)

ما يثبت به الجهل

خامسها: فيما يثبت به الجهل، فقد يقال كما فى المتن: انه.

(١) يثبت باعتراف الغابن و بالبيئنة ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين،

و ظاهر ذلك جعل المغبون مدعيا،

(٢) و استدلل له باصالة عدم العلم، فيثبت قوله باعتراف الغابن له أو بإقامة البيئنة عليه أو بيمينه حيث يتعذر عليه اقامة البيئنة عليه.

و فى كلامه قدس سره موقعان للنظر:

الأول: انه ان جرى الأصل المزبور لزم منه كون المغبون منكرا لموافقة قوله الأصل لا مدعيا، نعم لو كان المدعى من لو ترك ترك

صح جعل المغبون مدعيا.

الثانى: ان المانع عن ثبوت الخيار انما هو اقدام المغبون على الضرر و الغبن، و به يسقط اشتراط التساوى و لا يكون مشمولاً لحديث

نفى الضرر، و العلم من حيث هو لا-دخل له فى ذلك، و اجراء اصالة عدم العلم لاثبات اثر عدم الاقدام من اوضح انحاء الأصل

المثبت.

فالحق ان يقال: ان المنكر هو الغابن لموافقة قوله للأصل و هو اصالة اللزوم، و عليه فان اقام المغبون البيئنة على جهله فهو و الا فيحلف

الغابن، و ان رد الحلف يحلف المغبون.

(٣) و قد ذكر صاحب المسالك و الجامع: انه إذا كان المغبون من اهل الخبرة لا يقبل قوله

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٢٠

و قد يشكل بأن هذا انما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الاصل، فغاية الامر ان يصير مدعيا من جهة مخالفة قوله

للظاهر لكن المدعى لما تعسر اقامة البيئنة عليه و لا يعرف الا من قبله يقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل. (١) الا ان يقال

ان مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه (٢) لا جعل مخالفه مدعيا يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى فى قبول

قوله إذا تعسر عليه اقامة البيئنة أ لا ترى انهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البيئنة على سبب الفساد، هذا

مع عموم تلك القاعدة، (٣) ثم اندراج المسألة فيها محل تأمل، (٤)

(١) و المصنف اورد عليهما: بان غاية ما هناك موافقة قول الغابن للظاهر،

فالمغبون يصير مدعيا، و المدعى إذا تعسر عليه اقامة البيئنة- لأن ما يدعيه لا يعرف الا من قبله- يقبل قوله مع اليمين، و المقام من هذا

القبيل.

و قد رد هو ذلك بوجوه:

(٢) الأول: ان مقتضى تقديم الظاهر قبول قول موافقة باليمين، فتكون القاعدة المشار إليها- اى سماع قول المدعى بيمينه مع تعسر

البيئنة عليه- مختصة بما إذا لم يكن قول المدعى مخالفا للظاهر.

(٣) الثانى: ان عموم تلك القاعدة محل تأمل، إذ لا وجه له سوى انه يلزم من عدم تقديمه ايقاف الدعوى و ضياع الحقوق، و هذا

اللازم مختص بما إذا لم يتمكن المدعى عليه من الحلف، و إلا لكان الفصل ممكنا، و في المقام يتمكن المنكر من ذلك.
(٤) الثالث: ان المقام غير داخل في تلك القاعدة، لأنه ليس اقامة البينة متعسرة عليه نوعا.
و في ما أفاده رحمه الله موقعان للنظر:

احدهما: ان العلمين انما حكما بعدم قبول قول المغبون لا من جهة كونه مدعيا، بل من جهة ان من شرط سماع الدعوى ان يكون ما يدعيه محتملا بالاحتمال العقلائي و العادى، و الا لا تسمع الدعوى،
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢١

و لو اختلفا في القيمة وقت العقد، أو في القيمة بعده، مع تعذر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن (١) لأصالة عدم التغير (٢) و أصالة اللزوم، و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير و اختلفا في تاريخ العقد، و لو علم تاريخ التغير فالأصل و ان اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة، إلا انه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

أ لا ترى انه إذا ادعى الفقير على غنى فصا بقيمة عشرة آلاف ليرة لا تسمع دعواه،
و المقام من هذا القبيل، فان الخبير إذا ادعى الجهل بالقيمة لغير عارض لا يحتمل عقلايا صدقه.
ثانيها: ان ما افاده في الجواب الأول يرد عليه: انه إذا ثبت كون من يكون قوله مخالفا للظاهر مدعيا كيف لا ترتب عليه جميع احكام المدعى و ما المخصص للقاعدة المشار إليها.
سادسها لو اختلفا في القيمة وقت العقد، أو في القيمة بعده مع تعذر الاستعلام،
(١) ففي المتن: القول قول منكر سبب الغبن،

و الظاهر ان مورد كلامه ما لو اتفقا على القيمة الفعلية، و مدعى الغبن يدعى تغير القيمة و انها كانت حين العقد ازيد مثلا.
(٢) و في هذا المورد ادعى المصنف رحمه الله ان اصالة عدم التغير تجرى و يثبت بها قول منكر الغبن،
و اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بان هذا الاستصحاب من قبيل الاستصحاب القهقري و لا نقول بحجيته، مع ان الأثر لم يترتب على هذا الأمر الانتزاعي، بل على منشأ انتزاعه و هو عدم التساوى.
و لكن الظاهر ان مراد المصنف رحمه الله من اصالة عدم التغير اصالة عدم وقوع العقد على الزائد، و عليه فليس هو من الاستصحاب القهقري و لا مثبتا، فان موضوع الخيار وقوع العقد على الزائد، و به ينتفى موضوع الخيار.
و لا تعارضها اصالة عدم وقوع العقد على المساوى لعدم ترتب الأثر عليه، إذ الأثر ترتب على العقد الواقع على الزائد أو الناقص، و قد اشبعنا الكلام في هذه المسألة في اواخر كتاب البيع في الجزء الرابع من هذا الشرح. فراجع.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٢

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشا، (١)

إشارة

فالواحد بل الاثنان في العشرين لا يوجب الغبن وحده عندنا، كما في التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله، (٢) و حكى فيها عن مالك ان التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، و ان كان بأكثر من الثلث اوجبه، و رده بأنه تخمين لم يشهد له اصل في الشرع، انتهى.
و الظاهر انه لا إشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشا، نعم الاشكال في الخمس و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه: كما سيجيء التصريح من المحقق القمي في تصويره لغبن كلا المتبايعين، ثم الظاهر ان المرجع عند الشك في ذلك هو اصالة ثبوت الخيار، لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه، و يحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، لأن الخارج هو الضرر الذي يناقش «يتفاحش» فيه لا

مطلق الضرر بقى هنا شيء

اشترط كون التفاوت فاحشا

(١) الأمر الثاني الذي يعتبر في ثبوت الخيار: كون التفاوت فاحشا، ذكره الاصحاب و تنقيح القول فيه بالبحث في موارد:

الأول: في اعتبار ذلك في الجملة.

الثاني: في ضابطه.

الثالث: في ما لو شك في انه مما يتسامح فيه او لا.

اما الأول: فلا ينبغي التوقف في اعتباره، لأن مدرك هذا الخيار ان كان هو الشرط الضمني فالشرط عدم التفاوت بمقدار لا يتسامح

فيه، و ان كان قاعدة لا ضرر يكون المتعاملان مقدمين على هذا المقدار من الضرر، و بنائهم على تحمله.

و أما الثاني: فاحسن ما قيل في المقام، ما ذكره العلامة رحمه الله بقوله.

(٢) ما لا يتغابن الناس بمثله اي لا يعدونه غبا و لا يردون المعاملة بمثل هذا التفاوت، من غير فرق بين كون التفاوت في مقام العقد

معتنى به ام لا، بل العبرة بعدم الاعتناء به في مقام فسخ العقد، و هذا يختلف بحسب اختلاف المقامات، مثلا في المعاملات الحقيرة مع

التفاوت بالنصف بل بالمساوي لا يقدمون على رد المعاملة، كما إذا اشترى شيئا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٣

و هو ان ظاهر الأصحاب و غيرهم ان المناط في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضررية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص

المتبايعين، (١) و لذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامة.

و ظاهر حديث نفى الضرر المستدل عليه في أبواب الفقه ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة، و لذا استدلوا به على عدم وجوب

شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا اضر بالمكلف، و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك،

مع ان أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضررية في حق الكل.

و الحاصل ان العبرة إذا كان بالضرر المالي لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و ان كانت بالضرر الحالى تعين التفصيل في

خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون و غيره، و الأظهر اعتبار الضرر المالي (٢) لأنه ضرر في نفسه من غير مدخلية، لحال الشخص، و

تحمله في بعض المقامات انما خرج بالنص،

بقرانين يسوى قرانا واحدا، و في المعاملات الخطيرة ربما يقدمون على الرد مع كون التفاوت بالعشر، كما إذا اشترى شيئا بعشرة

ملايين تومان و هو يسوى تسعة،

فما افاده المصنف رحمه الله في مقام الضابط كغيره لا يتم.

و أما الثالث: فان كان مدرك الخيار قاعدة نفى الضرر فلا يمكن التمسك بها، لأن مخصص القاعدة في موارد الاقدام و ان لم يكن

لفظيا، الا انه القرينة المقارنة، و في مثله لا يتمسك بالعموم، فيتعين الرجوع الى اصالة اللزوم، و ان كان هو الشرط الضمني فثبوته غير

محرز، فالمتعين الرجوع الى اصالة اللزوم ايضا.

(١) بقى في المقام اشكال، هلصحمو: ان المدار في الضرر في باب العبادات و المعاملات ان كان على الضرر المالي فلم يجب شراء

ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و ان كان على الضرر الحالى كما هو فتوى الأصحاب في باب الوضوء تعين التفصيل في خيار الغبن بين ما

يضر بحال المغبون و غيره.

و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك بجوابين:

(٢) الأول: ان المدار على الضرر المالى، و انما لا يلتزم به فى باب الوضوء للنص الخاص.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٢٤

ولذا اجاب فى المعبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور، بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص و يمكن ايضا ان يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص. بل لعدم كونه ضررا بملاحظة ما يزاؤه من الأجر (١) كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائه عليه السلام ماء وضوئه باضعاف قيمته ان ما يشتري به مال كثير. نعم لو كان الضرر مجحفا بالمكلف، انتفى بأدلة نفي الحرج (٢) لا دليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالى فى التكليف لا يكون الا إذا كان تحمله حرجا اشكال،

(١) الثانى: ان المدار على الضرر المالى، و عدم الالتزام به فى باب الوضوء من جهة انه لا يعد بذل المال فى مقابل ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما يزاؤه من الأجر.

ثم انه تنبه لاشكال و هو: انه على هذين الجوابين لا بد من البناء على وجوب الوضوء و ان كان مضرا بحاله، فأجاب عنه:

(٢) بانه انما يلتزم بعدم الوجوب لأدلة نفي الحرج.

و فى ما ذكره قدس سره موقعان للنظر:

الأول: تسليمه لكون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضررا،

فانه يرد عليه: ان قيمة الماء إذا كانت فى نفسها كثيرة و اكثر من ثمنه المعتاد- كما لو كان الماء فى محل يعتبرون العقلاء له هذا المقدار من المالىة لقلته و كثرة الحاجة إليه- لا يعد بذل الماء بازائه ضررا ماليا.

الثانى: ما افاده من عدم كون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما يزاؤه من الأجر،

فانه يرد عليه: ان الأجر متوقف على ثبوت الأمر، و هو على عدم الضرر،

مع ان الالتزام بذلك مستلزم لعدم جريان قاعدة الضرر فى باب العبادات فالمتحصل مما ذكرناه: انه فى باب الوضوء ايضا المدار على الضرر المالى لو لا النص «١» المخرج.

(١) الوسائل- باب ٢٦- من ابواب التيمم حديث ١ و ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٢٥

ذكر فى الروضة و المسالك تبعا لجامع المقاصد فى اقسام الغبن ان المغبون اما ان يكون هو البائع أو المشتري أو هما، انتهى.

فيقع الاشكال فى تصور غبن كل من المتبايعين معا، و المحكى عن بعض الفضلاء فى تعليقه على الروضة، ما حاصله استحالة ذلك حيث قال: قد عرفت ان الغبن فى طرف البائع انما هو إذا باع بأقل من القيمة السوقية. و فى طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها و لا يتفاوت الحال بكون الثمن و المثمن من الاثمان أو العروض أو مختلفين، و حينئذ فلا يعقل كونهما معا مغوبين، و إلا لزم كون الثمن اقل من القيمة السوقية و اكثر و هو محال، فتأمل، انتهى.

و قد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك فى بعض الفروض منها ما ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى جواب من سأل عن هذه العبارة من الروضة، قال: انها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توامين من الفلوس على ان يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقدا انها يسوى بأربعة توامين ثم تبين ان المتاع يسوى خمسة توامين و ان الدنانير تسوى خمسة توامين الا خمسا، فصار البائع مغبونا من كون الثمن اقل من القيمة السوقية بخمس تومان، و المشتري مغبونا من جهة زيادة الدنانير على أربعة توامين فالبائع مغبون فى اصل البيع و المشتري مغبون فيما التزمه من اعطاء الدنانير عن الثمن و ان لم يكن مغبونا فى أصل البيع، انتهى.

اقول الظاهر ان مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئاً يسوى خمسة دراهم بدرهمين، على ان يخيظ له ثوبا مع فرض كون اجرة الخياطة ثلاثة دراهم. و من هنا يقال ان للشروط قسماً من العوض و ان ابيت الا عن ان الشرط معاملة مستقلة و لا مدخل له في زيادة الثمن و خرج ذلك عن فرض غبن كلي من المتبايعين في معاملة واحدة لكن الحق ما ذكرنا من وحدة المعاملة، و كون الغبن من طرف واحد.

و منها ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة فيما إذا باع شيئاً في عقد واحد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٦

بشمنين، فغبن البائع في احدهما و المشتري في الآخر. و هذا الجواب قريب من سابقه في الضعف لأنه ان جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان الغبن في كل واحدة منهما لاحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسماً ثالثاً لقسمي غبن البائع خاصة و المشتري خاصة، و ان لم يجز التفكيك بينهما لم يكن غبن اصلاً مع تساوي الزيادة في احدهما للنقيصة في الآخر، و مع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

و منها ان يراد بالغبن في المقسم معناه الاعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقاً على خلاف ما شاهده أو خروج ما اخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد اطلق الغبن على هذا المعنى الاعم العلامة في القواعد و الشهيد في المعنى و على هذا المعنى الاعم تحقق الغبن في كل منهما و هذا حسن، لكن ظاهر عبارة الشهيد و المحقق الثانيين ارادة ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الاخص على ما فسروه به.

و منها ما ذكره بعض من انه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين،

كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد،

فاشترى بعض اهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه، و البائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه، و يمكن رده بأن المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد، و لا غبن فيه للمشتري ما دام في محل العقد، و إنما نزلت قيمته بقبض المشتري و نقله اياه الى مكان الرخص.

و بالجملة: الطعام عند العقد لا يكون الا في محل واحد له قيمة واحدة.

و منها ما ذكره في مفتاح الكرامة من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما إذا بيع ثوب بفرس بظن المساواة، ثم ادعى كل منهما نقص ما في يده عما في يد الآخر، و لم يوجد المقوم ليرجع إليه فتحالفاً، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل إليه و قال و يتصور غبنهما في احد العوضين، كما لو تبايعا شيئاً بمائة درهم، ثم ادعى البائع كونه يسوى بمائتين و المشتري كونه لا يسوى إلا بخمسين، و لا مقوم يرجع إليه فيتحالفاً و يثبت الفسخ لكل منهما، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٧

و فيه ان الظاهر ان لازم التحالف عدم الغبن في المعاملة اصلاً، مع ان الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري، و الاولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث، (١) و الله العالم.

و أما ما اورده المحقق الايرواني رحمه الله على تمسكه بقاعدة نفى الحرج (١) بانه يأتي في الحرج ما تقدم في الضرر من اعتبار الحرج النوعي أو الشخصي،

فمندفع بان الاشكال لم يكن مربوطاً بنوعيته و شخصيته. فراجع.

ذكر في الروضة- في اقسام الغبن-: ان المغبون اما ان يكون هو البائع أو المشتري أو هما. وقد اشكل في تصور غبن كل من المتبايعين بانه يلزم منه كون الثمن اقل من القيمة السوقية و اكثر، و هو محال، و قد ذكروا في تصويره وجوها، ذكر المصنف رحمه الله جملة منها مع ما يرد عليها، (١) و قد استحسّن هو قدس سره الوجه الثالث في كلامه، و يرد عليه ايضا ما افاده من ان عبارات الأعلام لا توافقه. و يمكن ان يتصور بوجهين آخرين:

احدهما: ما لو فرضنا قيمة الشيء منضما ازيد من قيمته منفردا، كمصراعى الباب بان تكون قيمة كل مصراع تومنين و قيمتهما معاً ستة تومنين، فباع من له مصراغان مصراعا واحدا بتخيل انه ليس له الا ذلك بثلاثة تومنين، فان المشتري حينئذ مغبون بتومان، و البائع ايضا كذلك من جهة زوال حيثية الانضمام الموجب لنقص ما عنده. ثانيهما: ان يكون شيء واحد مختلف القيمة بالاضافة الى شخصين، كما لو

(١) سورة المائدة آية ٧ سورة الحج آية ٧٧ سورة البقرة آية ١٨٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٨

مسألة: ظهور الغبن، شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد، (١)

وجهان، منشؤهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم و معاهد اجماعهم و استدلالاتهم. فظاهر عبارة المبسوط و الغنية و الشرائع و غيرها هو الأول، و في الغنية الاجماع على ان ظهور الغبن سبب للخيار و ظاهر كلمات آخرين الثاني و في التذكرة ان الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا و قولهم لا يسقط هذا الخيار بالتصرف، فان المراد التصرف قبل العلم بالغبن و عدم سقوطه ظاهر في ثبوته،

فرض ان للشخص امة تسوى مائة تومان، و لها ولد يسوى مائة ايضا، فباع الامة بمائة و خمسين و فرض ان الولد يموت بالتفريق بينه و بين امه، فالبائع مغبون من جهة ان الامة تسوى بالاضافة إليه باكثر من ما باعها به، و المشتري مغبون لفرض اكثرية ثمنها من قيمتها. ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار

(١) الثاني: ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد. وجهان،

و الكلام في هذه المسألة يقع في جهات:

الاولى: في ان مدرك هذا الخيار هل يقتضى ثبوته من حين العقد أو من حين ظهور الغبن.

الثانية: في ان الحق الخياري هل هو عين السلطنة الفعلية ام غيرها.

الثالثة: في انه هل تكون السلطنة الفعلية من حين العقد أو من حين ظهور الغبن الرابعة: في ان الآثار المجعولة للخيار هل هي باجمعها مترتبة على الحق أو على السلطنة ام هناك تفصيل.

اما الجهة الاولى: فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فهو يقتضى ثبوته من حين العقد، لأن لزوم العقد المشتمل على النقص المالي ضرر و ان لم يكن البائع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٩

و مما يؤيد الأول انهم اختلفوا في صحة التصرفات الناقلة في زمان الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل

المغبون، بل صرح بعضهم بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه الى البدل، و يؤيده ايضا الاستدلال فى التذكرة و الغنية على هذا الخيار بقوله صلى الله عليه و آله فى حديث تلقى الركبان انهم بالخيار إذا دخلوا السوق، فإن ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن، هذا و لكن لا يخفى امكان ارجاع الكلمات الى احد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهرا فى المعنى الآخر. و توضيح ذلك انه ان أريد بالخيار السلطنة الفعلية التى يقتدر بها على الفسخ و الامضاء قولاً أو فعلاً فلا يحدث الا بعد ظهور الغبن، و ان اريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم (١) و إنما يتوقف على العلم اعمال هذا الحق،

ملفتا إليه، و كذلك ان كان المدرك الشرط الضمنى، فان الشرط هو التساوى بين المالىين واقعا لا فى اعتقاد الشارط. و أما ان كان المدرك نصوص الغبن فيمكن ان يقال: انها تقتضى حدوث الخيار بعد ظهور الغبن، فانه علق الخيار فيها على دخول السوق الذى هو كناية عن ظهور الغبن، اللهم الا ان يقال انه يمكن ان يكون التعليق على دخول السوق لكونه طريق الضرر و أما الجهة الثانية: فالظاهر ان الحق الخيارى غير السلطنة من جهة ان الخيار حق و هو امر اعتبارى كالملكية و السلطنة التى هى عبارة عن جواز التصرفات، و نفوذها غير ذلك الأمر الاعتبارى، بل ربما تفارقه كما فى التصرف فى مال الصغير: فان الحق و الملك للصغير، و من له السلطنة هو الولي،

فما افاده المحقق الايروانى رحمه الله من انه لا معنى للخيار الا السلطنة غير تام.

و أما الجهة الثالثة: فالحق ان السلطنة الفعلية التى هى اثر الخيار ثابتة من حين حدوثه، فكما ان المغبون له الخيار من حين العقد و ان لم يعلم به، كذلك له السلطنة و ان لم يلتفت إليها. فما افاده المصنف رحمه الله فى مقام الجمع بين كلمات القوم من. (١) كون الحق ثابتا من حين العقد و السلطنة حادثه من حين ظهور الغبن، فى غير محله.

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٥، ص: ٤٣٠

فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرها، ثم ان الآثار المجعولة للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون الا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجىء و منه التلف. فإن الظاهر انه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعدة كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له، لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعض و تردد فيه آخر و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، (١) و بين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة، (٢) فإن تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذى الخيار من العين ظاهر فى ترتب المنع على وجود نفس الحق، و ان لم يعلم به، و حكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه ان المنع لأجل التسلط الفعلى، و المتبع دليل كل واحد من تلك الآثار فقد يظهر منه ترتب الأثر على نفس الحق الواقعى و لو كان مجهولا لصاحبه. و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية، و يظهر ثمرة الوجهين ايضا فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحا أو بظن وجود سبب معدوم فى الواقع

(١) و أما الجهة الرابعة: فعلى ما ذكرناه فى الجهة الثالثة لا فرق بين كون جميع الآثار آثار الحق أو السلطنة ام يكون هناك تفصيل، و أما بناء على المسلك الآخر فالظاهر انها باجمعها آثار الحق كما هو لسان الأدلة، نعم ان كان سقوط الخيار بالتصرف بمناط كاشفيتها عن الرضا و الالتزام بالعقد لا يكون التصرف قبل ظهور الغبن مسقطا، لأنه لا يكون كاشفا عن الرضا مع الجهل. و أما التلف فجماعة و هم الأكثرون انما افتوا بكونه من المغبون قبل ظهور الغبن من جهة انهم يرون قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له مختصة بغير هذا الخيار، و جماعة آخرون ممن يرى عدم الاختصاص لعلمهم حكموا بانه من المغبون من جهة انهم يرون ثبوت هذا الخيار من حين ظهور الغبن.

(٢) و أما التصرفات الناقلة التي تردد المصنف رحمه الله فيها بين الأمرين، فظاهر ما ذكر في وجه المنع من كونها تصرفا في متعلق حق الغير المنع عنها قبل ظهور الغبن، و حكم بعض منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣١

فصادف الغبن، ثم ان ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جار في العيب، و قد يستظهر من عبارة القواعد في باب التديليس، الوجه الأول قال: و كذا يعنى لارد لو تعيبت الأمة المدلسة عنده قبل علمه بالتديليس، انتهى.

فإنه ذكر في جامع المقاصد انه لا فرق بين تعييبها قبل العلم و بعده، لان العيب مضمون على المشتري، ثم قال: الا ان يقال ان العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري لثبوت الخيار و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب، لكون العيب في زمان الخيار مضمونا على من لا خيار له، لكن الاستظهار المذكور مبنى على شمول قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب و سيجيء عدم العموم ان شاء الله تعالى.

و أما خيار الرؤية فسيأتي ان ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز اسقاطه قبلها.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمور:

احدها: اسقاطه بعد العقد، (١)

إشارة

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا اشكال في صحة اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن و لامع الجهل بها إذا اسقط الغبن المسبب عن اي مرتبة كان فاحشا كان أو افحش

من منع من التصرف في زمان الخيار بمضى التصرف الناقل قبل ظهور الغبن، اما من جهة انه يرى حدوث الخيار من حين الظهور، أو يكون الاشكال واردا عليه.

اسقاط خيار الغبن بعد العقد

(١) الثالث: يسقط هذا الخيار بأمور احدها اسقاطه بعد العقد.

و قد جعل المصنف رحمه الله صحة الاسقاط مفروغا عنها، مع انها محل البحث، فانه إذا كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد مر أن مقتضاه نفي اللزوم خاصة لا- إثبات خيار حقي قابل للاسقاط و المصالحة، بل هو يلائم مع كونه جوازا حكيميا، و مقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشيء من المسقطات.

نعم إذا كان مدركه الشرط الضمني كان الثابت خيار كسائر الخيارات القابلة للاسقاط،

كما انه كذلك لو كان المدرك نصوص الغبن أو الاجماع،

و الظاهر ان الاسقاط متعلق بالحق و من الانشائيات و لا يكفي فيه الرضا النفساني

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٢

و لو اسقطه بزعم كون التفاوت عشرة، فظهر مائة. ففي السقوط وجهان (١) من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو اسقط حق عرض بزعم انه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفا، و من ان الخيار امر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط، (٢) و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان.

بل يحتاج الى الانشاء.

و بعد ذلك يقع الكلام فيما ذكره المصنف رحمه الله من انه.

(١) لو اسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة، ففي السقوط وجهان،

و الكلام فيه في موردين:

الأول: في الاسقاط بلا عوض.

الثاني: في الاسقاط مع العوض بمعنى المصالحة عنه به.

(٢) اما الأول: فقد بنى المصنف المقام على تعدد الحق و وحدته، و انه على الأول لا يسقط لو اسقطه بتخييل كون التفاوت عشرة فظهر

مائة، و على الثاني يسقط،

و لكن هذا المقدار لا يكفي، إذ يمكن ان يقال انه على الوحدة ايضا يمكن اسقاطه على تقدير دون آخر.

و في حاشية السيد الفقيه رحمه الله: ان مبنى الوجهين ان اعتقاد مرتبة من الغبن من قبيل الداعي أو التقييد، فعلى الأول يسقط دون

الثاني.

و يرد عليه: انه ليس من قبيل الداعي و لا من قبيل التقييد،

اما الأول: فلأن الداعي هو العلة الغائية المترتبة على الفعل، و من الواضح ان الاعتقاد المزبور ليس كذلك.

و أما الثاني: فلأن متعلق الاسقاط و هو الحق جزئي خارجي، و هو غير قابل للتقييد.

و قد يقال: ان مبنى الوجهين كون الاسقاط معلقا على كونه مسببا من مرتبة يعتقددها، أو انه متعلق به كائنا ما كان سببه، فعلى الأول لا

يسقط، و على الثاني يسقط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٣

و أما الاسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به فلا- اشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب، و لو اطلق و كان

للاطلاق منصرف، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم، فإن المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه

المعاملة هو كون التفاوت اربعة أو خمسة في العشرين، فيصلح عن هذا المحتمل بدرهم فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، و ان

المبيع يسوى درهمين. ففي بطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق الموجود، أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من ان الخيار حق واحد له

سبب واحد و هو التفاوت الذي له افراد متعددة، فإذا اسقطه سقط أو صحته مترلزلا، لأن الخيار الذي صالح عنه باعتقاد ان عوضه

المتعارف درهم تبيين كونه مما يبذل في مقابلة ازيد من الدرهم ضرورة انه كلما كان التفاوت المحتمل ازيد يبذل في مقابلة ازيد مما

يبذل في مقابلة لو كان اقل فيحصل الغبن في المصالحة (١) إذ لا- فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليتة مع العلم بعينه، و بين

كونه لأجل الجهل بعينه وجوه، و هذا هو الأقوى فتأمل

و فيه: انه لو كان معلقا بطل الاسقاط، و لو لم يكن الاعتقاد خطأ، لأنه من الانشائيات، مع ان الاسقاط بما انه من الانشائيات لا يكتفى

فيه و لا في قيده بالقصد المجرد،

بل يتوقف على الانشاء،

فإذا اسقط الخيار غير معلق كان منشأ سقوط الخيار كائنا ما كان سببه و اعتقاد كونه من سبب خاص من المقارنات، فالأظهر السقوط.

و أما الثاني: فالكلام فيه من حيث الصحة و البطلان ما تقدم،

و أما من حيث ثبوت الخيار، فقد افاد المصنف رحمه الله في وجهه:

(١) انه يحصل الغبن في المصالحة من جهة انه لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بغبنه، و بين كون للجهل بغبنه و اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله: بان بناء الصلح على المغابنة، فكيف يطرقه خيار الغبن. و فيه: ان الصلح المقصود به حقيقة المعاوضة، اما لعدم امكان البيع لعدم كون المعوض عينا، أو لعدم وجود شرائط البيع لا يكون مبنيًا على المغابنة، و المقام من هذا القبيل.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٤

و أما اسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن. (١)

فالظاهر ايضا جوازه، و لا يقدح عدم تحقق شرطه بناء على كون ظهور الغبن شرطا لحدوث الخيار

و ربما يورد عليه: بان حقيقة الصلح التسالم، و الغبن انما يدخل في المعاوضات.

و فيه: انه لا ينافي كونه عبارة عن التسالم، مع كونه تمليك شيء بعوض،

فالاولى ان يورد عليه: بان الغبن في المقام ايضا من جهة الجهل بمقدار المايئة لفرض ان التفاوت المحتمل كلما كان ازيد يبذل في

مقابله ازيد مما يبذل في مقابله لو كان اقل،

و لعله الى هذا اشار بقوله، فتأمل.

اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن

(١) هذا كله في اسقاط هذا الخيار بعد العلم بالغبن، و أما اسقاطه قبل ظهور الغبن،

فالكلام فيه يقع اولا: في الاسقاط،

ثم في الصلح عليه.

اما الأول: فقد اشكل على جوازه بوجوه اربعة، اثنان منها متوجهان كان الغبن شرطا شرعيا ام كان كاشفا عقليا، و اثنان منها مختصان

بما إذا كان الغبن شرطا شرعيا.

اما المحذوران المشتركان:

فاحدهما: انه لا جزم بالاسقاط، فلا يكون الاسقاط جديا لعدم تعقل الجدل الى الشيء مع عدم الجزم به.

و ثانيهما: التعليق.

اما الأول: فيمكن دفعه: بان الانشاء بقصد حصول المنشأ على تقدير حصول قيده امر ممكن لا استحالة فيه.

و أما الثاني: فيندفع: بان التعليق لا دليل على مبطلته سوى الاجماع، و هو على فرض شموله لجميع العقود و الايقاعات المتيقن منه

التعليق على ما لا يتوقف عليه الشيء،

و الا كما في تعليق البيع على الملكية و الطلاق على الزوجية، فلا محذور فيه، و المقام من هذا القبيل.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٥

إذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار، و هو الغبن الواقعي (١) و ان لم يعلم به،

و هذا كاف في جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، (٢) و كبراءة البائع من العيوب

الراجعة الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها، و لا يقدح في المقام ايضا كونه اسقاطا لما لم يتحقق، إذ لا مانع منه إلا

التعليق و عدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلا عن الايقاعات، و هو غير قاذح هنا، فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف

تحقق مفهوم الإنشاء عليه.

اما المحذوران المختصان:

فاحدهما: ما اشار إليه المصنف و هو ان اسقاط ما لم يجب كضمان ما لم يجب باطل و ثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهاني رحمه الله، و هو: ان اسقاط الخيار لا دليل على نفوذه شرعا سوى قاعدة ان لكل ذى حق اسقاط حقه، و الظاهر منها ان من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلا، و لا تشمل المقام.

اما المحذور الأول: فقد اجاب المصنف رحمه الله عنه: بانه.

(١) يكفى في ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار و هو الغبن الواقعي،

ثم نظر المقام ببراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، مع ان اشتغال ذمته بالبدل انما يكون بعد التلف، و بالتبري من العيوب الموجب لسقوط خيار العيب، مع ان ظهور العيب شرط.

و يرد على جوابه ما تقدم في خيار المجلس من انه لا ثبوت للشيء مع عدم تحقق اجزاء علته و ان تحقق مقتضيه، و لا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع ان تمييز المقتضى عن الشرط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات و الأسباب و الشرائط مقتضيات قطعاً. و تمام الكلام في محله.

(٢) و أما مسألة الودعي فهي غير ثابتة: و على فرض الثبوت الودعي بمجرد التفريط تنتقل العين الى عهده، و من آثار العهدة رد بدلها مع التلف، و هي امر ثابت لا مانع من اسقاطه.

و أما التبري من العيوب فالكلام فيه هو الكلام في المقام.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٦

و أما ما نحن فيه و شبهه (١) مثل طلاق مشكوك الزوجية، و اعتاق مشكوك الرقية منجزاً أو البراء عما احتمل الاشتغال به، فقد تقدم في شرائط الصيغة انه لا مانع منه، لأن مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلم، و منه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير. (٢)

نعم قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنه لا بد من وقوع شيء يازائه (٣) و هو غير معلوم

اما ما افاده المحقق النائيني رحمه الله في مقام الجواب من انه ليس اسقاطا لما لم يجب بل هو اسقاط لحق الشرط، بناء على كون مدرك هذا الخيار الشرط الضمني، فقد تقدم في اسقاط الخيار المشروط برد الثمن قبل الرد اندفاعه. فراجع.

فالحق في الجواب ان يقال: ان اسقاط ما لم يجب معلقاً على ثبوته، اي اسقاطه في زمان وجوده لا دليل على المنع عنه، و لو سلم الاجماع عليه فهو يختص بصورة عدم تحقق السبب، فلا يشمل المقام.

و أما المحذور الثاني فيمكن دفعه: بان القاعدة التي اشار إليها ليست مضمون رواية خاصة كي يستدل بظاهر تلك الجملة، بل هي مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم في خيار المجلس، و هو غير مختص بالصورة المفروضة،

مع انه قد تقدم في ذلك المبحث ان مدرك مشروعيته فحوى ما دل «١» على ان التصرف انما يكون مسقطاً لكونه التزاماً بالعقد و اسقاطاً للخيار. فراجع.

(١) قوله و أما ما نحن فيه و شبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية هذه الامثلة انما ذكرت نظيراً للمقام من حيث التعليق و عدم الجزم- لا من حيث كفاية وجود السبب في اسقاط المسبب كما توهم.

(٢) قوله و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير الظاهر ان مراده ضمانه مع كون الثمن تالفاً و الا وجب دفع الثمن الى مالكة.

(٣) و أما الصلح عن الحق، فقد اشكل عليه بانه مع عدم الحق المعروض عنه كيف

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٧

فالاولى ضم شيء الى المصالح عنه المجهول التحقق (١) أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول صالحتك عن كل خيار لي بكذا و لو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه (٢) لأن المعدوم انما دخل على تقدير وجوده لا منجزا باعتقاد الوجود.

يمكن المعاوضة الصلحية، و لذا قال المصنف رحمه الله.

(١) فالاولى ضم شيء الى المصالح عنه المجهول التحقق و قد افيد في وجه صحته، و الجواب عن هذا الاشكال امور: الأول: ما افاده السيد الفقيه قدس سره، و هو: ان المعوض هو المحتمل بما هو محتمل لا الحق الواقعي. و بعبارة اخرى انه احتمال الحق و هو ثابت محقق.

و فيه: ان الاحتمال و المحتمل غير قابلين للنقل و الاسقاط.

الثاني: ما افاده المحقق الخراساني رحمه الله، و هو: ان المعوض نفس الصلح، فيأخذ العوض بازائه لا الحق المجهول.

و فيه: انه حينئذ لا مصالح عنه، و لا يمكن تحقق الصلح بدونه.

الثالث: ما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، من ان المعوض الرضا بالعقد و لزومه، و هو فعلي.

و فيه: ان الرضا بلزوم العقد انما يكون موجبا للزوم من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار كما تقدم في خيار المجلس فالأظهر تمامية هذا الايراد، فلا يصح الصلح عنه مع الالتزام بكون ظهور الغبن شرطا شرعيا لحدوث الخيار، و أما بناء على ما اخترناه من كونه كاشفا عقليا فالاشكال مندفع من اصله.

(٢) قوله و لو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه و الوجه فيه ان الصلح انما وقع بنحو يكون الحق المجهول جزء المعوض على تقدير وجود و الا فالضميمة مستقلة في العوضيه فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني رحمه الله من انه لو صح الاشكال لم يجد في دفعه ضم شيء الى المصالح عنه المجهول فان الخيار المجهول ان لم يقابل بالمال على انفراده لم يقابل بالمال مع الضميمة لوقوع جزء من العوض بازائه فيعود المحذور.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٨

الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد (١)

و الاشكال فيه من الجهات المذكورة هنا أو المتقدمة في اسقاط الخيارات المتقدمة قد علم التفصي عنها، نعم هنا وجه آخر للمنع يختص بهذا الخيار و خيار الرؤية و هو لزوم الغرر من اشتراط اسقاطه قال في الدروس في هذا المقام ما لفظه: و لو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤية. فالظاهر بطلان العقد للغرر، انتهى.

ثم احتمل الفرق بين الخيارين بأن الغرر في الغبن سهل الازالة و جزم الصيمري في غاية المرام ببطلان العقد و الشرط، و تردد فيه المحقق الثاني الا انه استظهر الصحة و لعل توجيه كلام الشهيد هو ان الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالىة المبيع كالجهل بصفاته لأن وجه كون الجهل بالصفات غررا هو رجوعه الى الجهل بمقدار مالىته، (٢) و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في القيمة لكن الاقوى الصحة، لأن مجرد الجهل بمقدار المالىة لو كان غررا لم يصح البيع مع الشك في القيمة، (٣) و ايضا فإن ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتى يكون اسقاطه موجبا لثبوته، و إلا لم يصح البيع إذ لا يجدى في الاخراج عن الغرر ثبوت الخيار

اشترط سقوط الخيار في متن العقد

(١) الثاني من المسقطات: اشترط سقوط الخيار في متن العقد و استدلل الشهيد رحمه الله على بطلان العقد الذي اشترط فيه سقوط خيار الغبن بلزوم الغرر. و وجهه: المصنف رحمه الله.

(٢) بان الجهل بصفات المبيع أو الثمن انما يوجب الغرر لا- لأجل الجهل بالصفات من حيث هي، و الا لزم بطلان البيع مع الجهل بالصفات غير الدخيلة في التمول، بل انما هو لأجل ادائه الى الجهل بالمالية، و لازمه بطلان البيع في المقام.

و اجاب المصنف رحمه الله عنه بجوابين نقيضين:

(٣) احدهما: انه لو كان الجهل بالقيمة موجبا للغرر لزم بطلان البيع مع الشك فيها.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٩

لأنه حكم شرعى لا يرتفع به موضوع الغرر، و إلا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل و ثبوت الخيار (١) كبيع المجهول وجوده و المتعذر تسليمه.

و أما خيار الرؤية (٢) فاشترط سقوطه راجع الى اسقاط اعتبار ما اشترطه

(١) ثانيهما: ان الخيار لا يرفع الغرر و الا لزم صحة كل بيع غررى بشرط الخيار.

و الحق في الجواب عنه ان يقال: ان هذا الوجه اساسه امران.

الأول: كون الجهل بالقيمة موجبا للغرر.

الثاني: ارتفاع الغرر بالخيار.

و يندفع الأول: بان الموجب للغرر الذي نهى عنه هو الجهل بذات المبيع أو صفاته الدخيلة في المالية، و ذلك لأن غررية البيع انما هي من ناحية متعلقه، و جهالة المبيع أو الثمن انما هي من ناحية ذاته أو صفاته، اما جهالة قيمته السوقية غير المربوطة به فهي اجنبية عن البيع و لا توجب الغرر.

و بالجملة: الموجب للغرر هو الجهل بذات المبيع أو الصفات الدخيلة في المالية لا الصفات من حيث هي و لا المالية المجردة، فالجهل بالقيمة لا يوجب الغرر.

و يندفع الثاني: بان الخيار متوقف على صحة العقد، فإذا كانت صحته متوقفة على الخيار لزم الدور.

و يمكن ان يوجه كلام الشهيد رحمه الله: بان شرط سقوط الخيار- مع كون ثبوته غير معلوم- غررى للجهل بالمشروط، و هو يوجب بطلان العقد لأن الشرط الفاسد مفسد.

و الظاهر انه الى هذا نظر الصيمرى فى غاية المرام الملتزم بفساد العقد و الشرط.

و لكن يرد عليه: ان الشرط الفاسد غير مفسد، مع ان شرط سقوط الخيار بما انه يؤول الى شرط لزوم العقد الثابت المحقق لا يكون غرريا، فالحق صحة الشرط و العقد.

(٢) قوله و أما خيار الرؤية،

الاولى ايكال البحث عن ذلك الى محله

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٠

من الاوصاف فى العين الغير المرئية، فكأنهما تابعا، سواء وجد فيها تلك الاوصاف ام لا فصحة البيع موقوفة على اشترط تلك الاوصاف و اسقاط الخيار فى معنى الغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصحة هناك ايضا، لأن مرجع اسقاط خيار الرؤية الى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط لا إلى عدم التزام ما اشترطه من الاوصاف، و لا تنافى بين ان يقدم على اشتراء العين بانها على وجود

تلك الأوصاف،

و بين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل و سيجيء تمام الكلام فى خيار الرؤية، و كيف كان فلا ارى اشكالا فى اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر، إذ لو لم يشرع الخيار فى الغبن اصلا لم يلزم منه غرر

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن، (١)

و يدل عليه ما دل على سقوط خيارى المجلس و الشرط به، مع عدم ورود نص فيهما و اختصاص النص بخيار الحيوان، و هو اطلاق بعض معاهد الاجماع،

بأن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه اجازة و فيما انتقل عنه فسخ،

تصرف المغبون بعد العلم بالغبن

(١) الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن ذكره بعضهم، و المشهور بين الأصحاب عدم سقوط الخيار به، و فى الحدائق:

و ظاهرهم انه سواء كان المتصرف الغابن فى مال المغبون أو بالعكس خرج به عن الملك كالباع ام منع من الرد كالاستيلاد ام لا، و لهم فى هذه المسألة تفاصيل و شقوق انهاها شيخنا فى الروضة و المسالك الى ما يزيد على مائتى مسألة. انتهى.

فالكلام فى موردين:

الأول: فى التصرف غير المخرج عن الملك.

لا اشكال فى مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا بلزوم العقد مع قصده ذلك،

فانه حينئذ اسقاط فعلى، كما لا إشكال فى عدم مسقطية التصرف لا بعنوان الالتزام بالبيع إذا كان قبل الاطلاع، بل الظاهر اجماعهم عليه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٤١

و عموم العلة المستفاد من النص فى خيار الحيوان المستدل بها فى كلمات العلماء على السقوط و هى الرضا بلزوم العقد مع ان الدليل هنا اما نفى الضرر و أما الاجماع. (١)

و الاول منتف، فإنه كما لا يجرى مع الاقدام عليه فكذلك لا يجرى مع الرضا به بعده و أما الاجماع فهو غير ثابت مع الرضا الا ان يقال ان الشك فى الرفع لا الدفع فستصحب، (٢) فتأمل.

أو ندعى ان ظاهر قولهم فيما نحن فيه ان هذا الخيار لا يسقط بالتصرف شموله للتصرف بعد العلم بالغبن و اختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك، لكن الإنصاف عدم شمول التصرف فى كلماتهم لما بعد العلم بالغبن و غرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار ان التصرف مسقط لكل خيار و لو وقع قبل العلم بالخيار، كما فى العيب و التدليس سوى هذا الخيار، و يؤيد ذلك ما اشتهر بينهم من ان التصرف قبل العلم بالعيب و التدليس ملزم لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الرد، و إنما يثبت الأرش فى خصوص العيب عدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب، و كيف كان،

فاختصاص التصرف الغير المسقط فى كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع فى كلماتهم.

اما التصرف بعد العلم بالغبن مع عدم كونه اجازة فعليه: فقد استدل على مسقطيته بطريقتين: احدهما: من ناحية المانع ثانيهما: من ناحية عدم المقتضى.

اما الأول: فهو اطلاق بعض معاهد الاجماع، و عموم العلة في خبر الحيوان، و قد تقدم الكلام عليهما في خيار المجلس و عرفت عدم تماميتهما.

(١) و أما الثاني: فتقريبه: ان مدرك خيار الغبن اما حديث نفى الضرر، و أما الاجماع، و الأول لا يشمل المقام، لأنه كما لا يشمل المعاملة الغبنية التي اقدم عليها،

كذلك لا يشمل المعاملة الضررية التي رضى المغبون بها بقاء: فانه لا يكون للزوم بقاء ضرريا، بل الضرر ناش من اختيار المغبون حقيقة.

(٢) و اورد المصنف رحمه الله عليه: بان الشك في الرفع لا الدفع، فيستصحب الخيار، ثم امر بالتأمل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٢

نعم لم اجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك و تبعه جماعة لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل، مما لا- ينبغي، بل ربما يستشكل في حكمهم بعد السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التديليس و العيب بالتصرف قبل العلم و الاعتذار بالنص انما يتم في العيب دون التديليس، فإنه مشترك مع خيار الغبن في عدم النص و مقتضى القاعدة في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحد و التحقيق ان يقال: ان مقتضى القاعدة عدم السقوط لبقاء الضرر و عدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد و تحمل الضرر.

نعم قد ورد النص في العيب على السقوط و ادعى عليه الاجماع مع ان ضرر السقوط فيه متدارك بالارش، و ان كان نفس امسك العين قد تكون ضررا، فإن تم دليل في التديليس ايضا، قلنا به، و الا- وجب الرجوع الى دليل خياره، ثم ان الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن مبنى على ما تقدم في الخيارات السابقة من تسليم كون التصرف دليلا على الرضا بلزوم العقد، و الا كان اللازم في غير ما دل فعلا على الالتزام بالعقد من افراد التصرف الرجوع الى اصالة بقاء الخيار.

و قد قيل في وجه التأمل امور:

منها: ما افاده السيد الفقيه رحمه الله، و هو: ان الشك في بقاء الخيار من قبيل الشك في المقتضى لعدم احراز مقدار استعداد المستصحب مع التصرف، فلا يجرى فيه الاستصحاب.

و منها: ان المورد مما يجب فيه الاستدلال بعموم العام لا استصحاب حكم المخصص.

و منها: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، و هو: ان الشك شك في الموضوع، لأن موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون و لا العقد الغبني، بل يحتمل ان يكون لوصف عدم الرضا و لو نوعا دخل في الموضوع، فلا يجرى الاستصحاب.

و بعض هذه الوجوه لا يخلو عن النظر، و لكن في بعضها الآخر- بضميمة ان المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام- كفاية، و لكن مع ذلك كله يرد على اصل الاستدلال: ان مفروض البحث هو التصرف غير الكاشف عن الالتزام بالعقد، و عليه فلا مانع من اجراء قاعدة لا ضرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٣

الرابع: من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم

إشارة

كالبيع و العتق، (١) فإن المصرح به في كلام المحقق و من تأخر عنه هو سقوط خياره حينئذ. و قيل: انه المشهور و هو كذلك بين المتأخرين.

نعم ذكر الشيخ في خيار المشتري مباحة عند كذب البائع انه لو هلك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد، و الظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن، و لا يبطل الخيار بتلف العين فراجع، و استدل على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك، و هو بظاهرة مشكل، لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين و يمكن ان يوجه بأن حديث نفى الضرر لم يدل على الخيار

التصرف المخرج عن الملك.

(١) الثاني: في التصرف المخرج عن الملك، و قد ذكره المصنف رابع المسقطات، و في بعض الكلمات بعد تسليم مسقطيته: ان الاولى تبديل عنوان التصرف بالتلف، لأن عنوان هذا المسقط ليس هو التصرف بما هو تصرف، فانه هو المسقط السابق بل بما هو اتلاف.

و كيف كان: فالتلف قد يكون حقيقيا و قد يكون حكيميا، و مجموع ما ذكر في وجه المسقطية و جوه اربعة ثلاثة منها جارية في كلا التلفين و واحد منها مختص بالتلف الحكمي،

و لا يجرى في التلف الحقيقي،

و هي على قسمين:

الأول: من طريق عدم المقتضى للخيار بعد التلف.

الثاني: من طريق المانع.

اما القسم الأول فهو اثنان:

احدهما: ان دليل هذا الخيار اما الاجماع أو قاعدة نفى الضرر، و المتيقن من الاجماع صورة بقاء العين، و قد افتى المشهور بسقوط الخيار في صورة تلفها- يعني تلف ما في يد المغبون منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٤

بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، (١) و تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فإن دفع الضرر من الطرفين انما يكون بتسلط المغبون على رد العين فيكون حاله من حيث ان له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة في ان له ان يشتري و ان يترك و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه، مع ان اخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر، و لو جهلا- منه به (٢) هذا، و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيد في اللعة بما توضيحه: ان الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، و التصرف مع الجهل بالضرر ليس اقدا ما عليه، لما عرفت من ان الخارج عن عموم نفى الضرر ليس الا صورة الاقدام عليه عالما به،

فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه، و فوات خصوصية العين على الغابن ليس ضررا

(١) و قاعدة نفى الضرر انما تنفي اللزوم و تثبت الجواز، و المتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فإذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد.

وفيه: اولاً: ان حديث نفى الضرر ينفي اللزوم فيثبت بديله، و بديل لزوم العقد جوازه، و تراد العوضين غير مربوط بحديث نفى الضرر. و ثانياً: انه لو تم لا يختص بتلف العين الحقيقي، و لا- يجرى في التلف الحكمي- اي الانتقال بالعقد اللازم- فان حديث نفى الضرر لحكومته على جميع الأدلة يصلح لرفع لزومه، و جواز حل المغبون ذلك العقد ايضا.

و ثالثا: ان مدرک هذا الخيار كما عرفت هو الشرط الضمنى دون حديث نفى الضرر.

(٢) ثانيهما: ان اتلاف المغبون العين و اخراجها عن ملكه التزام بالضرر و لو جهلا منه به، و توطین للنفس على الالتزام بالبيع و لو كان مغبونا فيه واقعا، و الاقدام بحسب الدوام كالاقدام ابتداء فى اسقاط الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٤٥

لأن العين المبيعة ان كانت مثلية فلا ضرر بتبدلها بمثلها، و ان كانت قيمية،

فتعريضها للبيع يدل على ارادة قيمتها، فلا- ضرر اصلا فضلا عن ان يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصا مع الافراط فى الزيادة و الانصاف ان هذا حسن جدا، لكن قال فى الروضة: ان لم يكن الحكم اجماعا (١)

اقول: و الظاهر عدمه (٢) لأنك عرفت عدم عنوان المسألة فى كلام من تقدم على المحقق فيما تتبعت، ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف بين البائع و المشتري، قال فى التحرير بعد ان صرح بثبوت الخيار للمغبون بائعا كان أو مشتريا. و لا يسقط الخيار بالتصرف مع امكان الرد، و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فك الملك كالتق و الوقف، و بين المانع عن الرد مع البقاء على الملك كالاتيلا. بل و يعم التلف

و فيه: ان التصرف قبل العلم بالغبن ليس التزاما بالعقد و رضا ببقائه، و الا كان الاقدام على المعاملة مع الجهل اقداما على الضرر موجبا لعدم ثبوت الخيار رأسا،

مع ان الرضا بالعقد ما لم يرجع الى اسقاط الخيار لا يوجب سقوطه.

و أما القسم الثانى فهو ايضا اثنان: احدهما: ظهور الاجماع،

(١) قال الشهيد فى محكى الروضة: ان الحكم بعدم السقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعا.

(٢) و فيه: اولاً: ما افاده المصنف رحمه الله من ان الظاهر عدمه.

و ثانيا: انه ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

ثانيهما: ان دليل نفى الضرر فى جانب المغبون مزاحم به فى جانب الغابن، لأن قبول البدل ضرر على الغابن، كما ان الالتزام بالبيع ضرر على المغبون، و بعد التساقت يرجع الى اصالة اللزوم.

و فيه: ان ضرر الغابن ان كان بلحاظ فوات خصوصية العين فهو ضرر اقدم عليه بالبيع، و ان كان بلحاظ النقص فى المالىة، و المفروض انه يأخذ مالىة ماله باخذه القيمة.

فتحصل: ان الأظهر عدم كونه مسقطا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٤٦

و عن جماعة تخصيص العبارة بالمشتري، فإن ارادوا قصر الحكم عليه فلا يعرف له وجه، الا ان يبني على مخالفته لعموم دليل الخيار، اعنى نفى الضرر فيقتصر على مورد الاجماع ثم ان ظاهر التقييد بصورة امتناع الرد، و ظاهر التعليل بعدم امكان الاستدراك ما صرح به جماعة من ان الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار (١) إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلا و هو حسن، لعموم نفى الضرر (٢) و مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن،

فروع

و ذكر المصنف رحمه الله فى المقام فروعاً: و لكن بناء على ما اخترناه من عدم مسقطيته للتلف لهذا الخيار لا محل للكلام فى هذه

الفروع،

و أما بناء على ما هو المشهور من المسقطية فيقع الكلام فيها، و هي فروع:

(١) الأول: ان الناقل الجائز هل يمنع الرد ام لا؟

(٢) و قد استدل المصنف رحمه الله للثاني بعموم نفي الضرر، و ان مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن.

و فيه: انه ان كان مدرك مسقطية التلف الاجماع صح ما ذكر من عدم مسقطية الناقل الجائز، و ان كان غيره فحكمه حكم اللازم: فانه

إذا لم يفسخ العقد الجائز، كما هو مفروض البحث، الرد غير ممكن.

و لو قيل: ان دليل الخيار يقتضى فسخ العقد الجائز توطئة لفسخ العقد الغبني،

اجبنا عنه انه يقتضى اعادة العين الى ملكه و لو بالشراء أو الاقالة.

و ان قيل: انه يقتضى انفساخ العقد الجائز،

قلنا: انه يقتضى انفساخ اللازم ايضا.

و بالجملة: لا فرق بين اللازم و الجائز اصلا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٧

و لو اتفق زوال المانع كموت ولد ام الولد و فسخ العقد اللازم لغيب أو غبن. (١)

ففي جواز الرد وجهان من انه متمكن حينئذ، و من استقرار البيع (٢) و ربما يبينان على ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم

يعد، (٣) و كذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد و عدم الخيار هنا اولى لأن العود هنا بسبب جديد، و في الفسخ برفع السبب

السابق و في لحوق الإجارة بالبيع، قولان (٤) من امتناع الرد و هو مختار الصيمري و ابى العباس، و من ان مورد الاستثناء هو التصرف

المخرج عن الملك (٥)

و هو المحكى عن ظاهر الأكثر، و لو لم يعلم بالغبن الا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد،

و كذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع

(١) الثاني: لو اتفق زوال المانع، كموت ام الولد، و فسخ العقد اللازم لغيب أو غبن،

ففي المتن ففي جواز الرد وجهان، و قد ذكر في مبنى الوجهين امرين:

(٢) احدهما: انه يتمكن من الرد فله ذلك، و ان البيع استقر و صار لازما فلا يعود حق الخيار.

الظاهر ان مدرك مسقطية التلف، ان كان تراحم فردين من الضرر، أو أن لا ضرر انما يثبت حق رد العين لا حل العقد، كان الاوجه

هو الأول: لأن سقوط الخيار و لزوم العقد انما هو لمانع عن شمول لا ضرر، فمع ارتفاعه لا مانع من شموله،

و ان كان هو كون الناقل اللازم التزاما بالعقد الأوجه هو الثاني كما لا يخفى.

(٣) ثانيهما: الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد.

الظاهر ان الزائل في المقام بما انه امر اعتباري و هي الملكية، فهي ان عادت بفسخ السبب كالتى لم تزل، لأن العائد و ان كان غير

الزائل بالدقة العقلية الا انه عينه اعتبارا و عرفا، و ان عادت بسبب آخر فالظاهر انه غيره، و لو اعتبارا، لكن شيئا من المبنيين ليس وجهها

لثبوت الخيار، و عود ذاك الحق و عدمه، فانه و ان كان العائد كالذي لم يزل يمكن ان يقال بعد سقوط هذا الحق ما السبب لرجوعه.

(٤) الثالث: و هل يلحق الاجارة بالبيع كما عن الصيمري، ام لا كما عن ظاهر الأكثر؟ قولان،

(٥) و قد استدل لعدم اللحق: بان مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٨

و في لحوق الامتزاز مطلقا أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوه أقواها اللقوق (١) لحصول الشركة، فيمتنع رد العين الذي هو مورد الاستثناء.

و يرد عليه: ان مدرك سقوط الخيار في هذه المسألة لم يكن خصوص الاجماع، و لا رواية خاصة متضمنة لمسقطية التصرف المخرج عن الملك كي يستدل بظاهره. فلا بد من ملاحظة سائر الأدلة.

و الحق هو اللقوق، فان العين لا يمكن ردها خارجا و لا ملكا على ما هي عليه من المنفعة، فان كان هذا الخيار هو جواز رد العين لا محالة يسقط في الفرض.

(١) الرابع: ما ذكره بقوله: و في لحوق الامتزاز مطلقا أو في الجملة بالخروج عن الملك، وجوه اقواها اللقوق.

الامتزاز تارة يوجب تلف المال من جهة الاستهلاك كما لو امتزج ماء الورد بماء مطلق كثير موجب لاستهلاكه فيه، و اخرى يوجب الشركة على القول بذلك كامتزاز دهن بدهن آخر، و ثالثه لا يوجب شيئا منهما.

مورد الكلام هو الوسط، اما الأول فهو ملحق بالتلف قطعاً، و أما الأخير فهو لا يمنع من الرد كذلك، و انما الكلام في الموجب للشركة،

ثم ان الامتزاز، قد يكون بملك الغابن، و قد يكون بملك المغبون و قد يكون بملك شخص ثالث، فان كان الامتزاز بملك الغابن بما هو من جنس المبيع لا أرى مانعا من الرد، و احتمال اعتبار رد العين متميزة لا يعتنى به،

و أما في سائر صور الامتزاز فالحق هو اللقوق، فان الملكية المشاعة غير الملكية غير المشاعة، و هي اما عبارة عن الملكية الناقصة كما هو المختار و يناه في الجزء الثالث من هذا الشرح، أو عبارة عن كون كل جزء نصفه له و نصفه لشريكه. و على التقدير الأول تتبدل الملكية التامة المتعلقة بالنصف مثلا بالملكية الناقصة المتعلقة بالمجموع، و على التقدير الثاني يوجب انتقال نصف ماله الى شريكه بازاء نصف مال شريكه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٩

و كذا و لو تغيرت العين بالنقيصة، (١) و لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكيمة أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطى (٢) بناء على حصول الشركة في غيرها المانعة عن رد العين، فتأمل. هذا كله في تصرف المغبون. و أما تصرف الغابن فالظاهر انه لا وجه لسقوط خيار المغبون به، (٣)

(١) الخامس: ما ذكره بقوله: و كذا لو تغيرت العين بالنقيصة.

الأظهر فيه ايضا اللقوق، فانه مع التغير بالنقيصة لا يمكن رد العين بعينها و بحددها، و هو موجب لسقوط الخيار كما تقدم.

(٢) السادس: ما ذكره بقوله: و لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكيمة أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطى.

الظاهر: ان المراد، من الحكيمة ترقى القيمة السوقية، و من العينية الزيادة غير المنفصلة، و عليه فالزيادة الحكيمة لا تمنع من الرد، ان لم تكن بمقدار الغبن، و الا فتمنع كما تقدم عند بيان إن العبرة بالقيمة حال العقد أو بها بعده ايضا و أما الزيادة العينية فعلى القول بان الشركة مانعة عن الرد كما تقدم فهي تمنع من الرد لاستلزامه الشركة كما لا يخفى.

تصرف الغابن المخرج عن الملك

الموضع الرابع: فى تصرف الغابن.

و تمام الكلام فيه فى طى فروع:

(٣) الأول: اختار المصنف رحمه الله كغيره، و تبعه غير واحد من عدم سقوط الخيار بتصرف الغابن المخرج عن الملك: و انه لا وجه لسقوطه،

و هو يتم لو كان مدرك سقوط الخيار باتلاف المغبون هو كونه التزاما بالعقد و توطينا للنفس على تحمل الضرر، و أما لو كان مدركه تعلق حق الخيار بالرد لا العقد و هو لا يمكن بعد خروجه عن ملكه، فلا فرق بين التصرفين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٠

و حينئذ فان فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالعقد أو الوقف أو البيع اللازم، ففي تسلطه على ابطال ذلك من حينه (١) أو من اصلها كالمرتهن و الشفيع، (٢) أو رجوعه الى البدل، (٣) و جوه من وقوع العقد فى متعلق حق الغير فإن حق المغبون ثابت بأصل المعاملة الغبية. و انما يظهر له بظهور السبب فله الخيار فى استرداد العين إذا ظهر السبب و حيث وقع العقد فى ملك الغابن فلا وجه لبطالانه من رأس

إذ الخيار لو كان هو السلطنة على الرد ليس المراد بها السلطنة عليه خاصة، بل عليه و على الاسترداد، بل قيل انه السلطنة على الاسترداد خاصة و مع عدم التمكن من الاسترداد لا معنى للخيار حينئذ،

و لكن قد عرفت ان الخيار لا يسقط بتصرف المغبون فضلا عن تصرف الغابن.

(١) الثانى: مع بقاء خيار المغبون ان فسخ العقد و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالبيع أو الوقف أو ما شاكل ففي تسلطه على ابطال ذلك من حينه، أو من اصله أو رجوعه الى البدل، أو بطلان تصرف الغابن و جوه،

محل البحث فى الوجه الأخير انما هو مبحث احكام الخيار،

فالكلام فى المقام فى الوجوه الثلاثة الاولى التى ذكرها المصنف رحمه الله:

(١) الأول: تسلطه على حل العقد الثانى الذى اوقعه الغابن من حين الفسخ.

(٢) الثانى: تسلطه على حل ابطاله من اصله.

(٣) الثالث: رجوعه الى البدل.

و الظاهر ان مراده من التسلط على حل العقد من حينه و ابطاله من اصله، كون الفسخ موجبا لبطالانه من حينه أو من اصله،

فلا يرد عليه ما اورده المحقق الايروانى رحمه الله من انه لا وجه لابطاله، بل هى اما ان تنفسخ أو تبقى نافذة لا تنفسخ بنفسه.

و قد استدلل للأول: بانه مقتضى الجمع بين تسلط الناس على اموالهم «١» المقتضى لنفوذ تصرف الغابن لوقوعه فى ملكه، و بين دليل الخيار المقتضى لاستحقاق العين بالفسخ.

و فيه: ان الخيار ان كان متعلقا بالعقد لما اقتضى رجوع العين بعد خروجها عن

(١) البحار ج ٢ ص ٣٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥١

و من ان وقوع العقد فى متعلق حق الغير يوجب تنزيله من رأس، (١) كما فى بيع الرهن و مقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه، لا- من المشتري الثانى، و من انه لا وجه للترزل، اما لأن التصرف فى زمان خيار الغير المتصرف صحيح لازم، كما سيحىء فى احكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل.

و أما لعدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فعلا على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعة هنا و في خيار العيب قبل ظهوره، فإن غير واحد ممن منع من تصرف غير ذى الخيار بدون اذنه أو استشكل فيه حكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العيب، و هذا هو الأقوى، و سيأتى تتمه لذلك فى أحكام الخيار.

ملكه، و ان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف نفوذ تصرف الغابن على اذن المغبون و اجازته.

و المحقق الاصفهاني رحمه الله استدل له بوجه آخر، و هو: ان تصرف الغابن بدليله صحيح، و فسخ المغبون يوجب حل العقد من حينه، و حيث ان مقتضى الفسخ عود العين الى ملك الفاسخ فلا محالة يؤثر فى انحلال التصرف المترتب على المعاملة الغبية. و يرد ما ذكره رحمه الله من ان مقتضى الفسخ ان كان عود العين فعدم امكانه يوجب امتناع الفسخ و سقوط الحق، و ليس مقتضاه ولاية ذى الخيار على حل التصرف المترتب عليها، و ان لم يكن مقتضيا لعودها حقيقة فلا موجب لانحلال التصرف.

(١) و قد استدل للثاني: بان دليل الخيار يقتضى استحقاق العين. بالفسخ و تلقيها من الغابن، و حيث ان العقد الثانى الواقع بين الغابن و المشتري متزلزل من رأسه لكون المبيع حق المغبون، فالفسخ يوجب حله من رأس.

و فيه: ما تقدم من ان حق الخيار ان كان متعلقا بالعقد اقتضى رجوع العين مع الامكان، و بدلها مع التلف و لو تعبدا، و ان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف تصرف الغابن على اذن المغبون أو اجازته،

مع انه لو تمت المقدمات اقتضى انفساخ المعاملة الثانية أنا ما قبل فسخ الاولى.

فتحصل: ان المتعين هو الوجه الثالث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٢

و كذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاتيلاذ (١) و يحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاذ، ثم ان مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر، (٢) لأن معنى جوازه تسلط احد المتعاقدين على فسخته، اما تسلط الاجنبى و هو المغبون فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحا.

و فى المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار، ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسخته الحاكم، و إن تعذر فسخته المغبون، (٣) و يمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إما بدخول العين فى ملكه و إما بدخول بدلها. (٤)

(١) قال المصنف: و كذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاتيلاذ يعنى: ان الوجوه الثلاثة المتقدمة فى بيع الغابن جارية فى الاستيلاذ بناء على تأثيره مطلقا، و يحتمل فيه زائدا على تلك بطلان الاستيلاذ و عدم تأثيره فى المنع عن الاسترداد من جهة ان الاستيلاذ يوجب حدوث حق لام الولد مانع عن انتقالها، فتقع المزاخمة بين الحقيين: حق الاستيلاذ و حق خيار المغبون الموجب لجواز الاسترداد، و حيث ان سبب الخيار مقدم على سبب حق الاستيلاذ لأنه العقد و هذا الاستيلاذ، فيقدم حق الخيار لسبق سببه، فلا يؤثر الاستيلاذ شيئا، و لو فسخ المغبون يستردها،

و يرد هذا الاحتمال ان سبق السبب زمانا لا يوجب تقديم دليل السابق، مع انه لا تراحم بينهما، فان حق الخيار متعلق بالعقد، و حق الاستيلاذ متعلق بالعين، فلا منافاة بينهما و لا تراحم.

(٢) الثالث: لو فسخ العقد و قد خرج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر فقد يقال كما عن المصنف: ان الوجوه الثلاثة الجارية فى العقد اللازم جارية فى العقد الجائر، لأنه بالنسبة الى المغبون لازم، و جوازه بالاضافة الى الغابن لا ربط له بفسخ المغبون. و ان تعذر فسخته المغبون.

(٤) و اورد عليه المصنف رحمه الله: بانه لا وجه لإلزام الغابن بالفسخ، إذ مقتضى الوجهين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٣

فعلى الأول لا حاجة الى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ. و على الثانى فلا وجه للعدول عما استحقه بالفسخ الى غيره اللهم الا ان يقال انه لا منافاة لأن البدل المستحق بالفسخ انما هو للحيلولة، فإذا امكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها، (١) لكن ذلك انما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون، (٢) و أما مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين، ثم على القول بعدم وجوب الفسخ فى الجائر، لو اتفق عود الملك إليه لفسخ، فان كان ذلك قبل فسخ المغبون.

فالظاهر وجوب رد العين، و ان كان بعده، فالظاهر عدم وجوب رده (٣)

لعدم الدليل بعد تملك البدل و لو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الرد مطلقا، لأنه ملك جديد تلقاه من مالكة، و الفاسخ انما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل

الاولين انفساخ معاملته الغابن و دخول العين فى ملك المغبون، فلا مورد لفسخه، و مقتضى الوجه الثالث دخول بدلها فى ملكه، و معه لا يستحق شيئا على الغابن كى يوجب الزامه بالفسخ.

(١) ثم اورد على نفسه: بانه يمكن ان يقال ان البدل انما هو للحيلولة: فإذا امكن رد العين على الغابن وجب تحصيلها.

(٢) و اجاب عنه: بان مورد بدل الحيلولة ما إذا كانت العين باقية فى ملكه، و فى المقام تكون هى لمن انتقلت إليه من الغابن، و للمغبون البدل.

و لكن هذا الايراد على الشهيد يتم إذا كان مراده الزام الغابن بالفسخ بعد فسخ المغبون المعاملة، و أما ان كان مراده الزامه بالفسخ قبله توطئة لفسخ المغبون فلا يرد عليه هذا الايراد، و عليه فالصحيح ان يورد عليه بان الزام الغابن بالفسخ مما لا وجه له.

(٣) الرابع: و لو اتفق عود الملك إليه لفسخ فقد افاد المصنف رحمه الله: انه إذا فسخ الغابن معاملته ثم فسخ المغبون المعاملة الغبنيه فالظاهر وجوب رد العين، و أما ان تملكها الغابن بعقد جديد ثم فسخ المغبون فالظاهر عدم وجوب ردها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٤

و لو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين، (١) فإذا ان يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج فإن كان بالنقيصة، فإذا ان يكون نقصا يوجب الأرش، و أما ان يكون مما لا يوجهه (٢) فإن اوجب الأرش اخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأن الفئات مضمون بجزء من العوض

و محصل ما ذكره رحمه الله فى مقام الفرق: ان الفسخ انما يرفع السبب الناقل و يوجب صيرورته كالعدم، فتعود الملكية السابقة، و هذا بخلاف التملك بسبب آخر، فانها غير الملكية السابقة، فإذا كان الغابن مالكا بالملكية السابقة، و المفروض فسخ المغبون، و الفسخ يعدم السبب و يوجب تملك الفاسخ بالملكية السابقة، فلا محالة تعود هى إليه، و ان كان الغابن مالكا بملكية جديدة، فالفسخ لا يوجب انتقالها إليه.

و فيه: ان المغبون له ان يرجع العين الى ملكه بمقتضى حديث لا ضرر أو غيره،

و بحسب الدليل لا فرق بين كونها ملكا للغابن بالملكية الجديدة أو السابقة، مع ان الملكية جديدة على اى تقدير، إذ المعدوم لا يعود. فتأمل.

تصرف الغابن الموجب للنقيصة

(١) الخامس: فيما لو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين.

و الكلام فيه فى مقامات:

الأول: فى التصرف الموجب للنقيصة.

الثانى: فى التصرف الموجب للزيادة.

الثالث: فى الامتراج.

(٢) اما الأول: فقد قسمه المصنف رحمه الله الى قسمين:

احدهما: ما يوجب النقيصة بالنقص الموجب للارش.

ثانيهما: ما يوجب النقيصة بما لا يوجبه.

و مراده من الأول: نقص وصف الصحة المساوق للعيب، و بالثانى: نقص وصف الكمال لا النقص المالى و غير المالى، لجعله العين

المستأجرة من القسم الثانى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٥٥

فإذا رد تمام العوض و جب رد مجموع المعوض فيتدارك الفأئ منه ببدله (١) و مثل ذلك ما لو تلف بعض العين، و ان كان مما لا

يوجب شيئاً رده بلا شىء،

و كيف كان: فالكلام يقع فى موردين:

الأول: فى النقصان الموجب للارش.

و قد استدلل لضمان الغابن للنقص بوجوه: الأول: ما فى المتن.

(١) و حاصله: ان وصف الصحة الفأئ مضمون بجزء من العوض، فإذا رد تمام العوض و جب رد مجموع المعوض فيتدارك الفأئ

منه ببدله.

وفيه: ان الوصف سواء كان من قبيل وصف الصحة أو كان من قبيل وصف الكمال- كان مقوما للمال و موجبا لازدياد المالىة ام لم

يكن- لا يقابل بجزء من العوض،

و الشيخ رحمه الله ايضا ملتزم بذلك، فلا وجه لعود ببدله ان كان تالفا.

الثانى: ان مقتضى قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له «١» بناء على شمولها لخيار الغبن و لتلف وصف الصحة ضمان الغابن

لنقص.

وفيه: ان تلك القاعدة لا تشمل خيار الغبن، و لا الأوصاف.

الثالث: ان الفسخ يوجب رجوع العين على ما هى عليه حين البيع ليكون العائد ما وقع عليه العقد، و لازم ذلك ضمان كل وصف

فأئ، سيما إذا كان الفوت بفعل الغابن كما هو المفروض.

الظاهر انه وجه متين و سيأتى تمام الكلام فيه فى مسألة تلف احد العوضين أو كليهما فانتظر.

المورد الثانى: فى النقصان غير الموجب للارش.

فان كان وصفا لا مالىة له و لا يوجب ازدياد المالىة لا إشكال فى عدم ضمان شىء،

و الا- فان كان مدرك الضمان فى المورد الأول الوجه الأول أو الثانى لم يكن عليه شىء فى المقام، فان وصف الكمال غير مقابل

بجزء من الثمن قطعا، كما انه غير مشمول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٦

و منه ما لو وجد العين مستأجرة، (١) فإن على الفاسخ الصبر إلى ان ينقضى مدة الإجارة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ، لأن المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخللة بين العقد و الفسخ، فهي ملك للمفسوخ عليه، فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق، فإذا تحقق في زمان ملك منفعة العين بأسرها و يحتمل انفساخ الإجارة في بقية المدة، لأن ملك منفعة الملك المتزلزل متزلزل (٢) و هو الذي جزم به المحقق القمي فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع، وفيه نظر، لمنع تزلزل ملك المنفعة.

نعم ذكر العلامة في القواعد فيما إذا وقع التفسخ لأجل اختلاف المتبايعين انه إذا وجد البائع العين مستأجرة، كانت الأجرة للمشتري المؤجر و وجب عليه للبائع اجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ، و قرره على ذلك شراح الكتاب و سيجيء ما يمكن ان يكون فارقا بين المقامين

لقاعدة التلف في زمان الخيار. و ان كان هو الوجه الأخير كان الأوجه الضمان في المقام، إذ لا فرق في اقتضاء الفسخ الذي حقيقته ما عرفت بين فوات وصف الصحة أو الكمال،

فتفصيل الشيخ رحمه الله بينهما في غير محله.

(١) و في المتن: و منه ما لو وجد العين مستأجرة.

و الكلام فيه تارة: في حكم الاجارة،

و اخرى: في تدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة.

اما الكلام من الجهة الاولى: فقد استدل لانفساخ الاجارة:

(٢) بان ملكية العين بما انها متزلزلة فملكية المنافع ايضا كذلك، لأنها تابعة لها.

و فيه: ان ملكية العين في زمان تتبعها ملكية المنفعة الى الأبد، فيصح لمالك العين استيفائها بالاجارة، فإذا صحت الاجارة شملتها ادلة لزومها، فلا وجه للانفساخ.

و أما الكلام من الجهة الثانية:

فالحق ان الفسخ يوجب تدارك النقص المالي الوارد على العين بسبب استيفاء منافعها بالاجارة، فان المنافع شئون و حيثيات قائمة بالعين موجبة للمالية، فحيث ان المفسوخ عليه ا تلفها باستيفائها بالاجارة فيكون ضامنا لها، و لا يهمننا النزاع في انه هل يضمن اجرة المثل للمنافع، أو النقص المالي الوارد على العين إذ هما متطابقان دائما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٧

و ان كان التغيير بالزيادة فإن كانت حكيمية محضه كقصاره الثوب و تعليم الصنعة، فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن يقوم العين معها و لا معها و يؤخذ النسبة، (١) و لو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة.

فالظاهر عدم شيء لمحدثها لأنه انما عمل فيما له و عمله لنفسه غير مضمون على غيره و لو لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال، و لو في ضمن العين

تصرف الغابن الموجب للزيادة

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الزيادة الحكيمية، وهي ما ليس لها ما بحذاء في الخارج كقصاره الثوب، و ملخص القول فيه: ان الزيادة ان لم تكن موجبة لزيادة القيمة لا إشكال في عدم الشركة، و لا في عدم استحقاق اجرة العمل.

اما الأول فواضح،

و أما الثاني فلأنه عمل عملا في ملكه.

و ان كان لها دخل في زيادة القيمة ففي المتن.

(١) فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بان يقوم العين معها و لا معها و يؤخذ النسبة.

و اورد عليه المحقق الايرواني: بانه لا وجه للشركة بعد عدم حصول امتزاج مالين من شخصين، فان المال جميعا لواحد، و أما الوصف فذلك لا يقابل بالمال بل يوجب زيادة قيمة الموصوف.

و فيه: ان منشأ الشركة ان الوصف الحادث الموجب لزياد القيمة الباقي لا يدخل هو و لاما هو معلوله و اثره، و هو زيادة القيمة في ملك الفاسخ،

بل يكون باقيا في ملك المفسوخ عليه، و حيث ان ذلك المقدار من المالية غير متميزة واقعا فلا محالة تحصل الشركة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٨

و لو كانت الزيادة عينا محضا كالغرس. (١) ففي تسلط المغبون على القلع بلا ارش، (٢) كما اختاره في المختلف في الشفعة أو عدم تسلطه عليه مطلقا، كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره في المسالك هنا و قيل به في الشفعة و العارية و جوه

(١) المورد الثاني: في الزيادة العينية المحضه كالغرس.

و الكلام فيها في جهات:

(٢) الاولى: في انه هل للغابن سلطنته على الابقاء فلا يجوز للمغبون قلعه و لا إجبار المالك بالقلع، ام لا؟ نسب الى المشهور الأول، و قد استدلل له بوجوه:

الأول: ان الغرس وقع من اهله في محله، فالغارس مالك الغرس بوصف الشجرية.

و بعبارة اخرى: الغارس بغرسه الشجر قد استوفى منفعة الأرض ما دام غرسه باقيا، فيكون الغرس كاستيفاء الاعتباري بالاجارة، فبالفسخ تنتقل العين بدون هذه المنفعة المستوفاه بالغرس الى المغبون، فلا منفعة له حتى تكون له السلطنة على المنع من استيفاء الغابن.

و فيه: ان استيفاء المنفعة اما ان يكون حقيقيا أو اعتباريا، و شيء منهما لا يكون في هذه المنفعة بعد الفسخ،

اما الأول: فلأن استيفاء هذه المنفعة انما يكون تدريجيا بانتفاع الشجرة بتشربها من اعماق الأرض، و من الضروري ان ما كان منه بعد الفسخ لا يكون حاصلًا بمجرد الغرس.

و أما الثاني: فهو مفروض العدم، فمنفعة الأرض تعود الى المغبون.

الثاني: ما في حاشية السيد رحمه الله، و حاصله: ان مقتضى الجمع بين تسلط مالك الأرض على ماله، و تسلط مالك الشجر على غرسه بما هو غرس الذي يكون عرقه حقا هو سلطنة مالك الغرس على الابقاء، غاية الأمر مع الاجرة.

و فيه: ان مالك الشجر مسلط على ماله و هو الشجر لا على انتفاع الشجرة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٩

...

بتشربها من اعماق الأرض، و الابقاء مستلزم لذلك ايضا.

الثالث: ان سلطنة المغبون على القلع و لو بمعنى المنع عن ابقاء الشجر تستلزم تضرر الغابن بصيرورته حطبا، و قاعدة نفى الضرر حاكمه على دليل السلطنة كسائر ادلة الأحكام.

و فيه: اولاً: انه يعارض ذلك بتضرر المغبون ببقاء الغرس في ملكه، و بعد التسايط يرجع الى القواعد الأولية.

و ثانياً: انه مع العلم بالغبن قد اقدم على ذلك فلا تشمله قاعدة نفى الضرر فالأظهر ان له السلطنة على المنع من البقاء.

الجهة الثانية: في انه على فرض السلطنة على عدم البقاء هل يجوز للمغبون مباشرة القلع، ام له مطالبة المالك بالقلع، فان امتنع يجبره الحاكم، أو يقلعه هو؟ وجوه:

و الأظهر هو الأخير، فانه و ان لم يكن له من ابتداء الأمر القلع لأنه تصرف في مال الغير و هو غير جائز، الا انه بعد امتناعه يجوز له قلعه، اما لأنه اسقط حرمة ماله بالامتناع،

أو لأن توقف جواز القلع على الاذن ضررى مرفوع بالحديث.

و على اى حال لا دليل على لزوم الرجوع الى الحاكم، فانه انما يرجع إليه في موردين:

الأول: فيما إذا كان لشخص حق على الآخر و امتنع من عليه الحق منه، فانه يرجع إليه لكونه ولي الممتنع.

الثاني: فيما إذا كان لشخص ولاية على تصرف لازم عليه، و المقام ليس داخلاً في شيء من الموردين،

اما الأول: فلأنه لا حق للمغبون على الغابن،

و أما الثاني: فلأن الغابن لا ولاية له على التصرف بل انما يجب عليه القلع فقط.

فالأظهر هو الرجوع إليه، فان امتنع قلعه بنفسه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٠

من ان صفة كونه منصوباً المستلزماً لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس كما إذا باع ارضاً مشغولة بماله و كان ماله في تلك الأرض ازيد قيمة، (١) مضافاً الى ما في المختلف في مسألة الشفعة، من ان الفاتئ لما حدث في محل معرض للزوال لم يجب تداركه و من ان الغرس المنصوب الذي هو مال للمشتري مال مغاير للمقلوع عرفاً و ليس كالمستاع

الموضوع في بيت بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان مضافاً الى مفهوم قوله صلى الله عليه و آله: ليس لعرق ظالم حق (٢)

فيكون كما لو باع الأرض المغروسة، و من ان الغرس إنما وقع في ملك مترنزل، و لا دليل على استحقاق الغرس (٣) على الأرض البقاء، و قياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا يفسخ اجارتها و لا تغرم لها اجرة المثل فاسد للفرق بتملك المنفعة في تمام المدّة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه

الجهة الثالثة: في انه لو قلعه هل يستحق الغابن ارش الغرس ام لا؟ وجهان:

(١) قد استدلل للأول: بما في المكاسب، و حاصله: ان الغابن مستحق لصفه منصوبية الغرس، فإذا زال هذا الوصف بقلع المغبون غرم له تفاوت ما بين كون الغرس منصوباً و غير منصوب.

و فيه: ان الغابن في ابتداء الأمر غرس بحق، و لكن بعد ما فسخ المغبون المعاملة و انتقلت العين بما لها من المنافع الى المغبون يكون بقاء الغرس و منصوبيته في هذا المكان بقاء بغير حق، فلا موجب للأرش، كيف و ليس لعرق ظالم حق، فالحق انه لا يستحق الارش.

(٢) قوله مضافا الى مفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق «١»

قد مر ان المقام داخل فى منطوق قوله عليه السلام.

(٣) قوله و من ان الغرس انما وقع فى ملك متزلزل و لا دليل على استحقاق الغرس محصل هذا الوجه، ان الغابن يستحق الغرس مع وصف منصوبيته، نعم لا يستحق المنصوبية فى المكان الخاص و عليه فلمالك الارض قلعه مع الارش، اما القلع فلعدم استحقاق الغابن النصب فى هذا المكان و أما الارش فلفوات وصف المنصوبية

(١) الوسائل - باب ٣ - من كتاب الغصب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦١

فإن المستحق هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان فى الأرض. فالتحقيق ان كلا من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر و لا- عليه له (١) فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه، فإن اراد مالك الغرس قلعه فعليه ارش طم الحفر، و ان اراد مالك الأرض تخليصها فعليه ارش الغرس، اعنى تفاوت ما بين كونه منصوبا دائما، و كونه مقلوعا، و كونه مالا للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه، (٢) لأن المال هو الغرس المنصوب و مرجع دوامه الى دوام ثبوت هذا المال الخاص له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

و يبقى الفرق بين ما نحن فيه و بين مسألة التفليس حيث ذهب الأكثر الى ان ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش، و يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحق المغبون انما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبهه بيع الأرض المغروسة (٣).

و فيه: ان المتحقق وصف خاص و هو النصب فى مكان خاص لا وصفين النصب و النصب فى مكان خاص ليستحق الغابن احدهما دون الآخر، فمع عدم استحقاقه ذلك الوصف لا حق له على صاحب الارض لو قلعه، (١) و بذلك يظهر ما فى تحقيق المصنف رحمه الله.

(٢) قوله و كونه مالا- للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه حاصل الاشكال انه إذا استحق الغابن خصوصية النصب و لذا تكون ملحوظة فى مقام التدارك يستحق الابقاء و هو مضاد لاستحقاق المغبون القلع و محصل الجواب ان هناك امرين - النصب، و النصب فى مكان خاص، و الذى يضاد حق المغبون الثانى، و الذى يكون منشأ الغرامة هو الاول و قد عرفت ما فيه فلا نعيد.

(٣) قوله فيشبهه بيع الارض المغروسة ما ذكرناه فى المقام يجرى بعينه فى تلك المسألة فان البائع إذا باع العين من غير استثناء شىء من المنافع و انتقلت المنافع الى المشتري، يكون بقاء الغرس بغير حق فلا يستحق شيئا نعم فى تلك المسألة يمكن ان يقال

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٢

و ليس للمشتري قلعه، و لو مع الارش بلا خلاف. بل عرفت ان العلامة فى المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق ارش الغرس، ثم إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع ام له مطالبه المالك بالقلع و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوه ذكروها فيما لو دخلت اغصان شجر الجار الى داره، و يحتمل الفرق بين المقامين (١) من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك. و لذا قيل فيه بعدم وجوب اجابة المالك الجار الى القلع و ان جاز للجار قلعه بعد الامتناع أو قبله. هذا

كله حكم التخليص و أما لو اختار المغبون الابقاء فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجرة على البقاء لأن انتقال الأرض الى المغبون (٢) بحق سابق على الغرس، لا- بسبب لاحق له، هذا كله حكم الشجر. و أما الزرع ففى

المسالك انه يتعين ابقائه بالأجرة لأن له أمدا ينتظر، (٣) و لعله لا مكان الجمع بين الحقين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين بخلاف مسألة الشجر، فإن في تعيين ابقائه بالأجرة ضررا على مالك الأرض لطول مدة البقاء، فتأمل.

بظهور البيع مع استثناء الشجر في استثناء هذه المنفعة و استحقاق البقاء، بخلاف المقام فانه بالفسخ يعود العين مع جميع منافعها و صفاتها بلا استثناء شيء منها.

(١) قوله و يحتمل الفرق بين المقامين و فيه: ان الدخول في ملك الغير هناك و ان كان حدوثة بغير فعل المالك الا انه بقاء يكون بفعله فان ابقاء الاغصان في دار الغير اشغال للفضاء.

(٢) قوله و أما لو اختار المغبون ابقاء... لان انتقال الارض الى المغبون بحق سابق كون الانتقال بحق سابق اولا حق لا دخل له في استحقاق الاجرة بل المدار فيه انتقال هذه المنفعة من الارض الى المغبون و عدمه، إذ على الاول يستحق الاجرة، و لا يستحقها على الثاني:

(٣) قوله و أما الزرع - لان له امدا ينتظر و لعله لا مكان الجمع بين الحقين و اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله بان دفع الاجرة لو كان سادا للضرر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٣

و لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه (١) لاستنزام نقص ارضه، فإن كلا منهما مسلط على ماله و لا يجوز تصرفه في مال غيره الا باذنه ام لا؟

لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله، وجهان أقواهما الثاني.
و لو كان التغير بالامتزاج (٢) فيما ان يكون بغير جنسه، و أما ان يكون بجنسه.

في الزمان القصير لكان سادا له في الزمان الطويل و فيه: ان دفع الاجرة ساد من حيث المالية في الموردين، و الفرق بينهما انما هو من ناحية نقص الارض من حيث القيمة - فان اشتغال الارض بالغرس في المدة الطويلة، يوجب نقص قيمتها بخلاف اشتغالها بالزرع فانه لا يوجب نقص قيمتها لقصر المدة، نعم يرد عليه قدس سره ما اورده اولا و هو ان مناط استحقاق القلع لم يكن هو الضرر بل مناطه عدم استحقاق صاحب الغرس للمكان و هذا مشترك بين الموردين.

(١) قوله و لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الارض منعه قد مر انه لا حق لمالك الغرس في الارض، و لا لمالك الارض في الغرس فله ان ينقله الى مكان آخر و لا أرى وجهها لجواز منعه الا من جهة استنزامه التصرف في ارض الغير و علاجه مراجعته في ذلك فان امتنع قلعه بنفسه أو تصداه الحاكم، و عليه اجرة طم الارض - بل اجرة المثل من يوم الغرس الى يوم القلع، و بما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

التغير بالامتزاج

(٢) و أما المقام الثالث: - و هو التغير بالامتزاج - فقبل الدخول في البحث لا بد من تقديم امرين:

الأول: ان خلط مال بمال يتصور على وجوه:

الأول: ان يكون بنحو لا يتميز احدهما من الآخر حسا كما متزاج الخل بالعسل الموجب لحصول حقيقة ثالثة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٤

فان كان بغير جنسه، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفا بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت، فهو في حكم التالف يرجع الى قيمته (١) و ان كان لا على وجه يعد تالفا كالخل مع الانجيين.

الثاني: ان يكون بنحو يتميز حسا و يكون كل من المالين باقيا على ما هو عليه من الصورة.

الثالث: ان يكون بنحو لا يتميز حسا و لا تحصل صورة ثالثة، و يعد احد الخليطين مستهلكا في الآخر و تالفا كخلط ماء الورد بالبنفط. و مورد الشركة هو الوجه الأول، و دليله مضافا الى الاجماع: ان الخصوصية الشخصية لكل من المالين زالت و تلفت و التالف لا يتعلق به تكليف أو وضع، فمالك المال قبل الامتزاج لا يمكن ان يكون مالكا لشخص ماله بعد الامتزاج، فلا محالة يوجب التلف الاشاعة قهرا، و لا فرق في ذلك بين المتحدين وصفا و المختلفين.

فما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، بان دليل الشركة هو الاجماع المختص بالمتماثلين ذاتا و وصفا، غير تام. الثاني أنه للشركة مراتب:

الاولى: الشركة في العين بنسبة المالين في المقدار كما في مزج الجنس بالجنس مع تساويهما في الصفات، و الوجه فيها ان التالف خصوص الخصوصية الشخصية لا أصل المال و وصفه و ماليته.

الثانية: الشركة في العين بمقدار المالية لا-الوزن كما في المزج بغير الجنس كمزج الخل بالعسل، إذ الفاتت حينئذ غير الخصوصية الشخصية الصورة النوعية، فلا محالة يشتركان في قيمة الممزوج، و لكن من نفس الممتزج.

الثالثة: الشركة في الثمن كما في قسارة الثوب.

إذا عرفت هذين الأمرين،

فاعلم: ان الامتزاج تارة يكون بغير جنسه، و اخرى يكون بجنسه.

(١) اما المورد الأول: فان كان على وجه الاستهلاك عرفا فهو في حكم التالف و يرجع الى قيمته كما في المكاسب، و ان كان لا على وجه يعد تالفا كالخل الممتزج مع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٥

ففي كونه شريكا (١) أو كونه كالمعدوم وجهان، من حصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين و من تغير حقيقته، (٢) فيكون كالتلف الراجع للخيار (٣)

الانجيين فقد ذكر المصنف رحمه الله فيه وجهين:

(١) احدهما: الشركة لحصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين.

(٢) ثانيهما: كونه كالمعدوم لتغير حقيقته.

و اورد المحقق الايرواني رحمه الله على الوجه الثاني: بانه لو كان هذا كالتالف كان الممتزج الآخر ايضا كالتالف، لأن نسبة الصورة الحادثة بالامتزاج الى كل من الممتزجين نسبة واحدة، و لا يزم ذلك ان لا-يكون الممتزج مالا- لواحد منهما، مع ان ذلك باطل بالضرورة.

و: تنقيح القول في المقام بنحو يظهر ما هو الحق و يجاب عن ايراد المحقق الايرواني رحمه الله: ان الشركة انما تكون في مالين لشخصين، و أما إذا حدثت الصورة الثالثة في حال يكون المالين لمالك واحد فلا معنى لحصول الشركة، و عليه فلو مزج الغابن الخل الذي اشتراه بالانجيين ثم فسخ المغبون المعاملة لا معنى لرجوع الخل بالفسخ، الى صاحبه لعدم بقائه، و الصورة الثالثة لم تملك بالبيع

كى تعود بالفسخ، فلا بد من اجراء حكم التلف عليه و هو رجوعه بماليته الى الفاسخ.
(٣) و أما ما فى المتن من ان حكمه ارتفاع الخيار، فالظاهر ان مراده ارتفاعه على وجه يوجب رجوع العين.

حكم الامتزاج بالجنس

و أما المورد الثانى: فالكلام فيه فى مواضع:

الأول: فى الامتزاج بالمساوى.

الثانى: فى الامتزاج بالاردا.

الثالث: فى الامتزاج بالاجود.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٦٦

و ان كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوى يثبت الشركة، (١) و ان كان بالأردا فكذلك و فى استحقاقه لارش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه، (٢)

(١) اما فى الموضوع الأول: فقد حكم المصنف رحمه الله بالشركة.

و اورد عليه المحقق الاصفهانى رحمه الله بما حاصله: ان المزج ان كان بمال الأجنبى و حصلت الشركة بين الغابن و الأجنبى لا يبقى مجال لعود العين، إذ يستحيل عود الملك الاستقلالى بعد زواله، و الملك الاشاعى لم يكن بسبب البيع حتى يوجب فسخه عوده الى المغبون ليكون شريكا للمغبون،

و ان كان الامتزاج بمال الغابن فلا شركة قبل الفسخ، إذ الانسان لا يكون شريكا لنفسه، و فسخ العقد ان اوجب رجوع العين الى المغبون حقيقة فلا شركة و ان لم يوجب رجوع العين نظرا الى ان الامتزاج يمنع عن اعتبار الملك الاستقلالى شرعا فلا عود للعين. و لكنه يمكن ان يكون نظر المصنف رحمه الله الى انه و ان لم يمكن عود العين بالفسخ فيعد بحكم التالف، الا- انه حيث يمكن ان يرجع بعض العين ممتزجا بما هو مثله كان ذلك متعينا فى مقام اداء التالف، فيتعين ارجاع ذلك، و لهذا يحكم بالشركة.

(٢) و أما الموضوع الثانى: فقد احتمل المصنف رحمه الله فيه وجوها:

احدها: الشركة بنسبة المالىن، و يكون الغابن ضامنا لارش النقص.

ثانيها: الشركة فى العين بمقدار المالىة.

ثالثها: الشركة فى قيمة العين.

و قد اختار المحقق النائى رحمه الله الوجه الأول، و علله: بانه إذا امكن الشركة فى العين بنسبة المالىن لا تصل النوبة الى المرتبتين اللاحقتين.

وفيه: انه لا- وجه للشركة فى العين، إذ العين كما عرفت فى الموضوع الأول بحكم التالف، و ليس رد بعضها ممتزجا بالأردا اقرب الى التالف.

و عن المحقق الاصفهانى رحمه الله: اختيار الوجه الثالث نظرا الى انه و ان لم يكن وجه للشركة فى العين الا انه حيث يمكن عود العين بماليته من المالىة الشخصية فهو المتعين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٦٧

و لو كان بالاجود احتمل الشركة فى الثمن، بأن يباع و يعطى من الثمن بنسبة قيمته،

و يحتمل الشركة بنسبة القيمة (١) فإذا كان الاجود يساوى قيمتى الردى كان المجموع بينهما اثلاثا و رده الشيخ فى مسألة رجوع البائع

على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا، قيل: و هو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة. بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن (٢) و تفصيله ان التلف. اما ان يكون فيما وصل الى الغابن، أو فيما وصل الى المغبون، و التلف اما بآفة أو باتلاف احدهما أو باتلاف الأجنبى

لأنه اقرب من المالىة المطلقة.

و لكن: هذا يتم إذا كان المال من القيميات، و الظاهر انه من المثليات، فيتعين دفع المثل ان امكن، و الا فما افاده متين، اللهم الا ان يقال ان المالىة الخاصة اقرب الى التالف من المثل و لا بعد فيه، و عليه فيتعين ذلك.

(١) و أما الموضوع الثالث: فقد احتمل المصنف رحمه الله فيه احتمالين:

احدهما: الشركة بنسبة المالىة.

ثانيهما: الشركة فى الثمن.

ثم رد الأول: بانه يستلزم الربا، و وجهه انتقال ثلث المجموع الى المغبون بازاء نصفه،

فانه بالامتزاج يعطى النصف و يأخذ الثلث، و مع وجود سائر الشرائط من كون المبيع من المكيل و الموزون و عموم حرمة الربا لكل معاوضة و لو كانت قهرية يتوجه حكم الربا.

و الجواب ان هذا الوجه غير تام لعدم شمول دليل حرمة الربا للمعاوضة القهرية،

و لكن بما ذكرناه فى الموضوعين الأولين ظهر ضعف الاحتمال الأول، فالمتعين هو الثانى

حكم تلف العوضين

(٢) قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن الظاهر ان حكم التلف لا- بد و ان يذكر فى احكام الخيار، و انما اشار إليه

المصنف ره فى المقام من جهة ان المشهور بين الأصحاب ان تصرف المغبون قبل العلم بالغبن

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٦٨

و حكمها انه لو تلف ما فى يد المغبون، فإن كان بآفه، فمقتضى ما تقدم من التذكرة فى الاخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم

امكان الاستدراك سقوط الخيار (١)

لكنك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل فضلا عن غيره. و لذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ غرم قيمته يوم التلف أو يوم

الفسخ و أخذ ما عند الغابن أو بدله.

و كذا لو كان بإتلافه و لو كان باتلاف الاجنبى ففسخ المغبون اخذ الثمن و رجع الغابن الى المتلف ان لم يرجع المغبون عليه و ان

رجع عليه بالبدل. ثم ظهر الغبن ففسخ رد على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ و لو كان باتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون

اخذ القيمة من الغابن و ان فسخ اخذ الثمن، و لو كان اتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ وجب عليه

رد القيمة لأن ما ابرأه بمنزلة المقبوض، و لو تلف ما فى يد الغابن بآفه أو باتلافه

المخرج للمال عن ملكه مسقط لخياره، فتوهم ان التلف ايضا كذلك، بل هو اولى بان يكون مسقطا، فذكر حكم التلف فى المقام

لتنتيحه ذلك.

و لا- فرق بين تلف ما فى يد المغبون و تلف ما بيد الغابن فى الأحكام الا من جهتين نشير اليهما، فلا وجه للبسط و الأطناب فى بيان

الأحكام لكل منهما مستقلا، فلنفرض تلف ما فى يد المغبون، و به يظهر حال تلف ما فى يد الغابن.

و حق القول فيه يقتضى البحث فى جهات:

الاولى: فى انه هل يوجب سقوط الخيار ام لا؟ و محصل القول فيها: انه ان قلنا بان هذا الخيار متعلق بالعوضين و حقيقته جواز الرد و الاسترداد.

(١) كما هو مقتضى الوجه الذى ذكره العلامة و وجهه المصنف رحمه الله لمسقطية التصرف - تعيين البناء على مسقطية التلف، بل هو اولى بان يكون مسقطا، فانه فى تصرف يمكن ان يقال بجواز الرد و انفساخ معاملته، و فى المقام لا سبيل الى ذلك. و بهذا يظهر امران:

احدهما: ان المصنف رحمه الله الملتزم بمسقطية التصرف من جهة ما افاده فى تلك المسألة ليس له البناء على العدم فى المقام.

ثانيهما: ان ظاهر تبصرة العلامة ان التلف اولى من التصرف فى عدم صحة الاستدلال، مع ان الامر بالعكس

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٦٩

فسخ المغبون، اخذ البدل و فى اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ، قولان. ظاهر الأكثر الأول.

و لكن صرح فى الدروس و المسالك و محكى حاشية الشرائع للمحقق الثانى و صاحب الحدائق و بعض آخر: انه لو اشترى عينا بعين فقبض احدهما دون الأخرى فباع المقبوض، ثم تلف غير المقبوض، ان البيع الأول يفسخ بتلف متعلقه قبل القبض بخلاف البيع الثانى، فيغرم البائع الثانى قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض. (١)

و هذا ظاهر بل صريح فى ان العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين،

و الفرق بين المسألتين مشكل، و تمام الكلام فى باب الاقالة ان شاء الله تعالى،

و أما ان قلنا بان هذا الخيار كسائر الخيارات متعلق بالعقد، فحيث ان العقد باق مع تلف العين ايضا، فلا وجه لسقوط الخيار بالتلف، و الأظهر هو الثانى.

نعم لو قلنا بشمول قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له «١» لخيار الغبن يكون التلف بأفة سماوية موجبا لكون تلف ما عند المغبون من الغابن و انفساخ العقد، و لكن المبنى فاسد كما سيأتى.

(١) الثانية: ان قيمة التالف التى يرجع إليها هل هى قيمة يوم التلف كما احتمله العلامة و لعله ظاهر الأكثر، ام قيمة يوم الفسخ، كما ذهب إليه جماعة، ام قيمة يوم الأداء،

كما عليه المحقق الخراسانى رحمه الله -؟ ووجه.

وجه الأول: ان القيمة فى يوم التلف تقوم مقام العين فى كونها متعلقة لحق الخيار.

و وجه الثانى: ما افاده السيد الفقيه من ان الانتقال الى الغابن انما هو من حين الفسخ، فلا بد من اعتبار قيمته حينه لا حين التلف الذى كان للمغبون.

و وجه الثالث: انه فى موارد الضمانات تكون العين ثابتة فى الذمة الى حين الأداء،

ولذا بنينا على ان الضامن يدفع قيمة يوم الأداء.

(١) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٧٠

و لو تلف باتلاف الاجنبى رجع المغبون بعد الفسخ الى الغابن لأنه الذى يرد إليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله، و لأنه ملك

القيمة على المتلف، و يحتمل الرجوع إلى المتلف، (١) لأن المال في ضمانه، و ما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده و لذا صرح في الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا، و صرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، و ان صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا، بناء على جريانه في الصلح

و في المقام و ان كان التالف حين تلفه للمغبون، فلا يكون ضامنا، الا ان البيع بما هو مترزل و متعلق لحق الخيار فتعتبر العين باقية في عهده من هي عنده، و الفسخ يقتضى عود العين التي تكون في العهدة الى الفاسخ، و عليه فيتعين قيمة يوم الأداء. و به يظهر ما في الوجهين الأولين.

الثالث: انه لو اتلف المال الأجنبي، فهل الفسخ يقتضى الرجوع الى الغابن أو المتلف. (١) و احتمل المصنف رحمه الله في المقام، الرجوع الى الغابن، و الرجوع الى المتلف، و التخيير و في تلف ما عند الغابن و ان كان يذكر وجوها و لكن ظاهره اختيار ان المغبون يرجع الى الغابن و يذكر له وجهين جارين في المقام ايضا و كيف كان: فقد استدلل للرجوع الى طرف المعاملة بوجهين: احدهما: ان العوض يرجع الى الغابن، فيؤخذ منه المعوض أو بدله. و فيه: انه إذا اتلف الأجنبي المال تثبت العين في عهده، و مقتضى الفسخ رجوع العين الى المغبون، و حيث انها في عهده الاجنبي فيرجع إليه.

ثانيهما: ان الغابن يملك القيمة على الأجنبي، و ليس لشيء واحد الا قيمة واحدة، فلا يعقل رجوع المغبون الى الأجنبي. و فيه: ما تقدم من ان العين تثبت في عهده، فالأظهر انه يرجع الى الأجنبي، و لكن لا- يتعين ذلك، بل له ان يرجع إليه، و ان يرجع الى المفسوخ عليه، لأن المال كان في عهده قبل وضع الأجنبي يده عليه.

الرابعة: انه لو اتلف الغابن ما في يد المغبون ثم فسخ المغبون العقد، فقبل الفسخ منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧١

و يحتمل التخيير اما الغابن فالأنه ملك البدل و أما المتلف فلأن المال المتلف في عهده (١) قبل اداء القيمة، و ان كان باتلاف المغبون، فإن لم يفسخ غرم بدله و لو ابرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسح رد الثمن و اخذ قيمة التلف لأن المبرأ منه كالمقبوض هذا قليل من كثير ما يكون هذا المقام قابلا له من الكلام، و ينبغي احالة الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم إلى يوم القيام.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة مالية

بناء على الاستناد في ثبوته في البيع الى نفى الضرر، (٢) نعم لو استند الى الاجماع المنقولة امكن الرجوع في غير البيع الى اصالة اللزوم و ممن حكى عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره في شرح الارشاد و صاحب التنقيح و صاحب ايضاح النافع و عن اجارة جامع المقاصد جريانه فيها مستندا الى انه من توابع المعاوضات. نعم حكى عن المهذب البارع عدم جريانه في الصلح. و لعله لكون الغرض الاصلى فيه قطع المنازعة، فلا يشرع فيه الفسخ و فيه ما لا يخفى

كانت العين التالفه في عهده الغابن، و بعده ثبت في عهده المغبون، و نتيجة ذلك سقوط العهده بالنسبه الى كل منهما كما لا يخفى. (١) قوله و يحتمل التخيير اما الغابن فلانه ملكك البدل و أما المتلف فلان المال المتلف في عهده هذا الاحتمال و ان كان هو الاظهر كما عرفت الا انه لما ذكرناه، لا لما افاده قدس سره فان مبنى احد فردى التخيير في كلامه اشتغال ذمه المتلف بالقيمه- و مبنى الآخر دخول العين في العهده و هما متقابلان

ثبوت خيار الغبن في غير البيع

(٢) الموضوع الخامس: في ثبوت خيار الغبن في سائر المعاضات اقوال:

احدها: ثبوته فيها، اختاره فخر الدين و صاحب التنقيح و ايضاح النافع.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٢

و في غايه المرام التفصيل (١) بين الصلح الواقع على وجه المعاوضه فيجرب فيه، و بين الواقع على اسقاط دعوى قبل ثبوتها، ثم ظهر حقيقته ما يدعيه و كان مغبونا فيما صالح به و الواقع على ما في الذمم و كان مجهولا، ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن احدهما على تأمل. و لعله للاقدام في هذين على رفع اليد عما صالح عنه كائنا ما كان.

فقد اقدم على الضرر و حكى عن بعض التفصيل (٢) بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحه و كان الأقدام فيه على المعامله مبني على عدم الالتفات إلى النقص و الزيادة بيعا كان أو صلحا أو غيرهما فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن، و بين غيره.

و فيه مع ان منع صدق الغبن محل نظر ان الحكم بالخيار لم يعلق في دليل على مفهوم لفظ الغبن حتى يتبع مصاديقه. فإن الفتاوى مختصه بغبن البيع و حديث نفى الضرر عام لم يخرج منه الا ما استثنى في الفتاوى من صورة الأقدام على الضرر عالما به،

نعم لو استدلل بآيه التجاره عن تراض أو النهي عن اكل المال بالباطل امكن اختصاصها بما إذا اقدم على المعامله محتملا للضرر مسامحا في دفع ذلك الاحتمال و الحاصل ان المسأله لا يخلو عن اشكال من جهه أصالة اللزوم و اختصاص معقد الاجماع و الشهرة بالبيع و عدم تعرض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع،

ثانيها: عدم ثبوته فيها، و لعله الظاهر من اجاره جامع المقاصد.

ثالثها: عدم جريانه في خصوص الصلح، حكى عن المهذب البارع.

رابعها: التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحه و بين غيره.

(١) قوله في غايه المرام التفصيل، قد عرفت تماميته.

(٢) قوله و حكى عن بعض التفصيل بما حققناه ظهر تمامية ما افاده هذا البعض، فلا حاجه الى التكرار، و دفع ما اورده المصنف عليه.

و كيف كان فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في شمول دليل هذا الخيار لغير البيع.

الثاني: في قابلية الصلح في ذاته للخيار.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٣

كما تعرضوا لجريان خيار الشرط و تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع،

لكونه محل خلاف لبعض العامة في بعض افراد ما عدا البيع، فلا يدل على عموم غيره لما عدا البيع و من دلالة حديث نفى الضرر، على عدم لزوم المعامله المغبون فيها في صورة امتناع الغابن، عن بذل التفاوت بعد الحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الاصحاب. و قد استدلل به الاصحاب على اثبات كثير من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع، لا يخلو عن قوة. (١) نعم يبقى الاشكال في شموله

للصورة المتقدمة، وهى ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة يباعا كان أو غيره على عدم المغابنة والمكايسة من حيث المالية، كما إذا احتاج المشتري الى قليل من شىء مبتذل لحاجة عظيمة دينية أو دنيوية، فإنه لا يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بازائه، فإن فى شمول الأدلة لمثل هذا خفاء، بل منعاً، الا ان يتم بعدم القول بالفصل، (٢) والله العالم.

اما المقام الثانى: فقد تقدم الكلام فيه فى خيار الشرط. فراجع.

(١) و أما المقام الأول: فان كان مدرك هذا الخيار هو الاجماع، مختصا بالبيع لأنه المتيقن من معقده و ان كان غيره من الشرط الضمنى، أو نفى الضرر، «١» أو آية التجارة، «٢» أو آية لا تأكلوا، «٣» أو خبر تلقى الركبان، «٤» أو خبر غبن المسترسل سحت، «٥» لم يكن مختصا بالبيع لعدم الفرق فى هذه الأدلة بين البيع وغيره من المعاوزات المالية المبنية على المدافعة، و حيث ان المختار كون مدركه الشرط الضمنى فلا وجه لدعوى الاختصاص.

(٢) ثم انه بناء على المختار، ان كانت المعاملة مبنية على تساوى المالىن نوعا كالبيع و الاجارة و الصلح القائم مقامهما جرى فيها خيار الغبن الامع الاقدام على المعاوزة

(١) الوسائل - باب ١٢ و ٧- من ابواب كتاب احياء الموات و غيرهما من الأبواب المتقدم إليها الاشارة.

(٢) النساء آية ٢٩.

(٣) نفس المصدر.

(٤) و هو النبوى المروى عن غير طرقتنا المتقدم.

(٥) الوسائل - باب ١٧- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٧٤

مسألة: اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين (١)

اشارة

و استند للقول الأول: و هو المشهور ظاهرا الى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و قرره فى جامع المقاصد بأن العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة و إلا لم ينتفع بعمومه، انتهى. (٢) و للقول الثانى: الى الاستصحاب (٣) و ذكر فى الرياض ما حاصله ان المستند فى هذا الخيار ان كان الاجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و ان كان نفى الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر.

بالغة ما بلغت فانه حينئذ يكون مسقطا لشرط التساوى، و ان كانت لعكس تلك و كان بنائها على التسالم و التجاوز عن الحق كائنا ما كان كالصلح الواقع فى مقام رفع الخصومة لا يكون هذا الخيار ثابتا فيها: لأنه يسقط شرط التساوى، و ان لم تكن مبنية لا على ذلك و لا على هذا كالجعالة، فثبوت هذا الخيار فيها و عدمه يدوران مدار الاشتراط و عدمه.

كون هذا الخيار على الفور أو التراخى

(١) مسألة: اختلف اصحابنا فى كون الخيار على الفور أو على التراخى على قولين.

لا يخفى ان هذا النزاع جار فى كل خيار لم يكن لمدة الخيار تحديد من الشرع كخيار العيب و نحوه.

و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موارد:

(٢) الاول: في عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» و انه هل يتمسك به في زمان الشك ام لا الذى هو مدرک القول بالفور.

(٣) الثانى: في استصحاب الخيار الذى هو مدرک القول بالتراخى.

الثالث: في انه على فرض المناقشة في كليهما هل هناك ما يرجع إليه لتعيين احدهما ام لا.

(١) المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٥

اقول: و يمكن الخدشة في جميع الوجوه المذكورة، اما في وجوب الاقتصار على المتيقن فلأنه غير متجه مع الاستصحاب. و أما ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الازمنة، فإن اراد به عمومها المستفاد من اطلاق الحكم بالنسبة الى زمانه الراجع بدليل الحكمة الى استمراره في جميع الازمنة، فلا يخفى ان هذا العموم في كل فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فرد منه، فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائما أو في زمان ما إذ ليس في خروجه دائما زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم (١) و خرج منه فرد خاص من ذلك الفعل، لكن وقع الشك في ان ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الازمنة أو عام لجميعها، فإن اللازم هنا استصحاب حكم الخاص (٢) اعنى الحلية لا الرجوع فيما بعد الزمان المتيقن الى عموم التحريم، و ليس هذا من معارضة العموم للاستصحاب، و السر فيه ما عرفت من تبعية العموم الزمانى للعموم الافرادى فإذا فرض خروج بعضها، فلا مقتضى للعموم الزمانى فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه أو انقطع.

(١) قوله نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم التنظير بالتحريم من جهة انه يقتضى الدوام و الاستمرار مع كون الزمان ظرفا محضا غير ماخوذ في موضوع الحكم.

(٢) قوله فان اللازم هنا استصحاب حكم الخاص و ربما يورد عليه بان مدار جريان استصحاب حكم الخاص على كون الزمان ظرفا في دليل الخاص لا على كونه ظرفا في دليل العام و لكن يمكن الجواب عنه بانه قدس سره يصرح في الاصول بانه إذا كان الزمان قيدا في دليل الخاص يستكشف منه كونه قيدا في دليل العام و مثل لذلك بما إذا ورد اكرم العلماء ثم ورد لا تكرم زيدا يوم الجمعة قال إذ الاستثناء قرينه على اخذ كل زمان فردا مستقلا فحينئذ يعمل عند الشك بالعموم و على هذا إذا كان الزمان ظرفا بالنسبة الى حكم العام يكون ظرفا بالنسبة الى الخاص فلا مانع من جريان الاستصحاب من هذه الجهة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٦

نعم لو فرض افادة الكلام للعموم الزمانى على وجه يكون الزمان مكثر الافراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايرا له في زمان آخر كان اللازم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما، الاقتصار على المتيقن، لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه، كما إذا قال المولى لعبده:

اكرم العلماء في كل يوم بحيث كان اكرام كل عالم في كل يوم واجبا مستقلا غير اكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم و شك في خروجه عن العموم يوما أو ازيدا، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول الى عموم وجوب الا-كرام، لا- إلى استصحاب، عدم وجوبه بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك بالاستصحاب بل يجب الرجوع إلى أصل آخر، كما ان في الصورة الاولى لو فرضنا عدم حجية الاستصحاب لم يجز الرجوع الى العموم فما اوضح الفرق بين صورتين (١).

التمسك بآية الوفاء بالعقد عند الشك

و أما المورد الاول فالكلام فيه فى جهتين:

الاولى: فى انه إذا ورد عام افرادى يتضمن العموم الازمانى و خصص ذلك بخروج بعض افراد العام عن الحكم بالتخصيص فى بعض الأزمنة ثم شك فى ان خروجه عنه فى تمام الأزمنة أو بعضها، فهل يرجع فى زمان الشك الى عموم العام ام لا؟
الثانية: فى خصوص (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

اما الاولى: فتفصيل الكلام فيها فى الاصول، و انما نشير الى ما هو الحق فى المقام بنحو الاجمال و حاصله:

(١) ان المصنف رحمه الله ذهب الى ان العام ان كان له عموم ازماني و كان كل زمان موضوعا مستقلا لحكم مستقل لينحل العموم الى احكام عديدة بتعدد الزمان يتمسك بعموم العام، فانه من عدم التمسك به يلزم التخصيص الزائد و أما إذا لم يكن له عموم ازماني بهذا المعنى، بل كان الزمان ظرفا للحكم، و كان المجموع حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد فلا يتمسك به، فانه ليس فى خروجه عن تحت العام دائما زيادة تخصيص

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٧

ثم لا يخفى ان مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان فى الصورة الاولى من الاطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة و كونه فى الصورة الثانية عموما لغويا، بل المناط كون الزمان فى الاولى ظرفا للحكم و ان فرض عموم لغويا، فيكون الحكم فيه حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه الى الشك فى استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب و الزمان فى الثانية اكثر لافراد موضوع الحكم فمرجع الشك فى وجود الحكم فى الآن الثانى الى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الأول و معلوم ان المرجع فيه الى أصالة العموم، فافهم و اغتم

فى العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

و الجواب عنه امران:

الأول: انه لا بد من التمسك بالعام فى المورد الثانى ايضا، و ذلك يبنى على بيان مقدمات:

منها: ان الاطلاق عبارة عن رفض القيود، و عدم دخل شىء من الخصوصيات لا دخل جميع القيود.

و منها ان العام الذى اخذ الزمان ظرفا لاستمرار حكمه له حيثان: احدهما:

عمومه الافرادى، ثانيتهما: اطلاقه الزمانى، بمعنى ان مقتضى اطلاقه استمرار الحكم الثابت لكل فرد فى الزمان المستمر.

و منها ان المطلق إذا خرج منه فرد بقى الباقي بنفس الظهور الذى استقر فيه اولا- إذا عرفت هذه الامور تعرف انه بعد مضى زمان التخصيص يتمسك بعموم العام لا بحيثية عمومه بل بحيثية اطلاقه، بلا فرق بينه و بين سائر المطلقات.

لا يقال: انه إذا ثبت الحكم بعد ذلك الزمان لا يكون استمرارا للحكم الأول بل هو حكم آخر، فيلزم تعدد الواحد.

فانه يرد بان معنى استمراره الثابت بالاطلاق المزبور ليس استمراره خارجا، بل جعل ظرف واحد لهذا الحكم الواحدى لا جعل حصتين من طبيعى الظرف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٨

و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد بأن آية أَوْفُوا و غيرها مطلقه لا عامه، فلا تنافى الاستصحاب الا ان يدعى ان العموم الاطلاقى لا- يرجع الا- الى العموم الزمانى على الوجه الأول، فقد ظهر ايضا مما ذكرنا من تغاير موردى الرجوع الى الاستصحاب و الرجوع الى العموم، فساد ما قيل فى الأصول من ان الاستصحاب قد يخصص العموم و مثل له بالصورة الاولى، زعما منه ان

الاستصحاب قد خصص العموم. وقد عرفت ان مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع الى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب، و مقام جريان العموم لا يجوز الرجوع الى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم، فليس شىء منهما ممنوعا بالآخر فى شىء من المقامين، إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول، لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به فى زمان واحد و بين عدم وجوبه رأسا، نظير العقد الجائر دائما، فليس الامر دائرا بين قلة التخصيص و كثرته، حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن (١)

فان قلت: ان المطلق له ظهور واحد فى معنى واحد مستمر، فإذا انقطع لا ظهور يتمسك به.

يرد عليك ان التقييد انما يكون لقيام حجة اقوى من الحجة المزبورة، فلا يرفع اليد عن ذلك الظهور الواحد. و تمام الكلام فى محله. الثانى: انه لو تم ما افاده كان مختصا بما إذا كان التخصيص من الوسط، و أما إذا كان فردا خارجا عن العام من الأول فمن عدم التمسك بالعام بعد مضى زمان التخصيص يلزم التخصيص فى العموم الافرادى ايضا، فنفس عمومته من تلك الحثية يكفى فى الحكم بثبوت حكم العام و التمسك به.

و فى المقام وجهان آخران: احدهما للمحقق اليزدى، و الآخر للمحقق النائينى رحمه الله،

ذكراهما لعدم جواز التمسك بالعام بعد مضى زمان التخصيص إذا لم يكن له عموم زمانى و قد اجبنا عنهما فى زبدة الاصول و ليس المقام مقام ذكره فالاظهر هو التمسك بالعام مطلقا.

(١) و أما الجهة الثانية فالحق انه لا عموم زمانى له بنحو يكون العقد فى كل زمان

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٧٩

فلو فرض عدم جريان الاستصحاب فى الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسك بالعموم ايضا، نعم يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات.

و أما استناد القول بالتراخى الى الاستصحاب، فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة فى تشخيص الموضوع فى استصحاب الحكم الشرعى الثابت بغير الادلة اللفظية المشخصة للموضوع، مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أما على التحقيق من عدم احراز الموضوع فى مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا يجرى فيما نحن فيه الاستصحاب، فإن المتيقن سابقا ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشرع فلا معنى لانسحابه فى الآن اللاحق، مع كون الشخص قد تمكن من التدارك و لم يفعل، لأن هذا موضوع آخر يكون اثبات الحكم له من القياس المحرم. (١) نعم لو احرز الموضوع من دليل لفظى على المستصحب أو كان الشك فى رافع الحكم حتى لا يحتمل ان يكون الشك لأجل تغير الموضوع اتجه التمسك بالاستصحاب.

موضوعا مستقلا، و لكن له اطلاقا زمانيا، بمقتضى مقدمات الحكمة، و انه لو لم يكن حكما ثابتا فى عمود الزمان لزم لغوية جعله: إذ لا أثر للزوم العقد فى زمان واحد،

و بناء على ما اخترناه من ثبوت الخيار من حين العقد يكون الخارج خارجا من الأول:

ف يتمسك بالعام حتى على المسلك الآخر.

استصحاب الخيار

اما المورد الثانى فقد اورد على التمسك بالاستصحاب بوجوه:

(١) الاول فى المتن، و حاصله: انه إذا كان دليل الحكم لفظيا مشخصا للموضوع و كان الشك فى بقاء الحكم مع احراز الموضوع

يجرى الاستصحاب، و أما إذا كان غير لفظي أو لفظيا غير مشخص له و كان يحتمل كون الموضوع عنوانا لا يكون باقيا، فلا يجرى الاستصحاب للشك في بقاء الموضوع،

و المقام من قبيل الثاني، فان دليل هذا الخيار الاجماع أو حديث لا ضرر،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨٠

و أما ما ذكره في الرياض، فيه انه ان بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما اشرنا هنا و حققناه في الاصول، فلا يجرى الاستصحاب و ان كان المدرك للخيار الاجماع، و ان بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب و ان استند في الخيار الى قاعدة الضرر، كما اعترف به ولده قدس سره في المناهل مستندا الى احتمال ان يكون الضرر علة محدثة يكفي في بقاء الحكم و ان ارتفع الا ان يدعى انه إذا استند الحكم الى الضرر، فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير محقق في الزمان اللاحق كما اشرنا

و لا- يكون الموضوع مشخصا في شيء منهما، و لعله العاجز عن تدارك الضرر بالفسخ لا- المتضرر بما هو متضرر، فلا- يكون الاستصحاب جاريا.

و فيه: اولاً: ان الموضوع ليس هو العاجز قطعاً، لأنه لا يبقى مع الخيار و نفس الخيار رافع للعجز، فلا يعقل ان يكون هو الموضوع له.

نعم يمكن ان يقال بكونه علة لثبوت الخيار، لكن ذلك كلاجنبى عن دخله في الموضوع.

و ثانياً: ان ما افاده لو تم فانما هو لو قلنا بان المعتبر في الاستصحاب بقاء الموضوع الدليلي، و أما ان قلنا بان المعتبر بقاء الموضوع العرفي و ان لم يكن الموضوع الدليلي باقيا كما هو مبناه في الاصول، فلا يتم، فان الميزان حينئذ بقاء الموضوع بنظر اهل العرف الذين يرونه موضوعاً بواسطة مناسبة الحكم و الموضوع.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله من ان الشك في بقاء الخيار في المقام شك في المقتضى لا في الرفع، فانه لا يشك في مسقطية شيء للخيار، بل في بقاء الخيار بحسب طبعه في عمود الزمان، مع قطع النظر عن طرود زمانى عليه، فلا يجرى.

و فيه: ان الخيار انما يشك في بقاءه لو تمكن المكلف من اعماله و لم يعمله، و أما مع قطع النظر عن ذلك فله استعداد البقاء في عمود الزمان، فليس من قبيل الشك في المقتضى، مع ان الحق جريان الاستصحاب في موارد الشك في المقتضى ايضا.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله ايضا، و هو: ان دليل هذا الخيار ان كان هو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨١

ثم انه بنى المسألة بعض المعاصرين (١) على ما لا- محصل له فقال ما لفظه ان المسألة مبتنية على ان لزوم العقد معناه ان اثر العقد مستمر الى يوم القيامة، و ان عموم الوفاء بالعقود عموم زمانى للقطع، بأن ليس المراد بآية الوفاء بالعقود آنا ما، بل على الدوام و قد فهم المشهور منها ذلك باعتبار ان الوفاء بها العمل بمقتضاها. و لا ريب ان مفاده عرفاً و بحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإن دل دليل على ثبوت خيار من ضرر، أو اجماع أو نص في ثبوته في الماضي، أو مطلقاً

حديث لا- ضرر يكون الموضوع عنوان المتضرر، و حيث انه يحتمل ان يكون الموضوع هو الموصوف، فيكون باقيا، و ان يكون هو الوصف فلا يكون باقيا، فلا يكون بقاء الموضوع محرزا، فلا يجرى الاستصحاب.

و فيه: اولاً: ان عنوان المتضرر و وصفه يكون باقيا، و مجرد تمكنه من تداركه لا يرفعه.

و ثانياً: ان المعتبر بقاء الموضوع عرفاً لا دليلاً كما تقدم.

الرابع: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله ايضا، و هو: ان مدرك هذا الخيار ان كان حديث لا- ضرر يكون الموضوع هو الحكم

المعنون بالضرر، و يدل الحديث على رفعه، فلزوم العقد ان كان ضروريا يكون مرفوعا، و الا فلا، و من يتمكن من اعمال الخيار و لو آنا ما فاللزوم ليس ضروريا عليه اصلا فالقضية المتيقنة غير المشكوك فيها باسرها موضوعا و محمولا و نسبة.

و فيه: بعد اصلاحه بارادة كون اللزوم بعد ذلك الآن ضروريا اقدم عليه، و الحديث يرفع حكم ما لم يقدم عليه، ان مدرك هذا الخيار عندنا و عنده هو الشرط الضمني، و لازمه ثبوت الخيار للشخص، فمع الشك في بقائه يستصحب،

فالحق ان هذا الاستصحاب لا محذور فيه سوى كونه من قبيل استصحاب الحكم، و المختار عدم جريانه لمحكوميته لاستصحاب عدم الجعل على ما حققناه في محله.

(١) قوله ثم انه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصل له محصل ما يفيد هذا المحقق ان المسألة مبنية على ثبوت العموم الزمانى و عدمه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨٢

بناء على الاهمال لا الإطلاق فى الأخبار، فيكون استثناء من ذلك العام و يبقى العام على عمومه، كاستثناء ايام الاقامة و الثلثين و وقت المعصية و نحوها من حكم السفر، أو ان اللزوم ليس كالعموم و انما يثبت ملكا سابقا، و يبقى حكمه مستصحبا الى المزيل، فتكون المعارضة بين استصحابين، و الثانى وارد على الأول فيقدم عليه و الأول اقوى، لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة يقضى بعدم اعتبار السابق اما مع بقائه فلا يلغو اعتبار السابق، انتهى.

و لا- يخفى ان ما ذكره من المبنى للرجوع الى العموم و هو استمرار اللزوم مبنى لطرح العموم و الرجوع الى الاستصحاب (١) و أما ما ذكره اخيرا لمبنى الرجوع الى الاستصحاب.

و على الاول يحكم بانه على الفور و على الثانى يحكم بانه على التراخى فهو ممن لا- يفرق فى التمسك بعموم العام بين ان يكون الزمان ظرفا له ام قيادا كما اخترناه و قد ذكر فى وجه وجود العموم فى المقام امرين احدهما ان معنى الوفاء العمل بما يقتضيه العقد ابدا و لو من جهة ان مفاد العقد الدوام،

ثانيهما القطع بانه ليس المراد بالآية الوفاء بالعقد آنا ما بل على الدوام و ذكر فى وجه عدمه ان معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ترتيب اثر الملكية فى اول الوهله و على الثانى انه انما يحكم ببقاء الملكية من جهة ان شأن الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع- و انما يحكم باللزوم للاستصحاب و عليه فعلى الاول بما ان العموم موجود فمع الشك فى الخيار يتمسك به و يحكم بعدم الخيار- و على الثانى- مع الشك فى الخيار بما ان الخيار ثابت قبل ذلك فيستصحب بقاءه و هو حاكم و مقدم على بقاء اثر العقد و هو قدس سره يختار الاول و محصل ما ذكره فى وجهه ان اللزوم و وجوب الوفاء المستفاد من الآية الشريفة انما لا يحكم ببقائه لو زال علته و أما مع بقائه كما فى الآية من جهة ان علته المعاهدة على الملكية الدائمة و هى باقية فاللزوم ايضا باق.

(١) قوله مبنى لطرح العموم و الرجوع الى الاستصحاب هذا على مسلك المصنف رحمه الله من التفصيل فى التمسك بالعموم بين كون الزمان ظرفا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨٣

و حاصله ان اللزوم انما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قدم عليه، ففيه ان الكل متفقون على الاستناد فى اصالة اللزوم الى عموم آية الوفاء، (١) و ان امكن الاستناد فيه الى الاستصحاب ايضا، فلا وجه للإغماض عن الآية. و ملاحظة الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار، ثم انه قد علم من تضاعيف ما اوردناه على كلمات الجماعة ان الاقوى كون الخيار هنا على الفور،

لأنه لما لم يجز التمسك فى الزمان الثانى بالعموم لما عرفت سابقا من ان مرجع العموم الزمانى فى هذا المقام الى استمرار الحكم فى

الافراد، فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الاحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع و لا باستصحاب الخيار لما عرفت من ان الموضوع غير محرز لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه التارك له، بل قد يستظهر ذلك من حديث نفى الضرر تعين الرجوع الى اصالة فساد فسخ المغبون (٢) و عدم ترتب الأثر عليه، و بقاء آثار العقد فيثبت اللزوم من هذه الجهة و هذا ليس كاستصحاب الخيار، لأن الشك هنا في الواقع. فالموضوع محرز كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذى، فافهم و اغتنم و الحمد لله.

ام قيادا و أما على مبنى المستدل الذي هو المختار عندنا فاستدلالة تام لا يرد عليه هذا الايراد. (١) قوله فيه ان الكل متفقون على الاستناد ... الى عموم آية الوفاء يرد عليه انه ايضا ممن يتمسك بعموم الآية و لكن يقول انه على فرض عدم العموم للآية يكون مدرك اللزوم الاستصحاب فاستصحاب الخيار يقدم عليه للحكومة.

اصالة فساد فسخ المغبون

و أما المورد الثالث: فقد تمسك المصنف رحمه الله للقول بالفور.

(٢) باصالة فساد فسخ المغبون، و عدم ترتب الاثر عليه مراده بها بحسب الظاهر استصحاب بقاء الملكية الثابتة قبل فسخ المغبون، و قد تقدم في مبحث المعاطاة ان هذا الأصل يجري، و لا يرد عليه شيء مما اورد عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨٤

هذا مضافا إلى ما قد يقال هنا و فيما يشبهه من اجازة عقد الفضولي و نكاحه و غيرهما من ان تجوز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار و فيه تأمل.

ثم ان مقتضى ما استند إليه للفورية عدا هذا المؤيد الاخير هي الفورية العرفية (١) لأن الاقتصار على الحقيقية حرج على ذى الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به و الزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده بين اهل هذا القول، لكن الذى يظهر من التذكرة فى خيار العيب على القول بفوريته ما هو اوسع من الفور العرفي. قال خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم، خلافا للشافعي، فإنه اشترط الفورية و المبادرة بالعادة فلا يؤمر بالعدد و لا الركض للرد و ان كان مشغولا بصلاة أو اكل أو قضاء حاجة فله الخيار الى ان يفرغ، و كذا لو اطع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، فلا بأس اجماعا. و كذا لو لبس ثوبا أو اغلق بابا و لو اطلع على العيب ليلا فله التأخير الى ان يصبح و ان لم يكن عذر، انتهى.

و قد صرح فى الشفعة على القول بفوريته بما يقرب من ذلك و جعلها من الاعذار، و صرح فى الشفعة بأنه لا يجب المبادرة على خلاف العادة، و رجح فى ذلك كله الى العرف فكل ما لا يعد تقصيرا لا يبطل به الشفعة و كل ما يعد تقصيرا و توانيا فى الطلب، فإنه مسقط لها، انتهى.

فتحصل: ان مقتضى العمومات و الاستصحاب هو القول بالفور، و لكن بما ان مدرك خيار العيب هو الشرط الضمنى، فما دام لم يجز العقد و لم يلتزم به، يكون الخيار باقيا. و لا- يرد عليه بان تجوز ذلك ضرر على من عليه الخيار، فانه لا ضرر عليه مع فرض انه غير ممنوع من التصرف فى زمان الخيار، فالأظهر انه على التراخي.

المراد من الفورية

(١) بقى الكلام فى المراد من الفورية،

و تنقيح القول فى ذلك: ان الفورية قسمان: فورية حقيقية، و هى اول مراتب الامكان دقة و فورية عرفية و لها مراتب، منها ما لا يلزم من الاقتصار عليه حرج على من له الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٨٥

و المسألة لا يخلو عن اشكال لأن جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذرا فى ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله فسخت لا دليل عليه، نعم لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الاشهاد، توجه ما ذكر فى الجملة مع ان قيام الدليل عليه مشكل الا ان يجعل الدليل على الفورية لزوم الاضرار لمن عليه الخيار، فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعد متوانيا فيه، فإن هذا هو الذى يضر بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه و كون تصرفاته فيه فى معرض النقص، لكنك عرفت التأمل فى هذا الدليل، فالانصاف انه ان تم الاجماع الذى تقدم عن العلامة على عدم البأس بالأمر المذكورة و عدم قدح امثالها فى الفورية، (١) فهو و إلا وجب الاقتصار على اول مراتب امكان انشاء الفسخ و الله العالم.

ثم ان الظاهر انه لا- خلافاً فى معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفي الضرر، (٢) إذ لا- فرق بين الجاهل بالغبن، و الجاهل بحكمه، و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعى منافيا لمعذوريته كترك الفحص عن الغبن و عدمه و لو جهل الفورية. فظاهر بعض الوفاق على المعذورية و يشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا لتمكنه من الفسخ و تدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدم من أصالة بقاء آثار العقد و عدم صحة فسخ المغبون يعد الزمان الاول

(١) و منها: ما هو اوسع من ذلك كالأتمثلة المذكورة فى كلام العلامة ره و منها: ما هو اوسع من ذلك، و هو ما إذا لم يلزم منه ضرر على من عليه الخيار، الا- ان هذا اللفظ لم يرد فى الدليل كى يقع النزاع فى المراد منه، بل لا- بد من الرجوع الى دليل الفورية و استخراج الحكم، و قد عرفت ان دليل الخيار لا إطلاق له فيشكك فى الخيار بعد مضى زمان يتمكن من انشاء الفسخ، و المرجع فيه عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و عليه فإذا كان الفسخ غير متوقف على شىء سوى قول فسخت فالمتعين هو البناء على الفورية العرفية بالمعنى الأول كما لا يخفى.

(٢) و هل يكون الجاهل بالخيار معذورا فى ترك المبادرة الى الفسخ على القول بالفورية ام لا؟ وجهان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٨٦

و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعذورية فى خيار التأخير و المناط واحد و لو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول الا ان يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعى الا لعارض ففيه نظر.

و قال فى التذكرة فى باب الشفعة انه لو قال انى لم اعلم ثبوت حق الشفعة أو قال أخرت، لأنى لم اعلم ان الشفعة على الفور، فإن كان قريب العهد بالاسلام أو نشأت فى بريبة لا يعرفون الاحكام قبل قوله و له الاخذ بالشفعة و إلا فلا، انتهى.

فإن اراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل فى حقه الجهل فلا حاجة إليه، لأن اكثر العوام و كثير من الخواص لا يعلمون مثل هذه الاحكام، و ان اراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر فى حقه عدم العلم ففيه انه لا داعى الى اعتبار الظهور مع ان الأصل عدم و الأقوى ان الناسى فى حكم الجاهل و فى سماع دعواه النسيان نظر من انه مدع و من تعسر اقامة البينة عليه و انه لا يعرف الا من قبله.

و أما الشك فى ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته و يحتمل عدم معذوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثم السؤال عن صحته شرعا فهو متمكن من الفسخ العرفى، إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الانشاء فهو مقصر بترك الفسخ لا لعذر فافهم و الله العالم.

الظاهر ان مدرك القول بعدم ثبوت الخيار مع العلم بالغبن و حكمه انما هو انه مع ذلك لا يكون شارطا بالشرط الضمنى تساوى المالىن، و يكون مقدا على الضرر، فالضرر انما يجى من ناحية اقدمه، و حديث لا ضرر لا يرفع مثل ذلك، و عليه فلا وجه للتوقف فى معذورية الجاهل بالجهل المركب و الغافل و لو كان جهله عن تقصير، فانه مع ذلك يكون شارطا و غير مقدم على الضرر.

و توهم ان العالم بالخيار لا يبقى خياره، و المفروض ان الجاهل بالحكم غير معذور، فيجرى عليه حكم العالم فاسد، فان الحكم ببقاء الخيار مع الجهل ليس من جهة الجهل بعنوانه، بل من جهة كون الجاهل مشمولاً لدليل الخيار بالتقريب المتقدم، مع ان هذا الحكم ليس لزومياً كى يكون مقصراً غير معذور فى عدم تعلمه فيكون محكوماً بحكم العالم.

و الحمد لله اولاً و آخر و ظاهر و باطنا

الجزء السادس

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه فى الدين و الهداية الى الحق، و افضل صلواته و اكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، و على آله العلماء بالله الأمان على حاله و حرامه، سيما بقيه الله فى الارضين ارواح من سواه فداه.

و بعد،

فهذا هو الجزء السادس من كتابنا منهاج الفقهاء و قد وفقنا الى طبعه، و هو آخر اجزاء هذه الموسوعة و قد من الله تعالى على بالتوفيق لاتمام هذا السفر الجليل انه ولى التوفيق منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥

[تنمة القول فى الخيار و أقسامه و أحكامه]

[تنمة أقسام الخيار]

الخامس خيار التأخير.

إشارة

قال فى التذكرة من باع شيئاً و لم يسلمه الى المشتري و لا- قبض الثمن و لا- شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثة ايام، فإن جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثة فهو احق بالعين و ان مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن (١) عند علمائنا اجمع، و الأصل فى ذلك قبل الاجماع المحكى عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها فى التذكرة و الظاهرة من غيرها و بما ذكره فى التذكرة من ان الصبر ابدا مظنة الضرر المنفى بالخبر، (٢) بل الضرر هنا اشد من الضرر فى الغبن حيث ان المبيع هنا فى ضمانه و تلفه منه و ملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه

الخامس خيار التأخير.

(١) المشهور بين الاصحاب ما افاده العلامة في التذكرة، وذكره المصنف في المتن قال و ان مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن و عن غير واحد منهم العلامة في التذكرة و التبصرة دعوى الاجماع عليه و عن ظاهر المبسوط و الاسكافي و صريح الكفاية و الحدائق بطلان البيع و انفساخه بعد الثلاثة، و توقف في الحكم جماعة منهم المحقق الأردبيلي (رحمه الله)

و قد استدلل للمشهور مضافا الى الاجماع الذي ادعاه غير واحد - بوجوه:

(٢) احدها: حديث لا ضرر «١» فان صبر البائع بعدم تصرفه في المبيع مع عدم اخذه الثمن، و ضمانه و تلفه منه لكونه من التلف قبل القبض، و وجوب حفظه المبيع للمشتري ضرر عليه فينبغي بالخبر. و فيه: اولاً: ان هذا لا ينطبق على ما بنوا عليه سعة و ضيقاً، نفياً و اثباتاً.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦

الاجبار المستفيضة (١) منها رواية على بن يقطين، قال: سألت ابا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال: الاجل بينهما ثلاثة ايام،

فان قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و رواية اسحاق بن عمار عن العبد الصالح، قال: من اشترى يبيعا فمضت ثلاثة ايام و لم يجئ فلا بيع له و رواية ابن الحجاج قال: اشترت محملاً و اعطيت بعض الثمن و تركته عند صاحبه، ثم احتبست اياماً ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت لا و الله لا أدعك أو اقاضيك فقال:

أ ترضى بأبي بكر بن عياش قلت: نعم، فاتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر بقول من تحب «تريد» ان اقضى بينكما أ بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام، و إلا فلا بيع له.

و ثانياً: انه قد تقدم في خيار الغبن انه لا يصح الاستدلال به على نفى اللزوم و ثبوت الخيار.

و ثالثاً: ان هذه المعاملة قبل مضي الثلاثة محكومة باللزوم، و خارجة عن تحت الحديث بالنص و الاجماع، فلا يصح التمسك به بعدها بناء على عدم جواز التمسك بما لا عموم زمانى له بعد مضي زمان التخصيص.

و رابعاً: ان الضرر من ناحية كون تلفه منه لا يرتفع بالحديث لقاعدة: كل مبيع تلف ... الخ و من الناحيتين الأخيرتين يمكن التخلص منه بالالتزام بان له اخذ المبيع مقاصه عن الثمن.

ثانيها: ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع و تسلم الثمن على غير وجه المسامحة عرفاً، و حيث انه غير منضبط عرفاً حدده الشارع الأقدس بثلاثة ايام، فمرجه الى الشرط الضمنى و الخيار عند تخلف الشرط، و هذا في الجملة و ان كان متيناً الا انه لا يثبت به ما افتي الاصحاب به من اختصاصه بالبائع و غير ذلك من القيود.

(١) ثالثها الاخبار كصحيح على بن يقطين «١» و خبر اسحاق بن عمار «٢» و رواية ابن الحجاج «٣» المذكورة في المتن.

(١) الوسائل - باب ٩ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) نفس المصدر ح ٤.

(٣) نفس المصدر ح ٢

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧

و صحيحة زرارة عن ابي جعفر (عليه السلام) قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول آتيك بثمنه قال ان جاء ما بينه وبين ثلاثة ايام و إلا فلا بيع له. (١)

و ظاهر هذه الاخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال روى اصحابنا انه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، و قال للبائع اجيئك بالثمن و مضى،

فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له و ان لم يرتجع بطل البيع، انتهى.

و ربما يحكى هذا عن ظاهر الاسكافي المعبر بلفظ الروايات، و توقف فيه المحقق الاردبيلي، و قواه صاحب الكفاية، و جزم به في الحدائق طاعنا على العلامة في المختلف حيث انه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور، ثم اختار المشهور مستدلاً بأن الأصل بقاء صحة العقد و حمل الأخبار على نفي اللزوم.

(١) و صحيح زرارة «١» المذكور في المتن، و نحوها غيرها و أما معتبر علي بن يقطين عن ابي الحسن (عليه السلام): عن رجل اشترى جارية و قال:

أجيئك بالثمن، فقال: ان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له «٢».

فهو غير معمول به بين الأصحاب، و لا قائل به، و على فرض عدم وهنه بذلك فلمعارضته مع ما تقدم لا بد من طرحه أو حمله على استحباب الصبر له و عدم الفسخ الى مضي المدّة المذكورة كما قيل، أو مخصوص بالجارية كما عن الشيخ الطوسي.

و على اي حال: فالمعتمد هي النصوص المتقدمة،

و تحقيق القول فيها، ان محتملاتها ثلاثة:

الأول: انه يشترط في صحة البيع القبض في الثلاثة، فمع عدم القبض في الثلاثة لا يكون البيع صحيحاً من الأول، استظهره السيد من النصوص.

الثاني: صحة البيع قبل مضي الثلاثة، و بطلانه بمضيها مع عدم القبض أو انفساخ العقد بذلك.

(١) الوسائل - باب ٩ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) نفس المصدر ح ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨

اقول ظهور الأخبار في الفساد في محله إلا- ان فهم العلماء و حملهم الأخبار على نفي اللزوم (١) مما يقرب هذا المعنى مضافاً الى ما يقال من ان قوله (عليه السلام) في اكثر تلك الاخبار لا بيع له ((٢) ظاهر في انتفاء البيع بالنسبة الى المشتري فقط، و لا يكون الا نفي اللزوم من طرف البائع، إلا- ان في رواية ابن يقطين فلا- بيع بينهما، (٣) و كيف كان فلا- اقل من الشك فيرجع الى استصحاب الآثار المترتبة على البيع (٤) و توهم كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، فيرتفع

و المشهور على الأخير، و الآخرون على الثاني،

و الأول خلاف الظاهر، فان ظاهر النصوص سؤالاً و جواباً تامة البيع قبل مضي الثلاثة، و نفي البيع من حين مضيها، فيدور الأمر بين الأخيرين.

و المصنف بعد اعترافه بظهورها في انفسها في الأول منهما ذهب الى ان هناك قرينتين صارفتين عن هذا الظهور.

(١) احدهما: فهم الاصحاب و حملهم الاخبار على نفى اللزوم،

(٢) ثانيتهما: ان قوله (عليه السلام) في اكثر تلك الاخبار لا بيع له ظاهر في ارادة انتفاء البيع بالنسبة الى المشتري خاصة، و حيث ان نفى الصحة لا يعقل من احد الطرفين، فلا محالة يكون المراد منه نفى اللزوم.

(٣) ثم اورد على الثاني منهما: بان في رواية ابن يقطين فلا بيع بينهما و لأجله تردد في ظهورها في نفى اللزوم، قال:

(٤) و لا اقل من الشك فيرجع الى استصحاب الآثار المترتبة على البيع.

اما ما ذكره من القرينة الاولى فيرده ان فهم الأصحاب من حيث هو لا يصلح صارفا عن الظهور ما لم يوجب الاطمئنان بوجود القرينة الصارفة، و حيث انه يحتمل ان يكون منشؤه القرينة الثانية فلا يعتمد عليه، فالعمدة بيان حال الثانية.

قد يقال: ان ظاهر تلك الجملة نفى الصحة من جهة كونها من قبيل نفى الحقيقة نظير لا صلاة الا بطهور.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩

بارتفاعه، مندفع بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، (١) و انما هو حكم مقارن له في خصوص البيع الخالي من الخيار،

و فيه: ان نفى الحقيقة في المخترعات الشرعية كالصلاة صحيح، و أما في الامور الحقيقية الخارجية أو الاعتبارية العقلانية فلا يصح. فتأمل.

و الحق: ان هذه الجملة مسوقة لبيان نفى الحكم بلسان نفى الموضوع، و ظاهر ذلك في نفسه و ان كان عدم ترتب الحكم الشرعي على البيع من غير فرق بين الصحة و اللزوم،

لا ما افاده المحقق الايرواني (رحمه الله) من ان ظاهره نفى البيع المحكوم باللزوم شرعا و عرفا دون مطلق البيع،

الا ان قوله لا بيع له بعد ملاحظة ان الصحة غير قابلة للتبويض بخلاف اللزوم ظاهر في ارادة نفى اللزوم.

و بعبارة اخرى: ان المنفى هو البيع للمشتري لا البيع مطلقا، فمعنى هذه الجملة: انه ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع بخلاف البائع، فان امر البيع بيده فله مطالبة المشتري بالثمن و له ترك ذلك بحل البيع.

و أما قوله (عليه السلام) في خبر ابن يقطين فلا بيع بينهما فلا ينافي ذلك لصديق النسبة اليهما بلحاظ احدهما.

لا- يقال: انه يحتمل ان يكون المراد بالبيع المنفى المبيع كما هو المراد منه في قوله من اشترى بيعا فقولته لا بيع له ايضا ظاهر في فساد البيع و انفساخه.

فانه يقال انه خلاف الظاهر جدا، و مجرد استعماله فيه في صدر الحديث لا يصلح قرينة لذلك.

فتحصل: ان الأظهر ما هو المشهور بين الأصحاب.

(١) قوله مندفع بان اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة ما افاده قدس سره و ان كان متينا فان الصحة عبارة عن كون هذه المعاملة مشمولة لما امضاه الشارع و حكم بثبوت الملكية بعدها، و اللزوم عبارة عن عدم السلطنة على حل المعاملة لا انه من انحاء وجود الملكية كما افاده السيد الا انه لو كان فصلا حقيقيا لها لما كان ذلك مانعا عن اجراء الاستصحاب، فان تبدل مثل هذا الفصل عند العرف لا يوجب تبدل الموضوع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠

ثم انه يشترط في هذا الخيار امور:

احدها: عدم قبض المبيع، (١) و لا- خلاف في اشتراطه ظاهرا، و يدل عليه من الروايات المتقدمة قوله في صحيحة علي بن يقطين

المتقدمة فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما، (٢) بناء على أن البيع، هنا بمعنى المبيع لكن في الرياض انكار دلالة الاخبار على هذا الشرط و تبعه بعض المعاصرين و لا- أعلم له وجهها غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الرواية و احتمال قراءة قبض بالتخفيف و يبيعه بالتشديد (٣) يعنى قبض بئعه الثمن و لا يخفى ضعف هذا الاحتمال لأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر، (٤) بل لم يوجد مع امكان اجراء اصالة عدم التشديد، (٥) نظير ما ذكره فى الروضة من أصالة عدم المد فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاة

و لذا بعد تبدل الجواز فى البيع باللزوم، بانقضاء المجلس مثلا لا يرى العرف الابقاء الملكية الثابتة فى المجلس.

شرائط خيار التأخير

اعتبار عدم قبض المبيع

ثم انه يشترط فى هذا الخيار امور:

(١) احدها: عدم قبض المبيع، و لا خلاف فى اشتراطه ظاهرا.

(٢) و قد استدل لاعتبار هذا الشرط بقوله (عليه السلام) فى خبر على بن يقطين المتقدم فان قبض بيعه بناء على ان البيع هنا بمعنى المبيع.

(٣) و اورد عليه: باحتمال قراءة قبض بالتخفيف و يبيعه بالتشديد، يعنى قبض البائع الثمن. و اجاب المصنف (رحمه الله) عنه بجوابين:

(٤) احدهما: ان استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر، بل لم يوجد.

(٥) ثانيهما: اجراء اصالة عدم التشديد نظير اصالة عدم المد فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاة.

و لكن يرد على الأول: منعه، و على الثانى: ان التشديد و التخفيف من انحاء

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١١

ثم انه لو كان عدم قبض المشتري لعد و ان البائع بأن بذل له الثمن فامتنع من اخذه و اقباض المبيع (١) فالظاهر عدم الخيار لان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار ارفاقا للبائع و دفعا لتضرره، (٢) فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله

وجود الكلمة كالجهر و الاخفات، فاصالة عدم التشديد تعارض اصالة عدم التخفيف، مع ان المخفف مباين بحسب الهيئة مع المشدد، و لا يقاس ذلك باصالة عدم المد، فان مقتضى المد زيادة الهمزة، فيمكن اجراء اصالة عدم الزيادة بخلاف المقام، فالانصاف انه حيث يحتمل قراءة بيعه بالتشديد، و قراءة قبض بالتخفيف فمفاد هذه الجملة اعتبار قبض البائع الثمن. و يحتمل قراءة قبض بالتشديد، سواء قرأ بيعه بالتشديد أو التخفيف. فيكون مفادها اعتبار اقباض المبيع. و يحتمل قراءة بيعه بالتشديد مع قراءة قبض بالتخفيف، فمفادها ايضا اعتبار اقباض المبيع، و لا معين لأحد الأخيرين، فتكون جملة لا يستفاد منها اعتبار اقباض المبيع.

فالأظهر عدم اعتباره،

ثم انها هنا فروعا متفرعة على اعتبار هذا الشرط:

(١) احدها: انه إذا بذل المشتري الثمن و البائع امتنع عن اخذه و اقباض المبيع، هل يثبت الخيار ام لا؟ و الظاهر عدم الخيار لا لما افاده

السيد (رحمه الله) بان المدار في الأخبار على عدم مجيئه بالثمن فمع بذله لا خيار، فان هذا الوجه يتم بالإضافة الى عدم قبض الثمن لا بالإضافة الى عدم قبض المبيع، بل لما افاده المصنف (رحمه الله) (٢) من ان ذلك كالبض بملاحظة ملاك الخيار و هو الارفاق بالبائع، و حيث ان عدم قبض البائع مع بذل المشتري الثمن بامتناع منه، فلا موجب للارفاق، فلا خيار لعدم الملاك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢

و لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده، كما إذا كان بدون اذنه مع عدم قبض الثمن. ففي كونه كالا قبض مطلقاً أو مع استرداده أو كونه قبضاً، وجوه رابعها ابتناء المسألة على ما سيجيء في احكام القبض من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه. و لعله الاقوى (١) إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع، الا من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه و تضرره بعدم وصول ثمنه إليه و كلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصه. و أما مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجرب دليل الضرر بالتقريب المتقدم و ان ادعى انصراف الاخبار الى غير هذه الصورة، لكنه مشكل كدعوى شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، فالاقوى ايضا ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان و عدمه.

ثانيها: انه لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون اذنه مع عدم قبض الثمن ففيه وجوه ثالثها التفصيل بين استرداده و عدمه،

رابعها ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه.

(١) و قد اختار المصنف (رحمه الله) الوجه الرابع، و محصل ما افاده في وجهه: ان ثبوت الخيار للبائع انما يكون من جهة الضرر، و هو انما يكون من جهات:

احداها: من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه و عدم جواز تصرفه فيه.

ثانيها: من جهة تأخير الثمن و عدم الانتفاع به مدة.

ثالثها: من جهة ان ضمان المبيع و تلفه منه.

و الضرر من الجهتين الأوليتين يتدارك بالتمكن من المقاصه باخذ المبيع، و الضرر من الجهة الأخيرة يندفع بالالتزام بعدم الضمان، فلو بنينا على ارتفاعه به لا يبقى محل للخيار و الا فالخيار باق.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان مدرك هذا الخيار ليس هو حديث نفى الضرر بل النصوص الخاصة.

و ثانياً: ان ذلك لو تم فانما هو في صورة امكان الاسترداد، و معه يرتفع الضرر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣

و ربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات ثم يدعه عنده عدم كفاية التمكين (١) و فيه نظر، و الاقوى عدم الخيار لعدم الضمان (٢) و في كون قبض بعض المبيع كالا-قبض لظاهر الاخبار أو كالبض لدعوى انصرافها الى صورة عدم قبض شيء منه أو تبعض الخيار بالنسبة الى المقبوض و غيره استناداً مع تسليم الانصراف المذكور الى تحقق الضرر بالنسبة الى غير المقبوض لا غير وجوه. (٣)

من الناحية الثالثة، فان تلفه و ان كان منه الا انه لا من حيث تلف مال الغير، بل من حيث انه ماله.

و ثالثاً: انه لا يجوز التقاض مع عدم قبض الثمن مطلقاً، بل مع امتناعه عن الاقباض كما لا يخفى.

و استدلل للثالث: بانه مع عدم استرداده يكون اذنا في القبض بقاء، و هو يكفي.

وفيه: ان صورة عدم الاسترداد مع التمكن منه اظن انها خارجة عن مورد النفي و الاثبات.
و استدل للأول- اى كون هذا القبض كلا قبض مطلقا- بالانصراف، اى انصراف النصوص عن صورة تحقق القبض على غير الوجه
المأذون فيه،

و لكن مع ذلك الأوجه هو الثانى، من جهة ان مدرك اعتبار هذا الشرط قوله (عليه السلام)
ان قبض بيعه فلو كان كل منهما بالتخفيف كان مفاده عدم الخيار مع قبض المشتري المبيع،
و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن البائع و عدمه.

(١) ثالثها: لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، ففيه وجوه،

(٢) اختار المصنف (رحمه الله) الخيار على القول بارتفاع الضمان و عدمه على القول بعدم الارتفاع.

و الحق ان يقال: انه ان قلنا بان التمكن و التخليء بنفسه قبض فلا اشكال فى السقوط،
و الا فمقتضى الجمود على ظواهر النصوص عدم سقوطه.

(٣) رابعها: انه لو قبض بعض المبيع فهل هو كلا قبض، أو كالقبض، أو يبعث الخيار

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤

الشرط الثانى: عدم قبض مجموع الثمن (١) و اشتراطه مجمع عليه نصا و فتوى و قبض البعض كلا قبض بظاهر الاخبار المعتضد بفهم
ابى بكر بن عياش فى رواية ابن الحجاج المتقدمة، و ربما يستدل بتلك الرواية تبعا للتذكرة و فيه نظر (٢)

وجوه: اظهرها الأول لظهور قوله (عليه السلام) فان قبض بيعه فى صحيح على بن يقطين «١»
الذى هو المدرك لهذا الشرط فى ارادة قبض المجموع لا البعض.

اعتبار عدم قبض مجموع الثمن

(١) الشرط الثانى: عدم قبض مجموع الثمن.

هذا الشرط مما اتفقت على اعتباره كلمات الأصحاب و نصوص الباب،

انما الكلام فى فروع:

الأول: انه لو قبض البعض فهل يسقط الخيار ام لا؟ وجهان:

استدل العلامة (رحمه الله) للثانى بخبر ابن الحجاج قال: اشترت محملا فاعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه ثم احتبست اياما ثم
جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال: قد بعته،

فضحكت ثم قلت: لا و الله لا أدعك أو افاضيك، فقال لى: ترضى بأبى بكر بن عياش؟

قلت: نعم، فاتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال: أبو بكر يقول من تريد ان اقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي،

قال: سمعته بقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام و الا فلا بيع له «٢»

حيث انه يدل ان قبض البعض كلا قبض.

(٢) و تنظر فيه المصنف و اورد عليه المحقق النائيني (رحمه الله): بان ابن عياش فى ذلك الخبر قد فهم من كلام الامام (عليه السلام)

اعتبار قبض المجموع، و عدم كفاية قبض البعض

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥

و القبض بدون الاذن كعدمه (١) لظهور الاخبار في اشتراط وقوعه بالاذن في بقاء البيع على اللزوم، مع ان ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باق. نعم لو كان القبض بدون الاذن حقا كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه.

فالظاهر عدم الخيار لعدم دخوله في منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخير، (٢) و ربما يقال بكفاية القبض هنا مطلقا مع الاعتراف باعتبار الاذن في الشرط السابق

و المتنازعان قد قنعا بما حكى عن الامام (عليه السلام)،

فاستدل العلامة (رحمه الله) به في محله.

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لأن ابن عياش لم تثبت وثاقته و لا كونه شيعياً،

بل الظاهر كونه عامياً.

و ثانياً: ان فهم ابن عياش و المتنازعين لا يكون حجة علينا.

و ثالثاً: انه ليس في الخبر ما يشهد بان ابن عياش فهم من كلام الامام (عليه السلام) عدم كفاية قبض البعض، كيف و هو غير متضمن

الا لبيان نقل عبارة الامام (عليه السلام) في مقام الحكم،

و لا يتضمن تمييز المحكوم له عن المحكوم عليه.

و بما ذكرناه ظهر انه - مضافا الى عدم صحة الاستدلال به، لا يكون هو معتزدا لما يستفاد من النصوص،

فالمتعين الاستدلال له بظهور الأخبار لأنه يصدق انه ما قبض الثمن.

(١) الفرع الثاني: انه لو قبض البائع الثمن بدون اذن المشتري فهل هو كالا قبض مطلقا، أو كالا قبض المأذون فيه،

ام يفصل بين كونه بحق كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فهو كالا قبض المأذون فيه و بين كونه باطل فلا يسقط الخيار

كما اختاره المصنف (رحمه الله)؟ و جوه.

(٢) و قد استدلل المصنف (رحمه الله) لما اختاره: بان ظاهر الاخبار و ان كان اعتبار وقوعه بالاذن، الا انه إذا كان القبض عن حق

تكون الأخبار منصرفه عنه و لا يتضرر البائع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦

اعنى قبض المبيع نظر إلى انهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم اقباض المبيع إياه، و في طرف الثمن عدم قبضه، (١) و

فيه نظر، لأن هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، فيعبر في طرف الثمن و المثلث بما هو فعل له و هو القبض

في الأول و الاقباض في الثاني، فتأمل.

لا من جهة تأخير الثمن كما هو واضح و لا من جهة ضمان المبيع، لأن له دفع الضرر عن نفسه باقباض المبيع، فإذا لم يقبض كان هو

المقدم على الضرر، بخلاف ما إذا كان القبض عن غير حق، فانه لا يتمكن من دفع ضرر الضمان الا بالوقوع في ضرر التأخير.

و فيه: اولاً: ان المتعين ملاحظة النصوص لا الضرر.

و ثانياً: انه إذا كان القبض بغير اذن لو اقبض البائع المبيع يحل له التصرف في الثمن فهو متمكن عن دفع الضرر في الفرضين باقباض

المبيع من دون ان يقع في ضرر التأخير.

و ثالثا: ان عدم جواز تصرفه في الثمن حتى مع عدم اقباض المبيع لم يدل عليه دليل،
و مجرد ان له الامتناع عن اقباض الثمن لا يصلح شاهدا لعدم جواز تصرفه فيه بعد كونه ملكا له.
(١) و استدلالا: بان المدار في الاخبار على مجيء الثمن و لا يصدق ذلك في المفروض.
و فيه: ان هذا العنوان لا موضوعية له قطعا، و لذا لو فرض كونه مقبوضا له قبل ذلك أو في ذمته لا يحتاج الى شيء آخر، بل هو طريق
الى وصول الثمن الى البائع المتحقق في الفرض.
فالأظهر هو الثاني،
و يؤيده ان قبض الثمن ارتضاء للبيع، فيكون مسقطا للخيار من هذه الجهة،
و لعل سر تعبير الأصحاب عن هذا الشرط بعدم قبض الثمن هو ذلك
منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧
و لو اجاز المشتري قبض الثمن بناء على اعتبار الاذن كانت في حكم الاذن (١) و هل هي كاشفة أو مثبتة اقواهما الثاني (٢) و يترتب
عليه ما لو قبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها.
الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين، (٣) لأن المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر في مخالفته الأصل على منصرف
النص مع انه في الجملة اجماعى.

(١) الفرع الثالث: بناء على اعتبار الاذن لو قبض البائع الثمن قبل مضي الثلاثة و اجاز المشتري بعد مضيها، فهل هي كاشفة فالخيار
ساقط، ام مثبتة فهو باق؟ وجهان.
(٢) اختار المصنف (رحمه الله) الثاني.
و اورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بقوله: الظاهر انه لا ثمره لهذا البحث، فان الرضا المذكور ان كان كاشفا أو كان مؤثرا في
كون القبض اذنيا من الحين كان مقتضاه عدم الخيار،
اما على الأول: فواضح، و أما على الثاني: فلأن اجازة القبض السابق تدل على الرضا بالمعاملة و هو من مسقطات الخيار.
و فيه: ان الرضا بالمعاملة ان كان مسقطا للخيار فهو رضا من له الخيار، و من له الخيار في المقام هو البائع و الراضى هو المشتري.
و كيف كان: فالأظهر هو الثاني، فان القول بالكشف انما يكون في تأثير العقد في الملكية التي هي امر اعتبارى، و أما في الامور
الخارجية كاتصاف العقد بكونه مجازا فلا يعقل فيه الكشف و الا لزم انقلاب الشيء عما وقع عليه.
و عليه ففي المقام إذا كان المسقط للخيار القبض المأذون فيه في الثلاثة فالإجازة بعدها لا توجب اتصاف القبض في الثلاثة بكونه
ماذونا فيه، فالمتعين هو البناء على عدم الكشف.
الشرط الثالث و الرابع
(٣)

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين

بلا خلاف فيه، بل هو اجماعى في الجملة.
منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨
الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبرة، (١) نص عليه الشيخ في عبارته المتقدمة في نقل مضمون روايات
اصحابنا و ظاهره كونه مفتى به عندهم، و صرح به في التحرير و المذهب البارع و غاية المرام و هو ظاهر جامع المقاصد حيث قال لا

فرق في الثمن بين كونه عينا أو في الذمة، وقال في الغنية و روى اصحابنا ان المشتري إذا لم يقبض المبيع وقال اجيئك بالثمن و مضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثا ثم هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن، هذا إذا كان المبيع مما يصح بقاءه، فإن لم يكن كذلك كالخضراوات فعليه الصبر يوما واحدا، ثم هو بالخيار ثم ذكر ان تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري و بعده من مال البائع ثم قال و يدل على ذلك كله اجماع الطائفة، انتهى.

و في معقد اجماع الانتصار و الخلاف و جواهر القاضى لو باع شيئا معيناً بثمان معين لكن في بعض نسخ الجواهر لو باع شيئا غير معين، و قد اخذ عنه في مفتاح الكرامة و غيره و نسب الى القاضى دعوى الاجماع على غير المعين، و اظن الغلط في تلك النسخة.

و قد استدلل له: بان المتبادر من النص غير ذلك.

توضيحه: انه لو اشترط تأخير الثمن فحيث ان الشرط في ثبوت الخيار عدم مجيء المشتري بالثمن، و هذا انما هو فيما من شأنه ان يجيء به، و مع اشتراط التأخير ليس من شأنه ذلك، فيكون الفرض خارجا عن مورد النص.

و لو اشترط تأخير المبيع، فحيث ان الشرط عدم اقباض البائع، فيما وظيفته الاقباض، فلا يشمل ما إذا كانت وظيفته عدمه.

(١)

الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا أو شبهه،

كصاع من صبرة، نص عليه شيخ الطائفة في عبارة ظاهرة في كونه مفتى به عندهم، و صرح به في التحرير و المذهب البارع، و جامع المقاصد و غيرها.

و ملخص القول فيه بالبحث في موارد:

الأول: فيما يستفاد من كلمات الأصحاب.

الثاني: فيما تقتضيه قاعدة نفى الضرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩

و الظاهر ان المراد بالثمن المعين في معقد اجماعهم هو المعلوم في مقابل المجهول لأن تشخص الثمن غير معتبر اجماعا. و لذا وصف في التحرير تبعا للمبسوط المبيع بالمعين و الثمن بالمعلوم، و من البعيد اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف الى اجماع الفرقة و اخبار هم مع ما نسبه في المبسوط الى روايات اصحابنا مع انا نقول ان ظاهر المعين في معقد الاجماع التشخص العيني لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول و لو كان كليا خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة الى الثمن للاجماع على عدم اعتبار التعيين فيه مع انه فرق بين الثمن المعين و الشئ المعين، فإن الثاني ظاهر في الشخصى بخلاف الأول. و أما معقد اجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسألة فهو مختص بالشخصى، لانه ذكر في معقد الإجماع ان المشتري، لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين و لا يخفى ان العين ظاهر في الشخصى هذه حال معقد الإجماعات. و أما حديث نفى الضرر فهو مختص بالشخصى (١) لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى

الثالث: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فقد اتعب المصنف (رحمه الله) نفسه الزكية لاثبات ان المشهور بين الأصحاب اعتباره،

و لكن يرد عليه:

اولا: ان غاية ما اثبتته (قدس سره) سكوت الفقهاء عن بيان حكم غير المبيع الشخصى،

و هذا لا يدل على الاختصاص.

و ثانيا: انه معارض بان الشهيد (رحمه الله) نسب الخلاف الى الشيخ فقط، و قد نسب التعميم الى الأكثر، و عن الاحتجاج: دعوى الاجماع عليه.

و ثالثا: انه غير بالغ حد الاجماع.

و رابعا: انه لو كان بالغاً حده لما كان حجة بعد معلومية مدرک المفتين.

(١) و أما المورد الثاني: فقد افاد المصنف (رحمه الله): ان قاعدة نفى الضرر تقضى الاختصاص، إذ المبيع الشخصى مضمون على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمانه، و عدم جواز التصرف فيه، و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠

و أما النصوص فروايتا ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع المراد به المبيع الذى يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع و لا مناسبة فى اطلاقه على الكلى (١) كما لا يخفى و رواية زرارة ظاهرة أيضا فى الشخصى من جهة لفظ المتاع، و قوله: يدعه عنده فلم يبق الا قوله (عليه السلام) فى رواية ابى بكر بن عياش: من اشترى شيئا، فإن اطلاقه و ان شمل المعين و الكلى، الا ان الظاهر من لفظ الشىء الموجود الخارجى، كما فى قول القائل اشترت شيئا، «و لو فى ضمن امور متعددة كصاع من صبرة» و الكلى المبيع ليس موجودا خارجيا، إذ ليس المراد من الكلى هنا الكلى الطبيعى الموجود فى الخارج، لأن المبيع قد يكون معدوما عند العقد و الموجود منه قد لا يملكه البائع حتى يملكه، بل هو امر اعتبارى يعامل فى العرف و الشرع معه معاملة الاملاك، و هذه المعاملة و ان اقتضت صحة اطلاق لفظ الشىء عليه أو على ما يعمه، الا انه ليس بحيث لو اريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجى الشخصى احتيج الى قرينه على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور،

و اورد عليه السيد الفقيه: بانه يكفى فى لزوم الضرر لو كان المبيع كليا ضرر الصبر عن الثمن و ان لم يكن ضمان.

وفيه: ان ضرريه تأخير الثمن انما تكون من جهة عدم وصول ما انتقل إليه،

و حرمانه من التصرف فيما انتقل عنه و الا فمجرد حرمانه عن الانتفاع بالثمن لا يعد ضررا،

بل هو عدم النفع، و معلوم ان هذا يختص بالمبيع الشخصى. و لكن الذى يسهل الخطب ان المدرک لهذا الخيار ليس هو حديث نفى الضرر.

و أما المورد الثالث: فالألفاظ الواقعة فى النصوص المأخوذة موضوعا لهذا الخيار ثلاثة: البيع، المتاع، الشىء. و قد ادعى المصنف (رحمه الله) اختصاص الجميع بالشخصى.

(١) اما الاول: فبدعوى ان المراد بالبيع المبيع، و هو قبل البيع يطلق على العين الشخصية باعتبار معرضيته للبيع، و لا مناسبة فى اطلاقه على الكلى.

وفيه: اولاً: ان اطلاق البيع ليس باعتبار المعرضية، إذ ليس هنا هذا العنوان بل باعتبار المشاركة و الأول: و عليه فكما يشمل الشخصى يشمل الكلى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١

و المطلق المنصرف إلى بعض افراده انصرفا لا- يحوج إرادة المطلق الى القرينة، (١) فلا- يمكن هنا دفع احتمال ارادة خصوص الموجود الخارجى باصالة عدم القرينة فافهم.

فقد ظهر مما ذكرنا ان ليس فى ادلة المسألة من النصوص و الاجماع المنقولة و دليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى، و ربما ينسب التعميم الى ظاهر الأكثر لعدم تقييدهم البيع بالشخصى، و فيه ان التأمل فى عباراتهم، مع الانصاف يعطى الاختصاص بالمعين،

أو الشك في التعميم، مع انه معارض بعدم تصريح احد بكون المسألة محل الخلاف من حيث التعميم و التخصيص، الا الشهيد في الدروس، حيث قال: ان الشيخ (رحمه الله) قيد في المبسوط هذا الخيار بشراء المعين، فإنه ظاهر في عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الاصحاب، لكنك عرفت ان الشيخ (رحمه الله) قد اخذ هذا التقييد في مضمون روايات اصحابنا

و ثانيا: ان اطلاقه في خبر اسحاق بن عمار انما يكون على نحو الحقيقة، لقوله من اشترى بيعا إذ من المعلوم ان الاشتراء انما يكون بعد البيع، فهذا الاطلاق حقيقى و يصدق على الكلى ايضا.

و أما الثانى، فالانصاف انه مختص بالشخصى، لأن المتاع ما يتمتع به و ينتفع به،

و من المعلوم ان هذا شأن الشخصى دون الكلى، مضافا الى قوله يدعه فانه ظاهر فى الشخصى.

و ما افاده المحقق الايروانى (رحمه الله) من ان المراد به عدم قبضه الشامل للكلى، خلاف الانصاف، الا انه لا مفهوم له كى يدل على عدم ثبوت الخيار فيما إذا كان المبيع كليا،

فيعارض مع غيره و يقيده.

و أما الثالث: فربما يدعى اختصاصه بالشخصى لوجهين:

الأول: ان الشيئية مساوقة للوجود، فهو لا يصدق على الكلى.

و فيه: ان هذا و ان كان تاما الا- انه لا- اختصاص له بالموجود الخارجى، بل يشمل كل ماله نحو من الثبوت، و من انحائه الثبوت فى الذمة.

(١) الثانى: ما افاده المصنف (رحمه الله)، و حاصله: ان ارادة الشخصى منه على العموم

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢٢

و كيف كان، فالتامل فى ادلة المسألة و فتاوى الاصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعين، ثم ان هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما قال (١) فى التحرير و لا خيار للبائع لو كان فى المبيع خيار لأحدهما.

و فى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسألة بقوله: و لم يشترطا خيارا لهما أو لاحدهما، و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط، و يحتمل ان يكون الاقتصار عليه لعنوان المسألة فى كلامه بغير الحيوان و هو المتاع، و كيف كان، فلا اعرف وجها معتمدا فى اشتراط هذا الشرط سواء اريد ما يعم خيار الحيوان ام خصوص خيار الشرط، و سواء اريد مطلق الخيار و لو اختص بما قبل انقضاء الثلاثة ام اريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة.

ليست بحيث تحتاج الى قرينة، فيمكن ان يدعى انه المراد و لا يمكن نفيه باصالة عدم القرينة، كما فى المجاز المشهور، و المطلق المنصرف الى بعض افراده انصرافا لا يحوج ارادة المطلق الى القرينة.

و فيه: ان المقام ليس نظيرا للمجاز المشهور، فلو كان فهو من قبيل المطلق المنصرف، و هو ممنوع، لأن بيع الكلى متداول، فلا ترجيح لأحد الثبوتين على الآخر حتى يدعى الانصراف الى احدهما، مع ان المدار فى حجية العموم ظهوره فى العموم لا إصالة عدم القرينة.

فتحصل: ان الأظهر عدم الاختصاص بالشخصى.

ما قيل باعتبارها فى خيار التأخير

(١) و هنا امور قيل باعتبارها فى هذا الخيار،

منها عدم الخيار لأحدهما أولهما.

و فيه اقوال اربعة:

الأول: ما عن العلامة في التحرير، هو: اشتراط خيار التأخير بعدم الخيار للبائع و المشتري مطلقا.

الثاني: ما عن ابن ادريس، و هو: اعتبار ان لا يكون لهما خيار الشرط لا مطلق الخيار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣

سواء احدث فيها ام بعدها و اوجه ما يقال في توجيه هذا القول مضافا الى دعوى انصراف النصوص الى غير هذا الفرض ان شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير و تأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع.

و توضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في احكام الخيار، من انه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، (١) و لو تبرع احدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما في يده الآخر، و له استرداد المدفوع قضية للخيار، و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى.

الثالث: ما مال إليه صاحبا مفتاح الكرامة و الجواهر، و هو: اعتبار ان لا يكون للبائع خيار، و أما خيار المشتري فلا يعتبر عدمه.

الرابع: ما هو المشهور، و هو: عدم اعتبار هذا الشرط مطلقا.

و قد استدلل للأول بوجوه:

(١) منها: ان من احكام الخيار عدم وجوب تسليم الثمن أو المثلث لمن له الخيار،

و بالتبع لا يجب على الآخر تسليم ما انتقل عنه.

و قد تقدم ان ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير،

كما ان ظاهرها ايضا كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الاقباض.

و فيه: ان ما افاده من ان من احكام الخيار عدم وجوب اقباض من له الخيار ما انتقل عنه- و ان اعترف به المصنف (رحمه الله) في باب

القبض الا انه غير تام، إذ لا مدرك له سوى ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله)،

و هو: ان القبض و الإقباض من الشروط الضمنية، فإذا كان العقد خياريا كان كذلك بجميع ما تضمنه من الشروط، فكما لا يجب

الوفاء بالعقد لا يجب الوفاء بما في ضمنه من الشروط. هذا بالنسبة الى من له الخيار،

و أما الآخر فلا يجب عليه التسليم، لأن التسليم و التسلم التزام من الطرفين،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤

و حينئذ فوجه هذا الاشتراط ان ظاهر الاخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير، و ذو الخيار له حق التأخير، و ظاهرها

ايضا كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الاقباض.

و الحاصل ان الخيار بمنزلة تأجيل احد العوضين و فيه بعد تسليم الحكم في الخيار و تسليم انصراف الاخبار الى كون التأخير بغير حق

(١) انه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق، (٢) و كون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاهم على ثبوته فيه

(٣) كما يظهر من المختلف، و ذهب الصدوق الى كون الخيار في الجارية بعد شهر، الا- ان يراد بما في التحرير عدم ثبوت خيار

التأخير ما دام الخيار ثابتا لأحدهما،

فإذا لم يف احدهما به لا يجب على الآخر ذلك،

و هو غير تام، فان الخيار ليس الا السلطنة على حل العقد، و أما الشروط فان كان وجه توهم عدم وجوب الوفاء بها انها تابعة للعقد،

فبرد عليه: ان التبعية انما تكون في الوجود لا في دليل النفوذ و اللزوم، فان دليل لزومها المؤمنون عند شروطهم، و ان كان وجهه انه إذا كان العقد جائزا لا معنى لكون الشرط لازما فبرد عليه ما تقدم في مبحث خيار المجلس و الحيوان من ان ذلك فاسد، و انه لا منافاة بين ان يكون له اعدام الموضوع، و لكن على فرض بقاء الموضوع يجب عليه الوفاء بالشرط. و أما المقدمة الثانية المذكورة في الاستدلال فهي تامه، و قد مر تقريبها في الشرط الثالث. و بذلك يظهر انه لا مورد لقول المصنف (رحمه الله)

(١) و تسليم انصراف الاخبار الى كون التأخير بغير حق الموهوم لعدم التسليم.

و اورد عليه المصنف: - مضافا الى منع المقدمتين - بوجهين آخرين:

(٢) احدهما: ان لازمه كون مبدأ الثلاثة بعد التفرق، مع ان ظاهر الاخبار كونه من حين العقد.

(٣) ثانيهما: ان لازمه عدم جريان خيار التأخير في بيع الحيوان لثبوت خياره للمشتري، مع اتفاقهم على ثبوته فيه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥

فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة (١) و قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة اخرى، فيسقط معه هذا الخيار لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره، و قد اندفع بغيره و لدلالة النص و الفتوى على لزوم البيع في الثلاثة فيختص بغير صورة ثبوت الخيار له قال: (٢) و دعوى ان المراد من الاخبار اللزوم من هذه الجهة مدفوعة، بأن التأخير سبب للخيار، و لا يتقيد الحكم بالسبب (٣) و بين ما إذا كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه مع ان اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان و وجه ضعف هذا التفصيل ان ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة. و أما ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب

(١) ثم اجاب عن الثاني: بانه يمكن ان يكون مراد المستدل ان مبدأ الثلاثة في خيار التأخير بعد انقضاء ثلاثة الحيوان، من جهة انه مقتضى الجمع بين دليل خيار الحيوان و ما دل على عدم استحقاق التسليم في زمان الخيار و دليل خيار التأخير. و بهذا البيان ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على المصنف (رحمه الله) من عدم ارتباط هذا الجواب بما اوردته على المستدل، و لكن يرد عليه: ان هذا الجمع ليس عرفيا، فانه إذا كانت المنافاة بين دليل خيار الحيوان و دليل خيار التأخير - من جهة ان خيار الحيوان يوجب فقد شرط خيار التأخير،

حيث انه يكون عدم التسليم عن حق، و الشرط هو عدم التسليم عن غير حق - لا يصح الجمع بالنحو المذكور.

(٢) و منها: ان الاخبار ظاهرة في لزوم البيع في الثلاثة، و خياريته بعدها، و حيث ان الخيار الثابت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق، فالمنفى في الثلاثة هو الخيار المطلق، فيختص بغير صورة ثبوت الخيار في الثلاثة.

(٣) و دعوى ان المثبت بعدها الخيار المقيد بكونه عن سبب خاص،

مندفعة باستحالة تقييد المسبب بسببه، و الا لزم كون الشيء مقتضيا لنفسه و لاقتضائه و هو محال و دعوى ان المنفى خصوص خيار التأخير - اى ان المراد بالأخبار اللزوم من هذه الجهة مندفعة بمنافاته لقرينته المقابلة و تأخير الثمن من المشتري،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦

فلا يمنع من كون نفى الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتأخير (١) و لذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس و منها تعدد المتعاقدين لأن النص مختص بصورة التعدد، (٢) و لأن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس (٣)

و بهذا يندفع ما اجاب به المصنف (رحمه الله) عن هذا الوجه.

(١) من ان عدم تقييد الحكم بالسبب لا يمنع من كون نفى الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتأخير.

و لكن يرد عليه: ان المثلث ليس هو الخيار المقيد بالسبب و لا المطلق، بل الحصّة الخاصّة من طبعي الخيار، و المنفى في الثلاثة ذات تلك الحصّة لا مطلق الخيار.

و منها: انصراف النصوص الى غير هذا الفرض.
و فيه: انه لا وجه لدعوى الانصراف.

و قد استدل للثاني: بان مرجع شرط الخيار الى شرط تأخير المبيع من البائع، إذ مرجعه الى اخذ زمام العقد بيده، فله السلطنة عليه بما له من المقتضيات التي منها التسليم،
و قد تقدم اعتبار ان لا يكون التأخير عن حق.

و فيه: ان لزوم التسليم من آثار العقد اعم من اللازم و الجائز، و عليه فشرط الخيار لا يكون شرطا لكون زمام هذا الأثر بيده.
و قد استدل للثالث: بان هذا الخيار جعل لاندفاع ضرر البائع، فإذا كان هذا الضرر مندفعاً من جهة ثبوت الخيار له من جهة اخرى فلا موجب لخيار التأخير.

و فيه: ان مدرك هذا الخيار هو النصوص، فلا بد من ملاحظتها دون رعاية حكمه الجعل.
فتحصل: ان الأظهر هو القول الرابع.

و مما قيل باعتباره: تعدد المتعاقدين، و قد استدل لاعتباره بوجهين:
(٢) احدهما: ان النص مختص بصورة التعدد، فان مورده ذلك.

و فيه: ان القبض و الاقباض من وظائف المالكين أو من له الولاية أو الوكالة المفوضه لا العاقدين بما هما عاقدان، و عليه فالعبرة بتعدد المتبايعين لا المتعاقدين.

(٣) ثانيهما: ان هذا الخيار يثبت بعد خيار المجلس، و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧
و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع اسقاطه.

و فيه ان المناط عدم الاقباض و القبض و لا إشكال في تصويره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما. و أما خيار المجلس فقد عرفت انه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد و على تقديره فيمكن اسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد وليا بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأولان اعنى عدم الاقباض و القبض، و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد، و منها ان لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية (١) فإن المحكى عن الصدوق في المقنع، انه إذا اشترى جارية فقال: اجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر و إلا فلا بيع له و ظاهر المختلف نسبة الخلاف الى الصدوق في مطلق الحيوان و المستند فيه رواية ابن يقطين عن رجل اشترى جارية فقال: اجيئك بالثمن فقال: ان جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر، و الا فلا بيع له و لا دلالة فيها على صورة عدم اقباض الجارية و لا قرينة على حملها عليها، (٢) فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن الى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه الى شهر،

و فيه: اولاً: ان خيار المجلس انما يثبت له إذا كان وليا أو وكيلاً مفوضاً من الجانبين أو من جانب و مالكا من طرف آخر، و لا يثبت للعاقد بما هو عاقد.

و ثانياً: انه يمكن اسقاطه أو اشتراط عدمه.

و ثالثاً: انه قد تقدم انه لا يثبت بعد خيار المجلس فالأظهر عدم اعتبار هذا الشرط ايضاً.

(١) و منها: ان لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية.

و قد استدلل له بخبر ابن يقطين «١» المذكور في المتن.

(٢) و اورد عليه المصنف (رحمه الله): بانه غير ظاهر في ارادة صورة عدم اقباض الجارية،

و يحتمل حملة على اشتراط المجيء بالثمن الى شهر، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه الى شهر.

(١) الوسائل - باب ٩ - من ابواب الخيار حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨

و كيف كان، فالرواية مخالفة لعمل المعظم فلا بد من حملها على بعض الوجوه،

ثم ان مبدأ الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد، (١) وجهان، من ظهور قوله فإن جاء بالثمن بينه و بين ثلاثة أيام في كون مدة الغيبة ثلاثة و من كون ذلك كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيام، كما هو ظاهر قوله (عليه السلام) في رواية ابن يقطين الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و هذا هو الأقوى. (٢)

وفيه: ما ذكره من عدم ظهوره في صورة عدم اقباض الجارية حق، لكن قد عرفت عدم اعتبار اقباضه في هذا الخيار،

مع انه لو قلنا باعتباره عدم ظهور هذا الخبر في اعتباره لا يكون اشكالا عليه، إذ لا يجب تعرض الدليل لجميع الخصوصيات، مضافا الى امكان الالتزام بالفرق و انه لا يعتبر ذلك في بيع الجارية.

و أما الحمل الأول فيبعده (فاء) التفرغ المعتضد بعدم تعيين المدة.

و أما الحمل الثاني فهو ابعده، فان قوله فلا بيع له كيف يحمل على الاستحباب فالصحيح الجواب عنه باعراض الأصحاب عنه و عدم عملهم به.

(١) قال المصنف ثم ان مبدأ الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد...

ظاهره (رحمه الله) ابتداء المسألة على ان المراد بالمجيء بالثمن في قوله ان جاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام، هل هو معناه الظاهر الملازم للافتراق إذ لا يمكن المجيء مع الاجتماع، أو معناه الكنائى و هو عدم اقباض الثمن، و هو (قدس سره)

(٢) قوى الثانى بقرينة قوله (عليه السلام) في خبر ابن يقطين: فان قبض بيعه.

و لكن يرد عليه: ان خبر ابن يقطين في المبيع و غيره في الثمن، فلا يكون احدهما قرينة على الآخر، و الظاهر لا يرفع اليد عنه بواسطة احتمال ارادة المعنى الكنائى، اللهم الا ان يقال: ان من المعلوم عدم اعتبار المجيء بهذا المعنى، و انه لو كان عنده الثمن فاقبضه لا يكون كافيا، فلا محالة يكون المراد به الاقباض. فالأقوى ان المبدأ من حين العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر:

إشارة

احدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا اشكال، و لا خلاف، (١) و في سقوطه بالاسقاط في الثلاثة وجهان، (٢) من ان السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة (٣)

سقوط خيار التأخير بالاسقاط

و تمام الكلام فى المقام فى طى مسائل:

الاولى: فى مسقطاته، أو قيل بكونه مسقطا،

(١) احدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا خلاف بين الاصحاب.

و لكن مدرک هذا الخيار ان كان هو الاجماع صح ما افاده و ان كان هى الأخبار أو قاعدة نفى الضرر لا يصح،

اما إذا كان هى النصوص فلأن مفادها نفى اللزوم بعد الثلاثة، و بديل ذلك هو الجواز لا حق الخيار القابل للاسقاط،

كما انه ان كان المدرک هى قاعدة نفى الضرر لا يصح اسقاطه، فان مقتضاها كما تقدم نفى اللزوم خاصة لا إثبات حق خيارى قابل

للاسقاط، بل هو يلائم مع كونه جوازا حكما غير قابل للاسقاط،

و مقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشىء من المسقطات.

لا يقال: انه يلتزم بسقوطه بالاسقاط بواسطة الاجماع.

فانه يجاب عنه: اولاً: انه غير ثابت،

و ثانياً: انه ليس اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأى المعصوم (عليه السلام)،

و مع الاغماض عن ذلك و تسليم سقوطه بالاسقاط و انه حق يقع، الكلام فى اسقاطه و مسقطاته.

(٢) و فى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة و جهان:

قد استدل على عدم سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة بوجهين:

(٣) احدهما: انه انما يثبت بعد الثلاثة، و سببه الضرر الحاصل بالتأخير غير المحقق فى الثلاثة، فاسقاطه اسقاط لما لا يجب، فلا يصح.

و فيه: ان اسقاط ما لم يجب منجزاً غير معقول، و أما معلقاً على ثبوته فهو معقول

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠

و لذا صرح فى التذكرة بعدم جواز اسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بكون مبدئه بعده، مع انه اولى بالجواز و من ان العقد سبب

الخيار، فيكفى وجوده فى اسقاطه (١) مضافاً الى فحوى جواز اشتراط سقوطه فى ضمن العقد. (٢)

و لا دليل على مبطلية التعليق سوى الاجماع غير الشامل للمقام من جهة انه تعليق على ما يتوقف على الشىء، بل مبطلية التعليق مطلقاً

فى غير البيع غير مسلمة.

ثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهاني (رحمه الله)، و هو: ان المراد بالاسقاط ان كان هو الاسقاط الفعلى المنجز فهو غير معقول، و ان

كان المراد الاسقاط معلقاً على تقدير ثبوته فهو معقول، الا انه لا دليل على نفوذه، فان الدليل على جواز اسقاط الحق هى القاعدة

المجمع عليها من انه لكل ذى حق اسقاط حقه، و الظاهر منها ان من كان له حق فعلاً له اسقاطه فعلاً، و لا يشمل المقام.

و فيه: ان تلك القاعدة ليست مضمون رواية خاصة كى يستدل بظاهرها، بل هى مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم فى خيار

المجلس، و هو غير مختص بالصورة المفروضة،

مع انه قد تقدم فى ذلك المبحث ان مدرک مشروعيته فحوى ما دل على ان التصرف انما يكون مسقطاً لكونه اسقاطاً للحق و التزاماً

بالعقد. فراجع.

و قد استدل لجواز اسقاطه بوجه:

احدها: ما افاده المصنف (رحمه الله)، و هو:

(١) ان العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في اسقاطه.

و فيه: ما تقدم في خيار المجلس مفصلا من انه لا ثبوت للشئ قبل تحقق جميع اجزاء علته، و ان تحقق مقتضيه، و لا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع ان تمييز المقتضيات عن الشروط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات و الأسباب و الشرائط مقتضيات قطعاً. و تمام الكلام في محله.

الثاني: ما افاده المصنف (رحمه الله) ايضاً، و هو:

(٢) فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد.

و فيه: ما سيجيء منه (قدس سره) من انه يتم ذلك لو كان المدرك في الأصل الاجماع،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد، (١) حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد، و لعله لعموم أدلة الشروط (٢) و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على ان السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإن الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون شرط، (٣) فإن كان اجماع على السقوط بالشرط، كما حكاه بعض قلنا به، بل بصحة الاسقاط بعد العقد لفحواه و إلا فلنظر فيه مجال.

و أما ان كان المدرك عموم ادلة الشروط فهو غير ثابت في الأصل.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله)، و هو: ان اسقاطه قبل ثبوته مرجعه الى اجتيازه عن حق مطالبة الثمن الثابت بالعقد.

و فيه: ان حق المطالبة لم يثبت كونه من الحقوق، و لعله من الأحكام غير القابلة للاسقاط.

فالصحيح ما ذكرناه في وجه سقوطه بالاسقاط في ضمن الجواب عن ادلة المانعين.

فراجع.

(١) الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد.

(٢) و قد استدلل لكونه مسقطاً بعموم ادلة الشروط «١» و اورد عليه المصنف بناء على عدم جواز اسقاطه في الثلاثة:

(٣) بان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون الشرط.

و فيه: اولاً: ان المشروط ان كان سقوطه بعد ثبوته لا يكون ذلك خلاف المشروع بل هو مشروع.

و ثانياً: ان المشروط ان كان هي النتيجة يكفي ادلة الشروط دليلاً لصحة الشرط المذكور. و تمام الكلام في محله.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار و باب ٤ من ابواب كتاب المكاتب من كتاب العتق و غيرهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة (١) فإن المصرح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذ، و قيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً و

هو حسن لو استند في الخيار الى الاخبار.

و أما إذا استند فيه الى الضرر، فلا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار (٢) و لو فرض تضرره سابقاً

بالتأخير، فالخيار لا يوجب تدارك ذلك و انما يتدارك به الضرر المستقبل، و دعوى ان حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء

الخيار مدفوع، بأن الاحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمان: و لا يبعد دعوى انصراف

الاخبار الى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد بأن يقال: بأن عدم حضور المشتري علته لانتهاء اللزوم يدور معها وجوداً و عدماً، و كيف

كان فمختار التذكرة لا يخلو عن قوة.

بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

(١) الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

يقع الكلام تارة: بناء على كون المدرك قاعدة نفى الضرر،
و اخرى: بناء على كونه الأخبار.

(٢) اما على الاول: فقد ادعى المصنف (رحمة الله) انه مسقط، وذلك لانه لا ضرر في حال البذل فلا يضرر ليتدارك بالخيار، و الضرر السابق لا يتدارك به و انما المتدارك به الضرر المستقبل، و لا سبيل الى توهم كفاية حدوث الضرر لبقاء الخيار، لأن الحكم يدور مدار بقاء موضوعه.

و اورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله): بان الخيار حكم عدمي، و هو عنوان لعدم حكم الشارع باللزوم، و عدم حكم الشارع هذا يستصحب عند الشك، و ارتفاع المناط انما يضر باستصحاب الحكم الوجودي دون العدمي.
وفيه: ان الخيار امر وجودي قطعاً، و هو ملك فسخ العقد و السلطنة على حله.
و ربما يورد عليه: بان مفاد لا ضرر نفى الحكم عن الموضوع الضروري، و مع انتفاء
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣

...

الضرر بما ان الموضوع يكون باقياً و تبدل الضرر من قبيل تبدل الحالة لا يضر بالاستصحاب.
وفيه: ان المختار عنده و عندنا ان المنفى هو الحكم الضروري، فإذا لم يكن الحكم ضرورياً لا يكون منفيًا.
و أما على الثاني: فمقتضى اطلاق النصوص و عدم استفعالها بين دفع المشتري للثمن بعد الثلاثة و عدمه عدم كونه مسقطاً،
و لكن المصنف (رحمه الله) كأنه لا يسلم ذلك، لأنه بعد نقل الاستدلال لعدم السقوط بالاستصحاب قال: و هو حسن لو استند في
الخيار الى الأخبار، و لعل منشأه ان قوله (عليه السلام)

ان جاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام لا إطلاق له ليشمل ما بعد لا لثلاثة، و حيث ان الشرطية الثانية تصريح بمفهوم الاولى، و المفهوم تابع للمنطوق سعةً و ضيقاً، فلا يكون شاملاً للبذل بعد الثلاثة.

و لكن يرد: ان خبر اسحاق بن عمار متضمن لشرطية مستقلة، لاحظ قوله (عليه السلام)
و أما ما افاده (رحمه الله) من قرب دعوى انصراف الأخبار الى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد،
فيرد عليه: انه من المحتمل ان يكون حكم الشارع بالجواز مجازاة للضرر الذي اوردته على البائع، و عليه فلا وجه لدعوى الانصراف،
ثم على تقدير الانصراف لا وجه لدعوى عدم جريان الاستصحاب، فان غاية ما يدعى قصور نصوص الباب عن الشمول لما بعد بذل
المشتري الثمن، و هذا لا يمنع من اجراء الاستصحاب،

نعم على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية لا يجري في المقام.

فتحصل: ان مقتضى اطلاق النصوص عدم كونه مسقطاً.

و عليه فيقع الكلام في الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤

الرابع: اخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل (١) و إلا- لم يحتج الى الاخذ به و السقوط به لأنه التزام فعلي بالبيع و

رضاء بلزومه (٢) و هل يشترط افادة العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفى الظن، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع ام لا يعتبر الظن ايضا وجوه من عدم تحقق موضوع الالتزام الا بالعلم و من كون الفعل مع افادة الظن امارة عرفية على الالتزام كالقول، و مما تقدم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاء نوعيا بالعقد، (٣) و هذا من اوضح افراده و قد بينا عدم اعتبار الظن الشخصى فى دلالة التصرف على الرضا، و خير الوجوه أوسطها، لكن الاقوى الأخير

اخذ الثمن من المشتري

(١) الرابع: و هو اخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل.

يقع الكلام فى المقام فى جهتين:

الاولى: فى ان اخذ الثمن هل يكون مسقطا ام لا؟ و ما الفرق بين هذا الخيار و سائر الخيارات حيث لم يحتمل احد فيها سقوط الخيار باخذ الثمن، و فى هذا الخيار مضافا الى احتمال هـ إليه جمع.

الثانية: فى انه على فرض كونه مسقطا من جهة كونه التزاما فعليا هل يعتبر العلم بكونه بقصد الالتزام، ام يعتبر الظن الشخصى، ام لا يعتبر الظن ايضا؟.

اما الجهة الاولى: فقد استدلت لمسقطيته.

(٢) بانه التزام فعلى بالبيع، و رضا بلزومه،

و لعل الفرق بينه و بين سائر الخيارات ان هذا الخيار من ناحية تأخير الثمن و تضرر البائع بعدم وصول ماله إليه، فيصح ان يقال ان اخذ الثمن التزام بالبيع.

و لكن الانصاف انه ليس التزاما بالبيع، بل هو تتميم للمعاملة، و جعل للمعاوضة العقدية عملية، و هذا يلائم مع كون البائع بانيا على الفسخ. فالحق انه بنفسه ليس مسقطا.

(٣) و أما الجهة الثانية: فقد استدلت لعدم اعتبار العلم أو الظن بما تقدم من سقوط خيار

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٥

و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن (١) المصرح به فى التذكرة و غيرها العدم،

للأصل و عدم الدليل، و يحتمل السقوط لدلالته على الرضا بالبيع، و فيه ان سبب الخيار هو التضرر فى المستقبل، لما عرفت من ان الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر و مطالبة الثمن لا يدل على التزام الضرر المستقبل، حتى يكون التزاما بالبيع، بل مطالبة الثمن انما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا الالتزام بذلك الضرر ليسقط الخيار، و ليس الضرر هنا من قبيل الضرر فى بيع الغبن و نحوه مما كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتى يكون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزاما بالضرر الذى هو سبب الخيار. (٢)

و بالجملة، فالمسقط لهذا الخيار ليس الا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن أو التزامه بإسقاطه، أو اشتراط سقوطه، و ما تقدم من سقوط الخيارات المتقدمة بما يدل على الرضا فإنما هو حيث يكون العقد سببا للخيار و لو من جهة التضرر بلزومه، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، مع ان سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن ايضا محل نظر لعدم كونه تصرفا و الله العالم.

الحيوان أو الشرط بما كان رضا نوعيا بالعقد، و هذا من اوضح افراده.

و فيه: ان التصرف انما يكون مسقطا لخيار الحيوان للنص غير الشامل لغيره،

فالميزان هو حصول العلم أو الظهور العرفي، و مع فقد هما لا يكتفى بالظن ايضا.

(١) و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن؟ وجهان.

الظاهر ان مطالبته ليست من المسقطات لعدم كونها مسقطه في شيء من الخيارات لا لعدم كونها تصرفا كما قيل إذ لا يلزم ان يكون الدال على الاسقاط تصرفا، بل يكفي فيه كل ما يدل عليه من القول أو الفعل، بل لعدم كونها دالة عليه.

(٢) و أما ما افاده المصنف (رحمة الله) بناء على كونها مسقطه لسائر الخيارات بانه في سائر الخيارات يكون سبب الخيار العقد و لو من جهة الضرر بلزومه، و أما في هذا الخيار فالسبب ليس هو العقد و لا الضرر الماضي، بل الضرر المستقبل، لأنه الذي يندفع بالخيار منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦

مسألة: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، (١)

و قد تقدم ما يصلح ان يستند إليه لكل من القولين في مطلق الخيار، مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، و قد عرفت ان الاقوى الفور، و يمكن ان يقال في خصوص ما نحن فيه ان ظاهر قوله (عليه السلام) لا يبيع له نفى البيع رأسا و الا نسب بنفى الحقيقة بعد عدم ارادة نفى الصحة هو نفى لزومه رأسا (٢) بأن لا يعود لازما ابدا، فتأمل.

دون ما مضى، و مطالبة الثمن لا تكون التزاما بالضرر المستقبل، بل هي التزام بما مضى، فيرد عليه: ان دليل الخيار هو النص، و لعل منشأ الضرر بالتأخير في الثلاثة، و يكون الخيار مجازاة له لا تداركا.

فورية خيار التأخير و عدمها

(١) المسألة الثانية: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي فيه قولان.

و الكلام في هذه المسألة يقع في موردين:

الأول: في بيان ما يستفاد من النص.

الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

اما المورد الأول: فقد استدل المصنف (رحمه الله) على القول بالتراخي:

(٢) بان الانسب بنفى الحقيقة بعد عدم ارادة نفى الصحة هو نفى لزومه رأسا،

فقوله (عليه السلام) لا يبيع له ظاهر في التراخي.

و الجواب عنه ما ذكره جل المحشين: بان هذا يناهى ما تقدم منه آنفا من انصراف الأخبار الى صورة الضرر فعلا بلزوم العقد، إذ عليه لا يشمل اطلاق النص ما إذا كان الضرر مستندا الى اختياره بعدم فسخ العقد في اول ازمته الامكان و لكن قد مر عدم تمامية ما افاده هناك،

فاطلاق النص يقتضى البناء على التراخي، فان نفى لزوم البيع بقول مطلق معناه ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧

ثم على تقدير اهمال النص و عدم ظهوره في العموم يمكن التمسك بالاستصحاب (١) هنا، لأن اللزوم إذا ارتفع عن البيع في زمان، فعوده يحتاج الى دليل، و ليس الشك هنا في موضوع المستصحب نظير ما تقدم في استصحاب الخيار، لأن الموضوع مستفاد من

النص فراجع، و كيف كان فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوة. اما لظهور النص و أما للاستصحاب.

مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة، كان من البائع اجماعاً (٢)

مستفيضا، بل متواترا، كما في الرياض، و يدل عليه النبوى المشهور و ان كان في كتب روايات اصحابنا غير مسطور كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، (٣) و اطلاقه كعقود الاجماعيات يعم ما لو تلف في حال الخيار ام تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال.

(١) و أما المورد الثاني: فقد استدل المصنف (رحمة الله): بالاستصحاب للقول بالتراخي،

مع انه لم يسلم جريانه في خيار الغبن.

و ما افاده تام على مسلكه، فانه انما منع من جريانه هناك من جهة ان الموضوع غير مستفاد من النص بالتقريب المتقدم، و في المقام يكون مستفادا منه،

و لكن قد عرفت انه لا- مانع من جريانه هناك من هذه الناحية، و لا يجرى من جهة اخرى، و هي موجودة في المقام، و هي عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية.

فتدبر،

مع انه قد تقدم ان المرجع عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فراجع.

تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع

(٢) الثالثة: و لو تلف المبيع فان كان التلف بعد الثلاثة كان من البائع اجماعاً.

مستفيضا بل متواترا كذا في الرياض.

(٣) و يشهد له: النبوى المعمول به بين الاصحاب غير المسطور في كتب روايات اصحابنا: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١».

(١) المستدرک باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨

و قد يعارض النبوى بقاعدة الملازمة بين النماء و الدرک (١) الاستفادة من النص و الاستقراء و القاعدة المجمع عليها، من ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، (٢) لكن النبوى اخص من القاعدة الاولى، فلا معارضة و القاعدة الثانية لا عموم فيها، يشمل جميع افراد الخيار لا- جميع احوال البيع، حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيجيء ان شاء الله اختصاصها بخيار المجلس. و الشرط و الحيوان مع كون التلف بعد القبض و لو تلف في الثلاثة فالمشهور كونه من مال البائع ايضا. (٣)

و قد اورد عليه: بانه يعارض مع قاعدتين اخريين:

(١) احدهما: قاعدة التلازم بين النماء و الدرک الاستفادة من النص الخراج بالضمان «١» و الاستقراء.

(٢) ثانيتهما: قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له «٢».

و لكن الاولى اعم من النبوى فتخصص به،

بل يمكن ان يقال انه لا- معارضة بينهما، فان مفاد النبوى على ما هو المشهور انتقال المبيع الى البائع قبل التلف آنا ما، و التلف فى ملكه، و فى ذلك الآن و ان كان زمانا قصيرا يكون النماء للبائع.

و أما الثانية: فهى غير شاملة للمقام لوجوه:

الأول: انها مختصة بخيار الحيوان و الشرط و لا تشمل كل خيار.

الثانى: انها مختصة بما بعد القبض، و لا تشمل ما قبل القبض.

الثالث: ان موردها ما إذا تلف ما انتقل الى من له الخيار، كما فى الحيوان المنتقل الى المشتري، و فى المقام التالف هو ما انتقل عن من له الخيار.

(٣) و أما ان كان التلف فى الثلاثة فالمشهور بين الاصحاب كونه من مال البائع،

و هو مقتضى النبوى،

و عن جماعة من القدماء منهم المفيد و السيد: كونه من المشتري.

و قد استدل له: بقاعدة ضمان المالك لماله، و لكنها مع جريانها فى الصورة السابقة

(١) صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ و سنن ابى داود ج ٢ ص ٢٥٥ و المبسوط كتاب البيوع.

(٢) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٩

و عن الخلاف الاجماع عليه خلافا لجماعة من القدماء، منهم المفيد و السيدان مدعين عليه الاجماع و هو مع قاعدة ضمان المالك لماله يصح حجة لهذا القول، لكن الاجماع معارض، بل موهون و القاعدة مخصصة بالنبوى المذكور المخبر من حيث الصدور مضافا الى رواية عقبه بن خالد فى رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا ان شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المال و يخرج من بيته فإذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه حقه و لو مكنه من القبض (١) فلم يتسلم فضمن البائع مبنى على ارتفاع الضمان بذلك و هو الأقوى، قال الشيخ فى النهاية إذا باع الانسان شيئا و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المبتاع، فإن العقد موقوف ثلاثة ايام، فإن جاء المبتاع فى مدة ثلاثة ايام كان المبيع له و ان مضت ثلاثة ايام كان البائع اولى بالمتاع، فإن هلك المتاع فى هذه الثلاثة ايام و لم يكن قبضه اياه كان من مال البائع دون المبتاع،

اخص من النبوى فتخصص به.

فالتفصيل بين صورتين فى غير محله،

مع ان خبر عقبه «١» المذكور فى المتن. يدل على انه من مال البائع، و هو من جهة ان مفروض السؤال حيث قال: آتيك غدا فسرق المتاع هو التلف فى الثلاثة لا بعدها مختص بهذه الصورة.

فاستدلال صاحب الجواهر (رحمه الله) به فى الصورة السابقة فى غير محله.

(١) و لو مكنه من القبض فلم يتسلم فتلفت السلعة.

فان قلنا بكفاية التخلىة بين المال و مالكة و عرضه عليه فى صدق القبض فلا كلام،

و الا فقد بنى الشيخ (رحمه الله) ضمان البائع و عدمه على ارتفاع الضمان بذلك و عدمه،

و هو (قدس سره) قوى الأول.

توضيحه: ان التمكين من المشتري يوجب ارتفاع ضمان البائع، و معه يرتفع الخيار، و مع ارتفاعه لا يكون المورد مشمولاً لقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه للانصراف

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠

و ان كان قبضه اياه ثم هلك في مدة الثلاثة ايام كان من مال المبتاع و ان هلك بعد الثلاثة ايام كان من مال البائع على كل حال، لأن الخيار له بعدها، انتهى. (١)

المحكي في المختلف و قال بعد الحكاية و فيه نظر، إذ مع القبض يلزم البيع، انتهى.

اقول كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض و ما قبله خصوصاً مع قوله على كل حال، لكن التعميم مع انه خلاف الإجماع منافي لتعليل الحكم (٢) بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثة ايام، فإن المعلوم ان الخيار انما يكون له مع عدم القبض، فيدل ذلك على ان الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض.

مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل و إلا فلا بيع له، (٣)

كما في مرسله محمد بن ابي حمزة و المراد من نفى البيع نفى لزومه و يدل عليه قاعدة نفى الضرر، فإن البائع ضامن للمبيع ممنوع عن التصرف فيه محروم عن الثمن.

و فيه: ان الانصراف ممنوع و التلازم بين ارتفاع الخيار و ارتفاع الضمان ايضاً كذلك، فالأظهر انه من مال بائعه على هذا المسلك.

(١) قال في محكي النهاية: و ان هلك بعد الثلاثة ايام كان من مال البائع على كل حال لأن الخيار له بعدها.

و يمكن ان يكون وجه التعميم في هذه الصورة: ان هذا الخيار لا يسقط بالاقباض بعد الثلاثة عنده، و هو ممن نسب إليه ان انتقال المبيع الى المشتري انما يكون بعد انقضاء الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل و المنفصل، فانه على هذا يكون التلف من البائع لوقوعه في ملكه، فلا يتوجه ايراد المصنف (رحمه الله) عليه.

(٢) بان التعميم منافي لتعليل الحكم بان الخيار له بعد الثلاثة،

و انما لا يلتزم بذلك في الاقباض في الثلاثة من جهة ان الاقباض قبلها رافع لموضوع الخيار.

شراء ما يفسد من يومه

(٣) الرابعة: المشهور بين الاصحاب: انه لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١

و من هنا يمكن تعدية الحكم الى كل مورد يتحقق فيه هذا الضرر، و ان خرج عن مورد النص، كما إذا كان المبيع مما يفسد في نصف يوم أو في يومين فيثبت فيه الخيار في زمان يكون التأخير عنه ضرراً على البائع، لكن ظاهر النص يوهم خلاف ما ذكرنا، لان الموضوع فيه ما يفسد من يومه و الحكم فيه بثبوت الخيار من اول الليل، فيكون الخيار في اول ازمته الفساد.

و من المعلوم ان الخيار حينئذ لا يجدي للبائع شيئاً، لكن المراد من اليوم اليوم و ليله، (١)

بالثمن ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع له.

و قد استدلل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

منها: ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن احمد عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن ابى حمزة أو غيره عن ذكره عن ابى عبد الله أو ابى الحسن عليهما السلام: فى الرجل يشتري الشيء الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتية بالثمن، قال: ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له «١».

و الكلام فيه فى موردين،

الأول: فى سند الحديث.

الثانى: فى فقهه.

اما الأول: فالاشكال فيه من وجوه:

منها انه مرسل.

و منها: ان محمد بن ابى حمزة مشترك بين ابن الثمالى و التيملى الذى لم يوثق.

و منها: ان من يروى عنه ابن يزيد لم يثبت كونه ابن ابى حمزة و لعله غيره.

و أما الثانى: فقوله من يومه اما يراد به فى يومه من كون من للظرفية فيكون اول الليل الذى هو اول زمان الخيار بعد تحقق الفساد فى النهار، و هذا الضرر لا يتدارك بالخيار،

و أما يراد به معناه المعروف و هو كونه للابتداء فيكون اول الليل الذى هو اول زمان الخيار بعد تحقق الفساد من اول اليوم و حاله حال السابق، فلا بد من التصرف باحد نحوين:

(١) احدهما: ما فى المتن، و هو: ان المراد باليوم و ليله

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢

فالمعنى انه لا يبقى على صفة الصلاح ازيد من يوم بليه، فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول الليل، فإذا فسخ البائع اول الليل امكن له الانتفاع به و ببدله، و لأجل ذلك عبر فى الدروس عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت و انه ثابت عند دخول الليل و فى معقد اجماع الغنية ان على البائع الصبر يوماً واحداً ثم هو بالخيار.

و فى محكى الوسيلة ان خيار الفواكه للبائع فإذا مر على المبيع يوم و لم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار و نحوها عبارة جامع الشرائع. نعم عبارات جماعة من الاصحاب لا يخلو عن اختلال فى التعبير، لكن الاجماع على عدم الخيار للبائع فى النهار يوجب تأويلها الى ما يوافق الدروس، و احسن تلك العبارات عبارة الصدوق فى الفقيه التى اسندها فى الوسائل الى رواية زرارة (١) قال: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل فإن المراد بالعهددة عهدة البائع.

فالمعنى انه لا يبقى على صفة الصلاح ازيد من يوم بليه.

ثانيهما: ما افاده بعض المحققين، و هو حمل ما يفسد على الاشراف على الفساد،

فيكون من المجاز بالمشاركة، و يصح جعل الخيار من اول الليل لثلاثا يقع فى الضرر الذى اشرف عليه، و كل منهما صحيح لا مرجح لأحدهما على الآخر،

و أما تقريب دلالة على الخيار لا الانفساخ فهو ما تقدم فى نصوص خيار التأخير.

(١) و منها: ما ارسله الصدوق في الفقيه، و في آخر الخبر: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل «١». و الكلام فيه من جهتين:

الاولى: في سنده، و هو مضافا الى كونه مرسلًا، لم يثبت كونه تتمه الرواية، بل من المحتمل كونه من كلام الصدوق، بل في محكي الجواهر: لعله الظاهر.

الجهة الثانية: في دلالتة، و قد يقال: ان مفاده جعل الخيار و نفى اللزوم، و في حاشية السيد: و يحتمل ان يكون المراد كون عهدة تلفه على البائع يوما الى الليل و بعده على المشتري

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣

و قال في النهاية و إذا باع الانسان ما لا يصح عليه البقاء من الخضرو غيرها و لم يقبض المبتاع و لا قبض الثمن كان الخيار فيه يوما، فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم و إلا فلا بيع له، انتهى.

و نحوها عبارة السرائر، و الظاهر ان المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض و الاقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم، و أما المتأخرون فظاهر اكثرهم يوهم كون الليل غاية للخيار، (١) و ان اختلفوا بين من عبر بكون الخيار يوما، و من عبر بأن الخيار الى الليل، و لم يعلم وجه صحيح لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد الا متابعة عبارة الشيخ في النهاية

من جهة تقصيره في الأخذ.

و لكن ان كان المراد بالعهدة عهدة المبيع تعين ارادة ما احتمله السيد، فان أثرها حينئذ ان دركه عليه و هو في ضمانه،

و ان كان المراد بها عهدة البيع تعين ارادة الأول، فان اثر عهدة البيع لزومه و عدم انفكاكه عنه،

و الظاهر هو الثاني، لأن عهدة المبيع لا تكون مغيية بزمان، بل بالقبض بخلاف عهدة البيع.

و منها: حديث لا ضرر «١» فان البائع ضامن للمبيع ممنوع من التصرف فيه محروم عن الثمن.

و ترد عليه الوجوه الأربعة التي اوردها على الاستدلال به لخيار التأخير،

و منها: ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع و تسلم الثمن ما لم يفسد، و مرجع ذلك الى الشرط الضمني و الخيار عند تخلف الشرط.

و يرد عليه ما ذكرناه عند الاستدلال به لخيار التأخير.

و ينبغي التنبيه على امور:

(١) منها ان ظاهر هذا الكلام و كذا كلمات جمع من الاساطين منهم اكثر المتأخرين: كون الليل، غاية للخيار، مع انه لا شبهة بحسب

النص و الفتوى ان مبدأ الخيار الليل و قد اول المحقق الأردبيلي (رحمه الله) كلماتهم بجعل الى الليل متعلقا بما يفسد لا بالخيار،

و لكن ذلك يتم في كلمات جمع منهم دون جميعهم، لاحظ ما عن النهاية و عبارة

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤

لكنك عرفت ان المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، و ان له تأخير القبض و الاقباض (١) و هذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطلاحوا عليه لفظ الخيار، فلا يحسن المتابعة هنا في التعبير و الاولى تعبير الدروس كما عرفت.

ثم الظاهر ان شروط هذا الخيار شروط خيار، التأخير (٢) لأنه فرد من افراده كما هو صريح عنوان الغنية و غيرها، فيشترط فيه جميع ما

سبق من الشروط.

نعم لا- ينبغي التأمل هنا في اختصاص الحكم بالبيع الشخصي أو ما في حكمه كالصاع من الصبرة، وقد عرفت هناك ان التأمل في الأدلة و الفتاوى يشرف

التذكرة: فالخيار فيه الى الليل.

وقد تقول كما احتمله المحقق الاصفهاني (رحمه الله): بان اطلاق الخيار باعتبار اول الأمر إليه بمضى اليوم و اقبال الليل باعتبار وجود مقتضيه و هو كون المبيع مما يؤول امره الى الفساد باقبال الليل و المقتضى له ثبوت بثبوت مقتضيه و فعليه مقتضاه باقبال الليل. ولكن هذا يتم في مثل عبارة النهاية و لا يتم في مثل عبارة التذكرة المتضمنة لكون الغاية الليل، فالمتعين حمل كلماتهم على ما افاده المصنف (رحمه الله) و هو: ان مرادهم بالخيار معنى غير الخيار المصطلح الثابت من اول الليل، و هو.

(١) ان المشتري مختار في المقبض و الاقباض في اليوم،

و ان له التأخير الى الليل من دون ان يستتبعه شيء، و لازمه لزوم الصبر على البائع الى الليل، و لزوم البيع عليه.

(٢) و منها هل يعتبر في هذا الخيار شروط خيار التأخير كما عن الغنية و غيرها، ام لا؟ وجهان:

قد استدل للأول: بانه فرد من افراد خيار التأخير، و بوحدة لسان الدليلين.

و لكن الانصاف انهما متغايران، إذ المدار في خيار التأخير المتقدم على تأخير قبض الثمن و هنا على تأخير قبض الثمن، و الحكمة في ذلك الخيار دفع ضرر البائع من ناحية الصبر عن الثمن، و في هذا الخيار دفع ضرره من ناحية الفساد الموجب لضمان المبيع، و مبدأ الخيار في المقام اول الليل، و في الخيار السابق بعد مضي ثلاثة ايام،

و عليه فالشروط المعبرة في ذلك الفرد من التأخير لا وجه للبناء على اعتبارها في هذا الفرد

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥

الفقيه على القطع بالاختصاص أيضا و حكم الهلاك في اليوم هنا، و فيما بعده حكم المبيع هناك في كونه من البائع في الحالين و لازم القول الآخر هناك جريانه هنا، كما صرح به في الغنية حيث جعله قبل الليل من المشتري ثم ان المراد بالفساد في النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقي (١) لأن موردها هو الخضر و الفواكه و البقول، و هذه لا تضيع بالميت و لا تهلك.

(٢) بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث في هذه الامور بسبب الميت و لو لم يحدث في البيع إلا فوات السوق، (٣) ففي إلحاقه بتغير العين وجهان من كونه ضررا و من امكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرر. (٤)

(١) و منها انه هل المراد بالفساد الحقيقي، أو ما يشمل تغير العين الحادث بسبب الميت؟ وجهان،

اختار المصنف الثاني، و استدل له:

(٢) بان مورد النص و الفتوى الخضر و الفواكه و البقول، و هذه لا تضيع بالميت و لا تهلك.

و اورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بان المراد به الفساد الحقيقي، و هو خروج العين الى حالة لا تتمول من جهة عدم ترتب الآثار المرغوبة من الطبيعة عليها مع: اندراجها بذاتها تحت الطبيعة، و أما الذي يخرج عن الصورة النوعية فذاك هو التلف دون الفساد كما توهمه المصنف (رحمه الله).

و لكن ما افاده في الفرق بين الفساد و التلف و ان كان متينا الا انه مع ذلك ليس المراد الفساد الحقيقي، إذ مرور يوم على مثل البقول و الفواكه لا يوجب خروجها عن المالية، بل يوجب تغير العين بزوال طراوتها و شبهها.

(٣) و منها انه لو لم يحدث في المبيع الافوات السوق، فلا اشكال و لا كلام في عدم شمول النص و الفتوى له، لانه ليس من الفساد

قطعا،

انما الكلام في انه إذا كان المدرك حديث لا ضرر. هل يشمله ام لا؟ المصنف (رحمه الله)

(٤) جعل اثبات الخيار و نفيه دائرين مدار كون نقص القيمة ضررا أو فوات نفع و الحق انه ليس ضررا و لا فوت نفع بالنسبة الى البائع بعد عدم كون نقص القيمة السوقية موجبا لضمان البائع، و هو ضرر بالنسبة الى المشتري، و لا يكون ذلك موجبا لجعل الخيار على البائع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦

السادس خيار الرؤية

إشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان (١) و يدل عليه قبل الاجماع (٢) المحقق و المستفيض حديث نفى الضرر، (٣) و استدل عليه ايضا

و بذلك ظهر ما في حاشية السيد، و هو ان الأقوى اللاحق، لأنه يصدق عليه الضرر عرفا و ان كانت العين باقية كما كانت، لأن المناط فيه فوات المايئة، و لا فرق فيه بين نقص العين و القيمة، فالضرر صادق خصوصا في الأموال المعدة للتجارة.

خيار الرؤية

السادس: خيار الرؤية و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما وصفه فمن اشترى موصوفا غير مشاهد كان للمشتري خيار الفسخ إذا وجده دون الوصف و هذا التعبير اولى من تعبير المصنف حيث قال:

(١) و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه، فيه المتبايعان لأن مورد هذا الخيار ليس خصوصا ما لو رأى المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان ليكون من افراد خيار الشرط، كما هو ظاهر المتن، بل مورد ما إذا تخلف الوصف الذي وقعت المعاملة عليه سواء كان بالاشتراط أو باخبار البائع به و الاعتماد عليه من غير تعهد و التزام منه، أو برؤية بعض المبيع و اعتقاد موافقة بعضه الآخر له. و عليه فالنسبة بين مورد هذا الخيار و مورد خيار تخلف الشرط عموم من وجه، و المجمع ما كان التوصيف بعنوان الاشتراط، و مورد افتراق هذا الخيار ما اشرنا إليه، و مورد افتراق ذاك شرط الفعل.

و دليل هذا الخيار امور:

(٢) الاول: الاجماع، و هو لمعلومية مدركه لا يعتمد عليه.

(٣) الثاني: حديث «١» لا ضرر.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧

منها صحيحه جميل بن دراج قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقبلها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله فقال أبو عبد الله (عليه السلام) انه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعة ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية و لا بد من حملها على صورة يصح بيع الضيعة. (١) اما بوصف

القطعة الغير المرئية أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره.

وقد يستدل بصحيفة زيد الشحام قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل

وفيه: ما تقدم من انه لا يصلح منشأ لاثبات الخيار،

مع انه إذا كان المبيع بما له من التخلف يسوى بالذى دفع من الثمن لا يكون هناك ضرر الا من ناحية تخلف الغرض الشخصى.

الثالث صحيح جميل «١» المذكور فى المتن و تقريب الاستدلال به: ان الظاهر من الخبر ان المشتري لرؤية عمدة الضيعة كان معتقدا ان ما لم يره يكون مثل ما رآه، فوقت المعاملة صحيحة، ثم بعد المعاملة و ملاحظة ما لم يره و انه غير ما رآه ندم من المعاملة، و قد حكم (عليه السلام) بثبوت خيار الرؤية.

وفيه: انه لا- يدل الخبر على تخلف الوصف، و ان ما لم يره لم يكن مطابقا لما رآه لو لم يكن دالا على خلافه، و عليه فليس هو من الخيار المصطلح، بل الظاهر منه ارادة البطلان. اما فى الجميع لو رجع الضمير فى قوله لكان له فيها خيار الرؤية الى الضيعة، أو فى خصوص القطعة التى لم يرها،

ولعل الأول اظهر من جهه ان مورد السؤال هو الضيعة بتمامها.

(١) قوله و لا- بد من جملها على صورة يصح معها بيع الضيعة قد عرفت دلالة الصحيح على البطلان و انه اجنبى عن المقام الرابع صحيح «٢» زيد الشحام المذكور فى المتن

(١) الوسائل - باب ١٥- من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٨

اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم، فقال (عليه السلام) لا يشتري شيئا حتى يعلم اين يخرج السهم، فإن اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج قال فى الحدائق.

و توضيح معنى هذا الخبر ما رواه فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب و هو مجهول، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام)

اشترى الغنم جماعة ثم تدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا و اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال: لا يصلح هذا إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة، الخبر.

اقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه، لأن المشتري لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤية، و ان اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و هو باطل، و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع. (١)

و تقريب الاستدلال به: انه يدل على ان الحصه المشاعه بوصف البائع إذا تبين بعد وقوع السهم انها ليست على ما وصف يثبت للمشتري خيار الرؤية.

(١) و اورد عليه المصنف (رحمه الله): بان المبيع ان كان هو الحصه المشاعه فلا مورد لخيار الرؤية، و ان كان هو السهم المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و هو باطل.

ثم مال هو (قدس سره) الى كون الخيار الذى يثبتته الخبر خيار الحيوان إذا خرج السهم،

و الظاهر ان وجه نفى الموردية لو كان المبيع الحصه المشاعه ليس هو اشاعتها، حتى يرد عليه ما افاده المحقق الايروانى (رحمه الله):

بان خيار الرؤية يجرى فى بيع المشاع إذا بيع بوصف المجموع فظهر الجميع على خلاف الوصف. بل وجهه ان التعيين المبنى على عدم التعديل فى القسمة لا يصلح وجهها لثبوت الخيار فى البيع بل فى القسمة. و اورد عليه السيد الفقيه بقوله: يبعده قوله إذا خرج، فان خيار الحيوان غير معلق على الخروج بل يثبت بمجرد العقد. انتهى. وفيه: ان حكمه جعل خيار الحيوان الاطلاع على العيب، و هو لا يكون الا بعد التعيين. و لكن يرد على المصنف (رحمه الله): ان الظاهر من الخبر كون المبيع ما يقع عليه السهم، منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٩

و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة، و يكون له خيار الحيوان (١) إذا خرج السهم، ثم ان صحيحة جميل مختصة بالمشتري. و الظاهر الاتفاق على ان هذا الخيار يثبت للبائع ايضا (٢) إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره، فتبين كونه زائدا على ما وصف

و هو لغررته باطل كما يشهد له قوله: لا تشتري شيئا ... الخ الظاهر فى الارشاد الى الفساد، و عليه فقوله له الخيار يكون المراد به ان له الخيار فى انشاء معاملة جديدة بعد تعيين المبيع، نظير ما ورد فى نصوص بيع ما ليس عنده من قوله: و هذا عليك بالخيار ان شاء اشتراه منك بعد ما تأتبه و ان شاء رده. و قد يحتمل ان يكون المراد بالخيار خيار القسمة لكونها غير معدلة، أو للحاجة فى التعيين الى التراضى، و على اى حال فلا ربط له بخيار الرؤية.

(١) قوله و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة و يكون له خيار الحيوان الظاهر ان وجه تخصيص خيار الحيوان، بما إذا كان المبيع من قبيل الكلى فى المعين دون الكسر المشاع، لحاظ الحكمة فى ذلك الخيار، و هو الاطلاع على العيب فى الثلاثة إذ المشاع لو كان فيه عيب كان جزء منه للمشتري قهرا فلا- يتوقف ثبوت الخيار على خروج السهم بخلاف الكلى فى المعين إذ لا تعين له للمشتري الا بعد التعيين من البائع أو تلف ما عداه.

الخامس صحيح عبد الرحمن بن الحجاج «١» المذكور فى المتن و فيه: انه اجنبى عن المقام بالمره، بل وارد فى مقام بيان كيفية التقسيم، و ان التقسيم بلا تعديل السهام على النحو الذى بينه السائل باطل. فتحصل: انه لا- دليل عليه، و لكن الظاهر تسالم القوم على ثبوته و سيأتى رجوع ذلك الى خيار الشرط، فيدل على مشروعيته دليل ذلك الخيار و الله العالم.

و استقصاء القول فى المقام بالتعرض لأمر:

(٢) الاول: انه هل يثبت هذا الخيار للبائع ايضا كما هو المتفق عليه

(١) الوسائل- باب ١٢- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠

و حكى عن بعض انه يحتمل فى صحيحة جميل ان يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، و حينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة اليهما على تقدير هذا الاحتمال (١) و لا يخفى بعده و ابعده منه دعوى عموم الجواب و الله العالم.

مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، (٢)

إشارة

و المعروف انه يشترط في صحته ذكر اوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر، إذ لولاها لكان غررا و عبر بعضهم عن هذه الاوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما في الوسيلة و جامع المقاصد و غيرهما، و آخر بما يعتبر في صحة السلم و آخرون كالشيخين و الحلّى اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة.

فلو لم يشاهده البائع و باعه بالوصف فظهر اجود كان الخيار للبائع ام يخص بالمشتري؟ وجهان. و حق القول في المقام: ان مدرك هذا الخيار ان كان هو الاجماع، أو حديث لا ضرر أو ما دل على ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، لم يكن وجه للاختصاص بالمشتري. و أما ان كان المدرك هي النصوص الخاصة اختص به. (١) و احتمال ان يكون التفتيش من البائع بان يكون البائع باعه بوصف المشتري فيكون الجواب عاما، بعيد، لعدم تقدم ذكر من البائع، و مرجع الضمائر المستتره في السؤال هو المشتري، و على تقدير هذا الاحتمال كان الخيار مختصا بالبائع، إذ لا عموم للجواب. مورد خيار الرؤية.

(٢) الثاني: المعروف بين الاصحاب: ان مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، و انه يشترط في صحته ذكر اوصاف المبيع بما ترتفع به الجهالة الموجبة للغرر. و قد اختلفت تعابيرهم عن هذه الأوصاف، و المراد واحد، و لذا ادعى الاجماع على كل واحد منها. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١

و الظاهر ان مرجع الجميع واحد، و لذا ادعى الاجماع على كل واحد منها، ففي موضع من التذكرة يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفى في السلم عندنا. و عنه في موضع آخر من التذكرة ان شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا اجمع و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس، ثم ذكر انه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز و ذلك بذكر جميع الصفات التي يختلف الاثمان باختلافها و يتطرق الجهالة بترك بعضها، انتهى.

و في جامع المقاصد ضابط ذلك، ان كل وصف يتفاوت الرغبات بشوته و انتفائه و يتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء اوصاف السلم، انتهى.

و ربما يتراءى التناهي بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفاية ذكر اوصاف السلم من جهة انه قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الاوصاف لافضائه الى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق (١) و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه، قال في التذكرة

و تنقيح القول فيه: ان المراد من العين الشخصية ما يقابل الكلى في الذمة: الشامل للكسر المشاع الذي هو جزئي بجزئية منشأ انتزاعه، و الكلى في المعين المتعين باضافته الى الجزئي الخارجى، لاما يقابل غير المتعين بتمام انحاء التعين و عليه فلا يرد عليه ما اورده بعضهم بعدم اختصاص الخيار بذلك و جريانه في الكلى الخارجى و فى الحصه المشاعه لقاعدة الضرر و تخلف الشرط، بل يمكن دعوى فهم المثالية من صحیحه جميل كما ان مراده من الغائبة ليس هي الغيبوبة الخارجية: لعدم العبرة بها، بل المراد الغيبوبة الذهنية بمعنى عدم المعرفة به، فلا ايراد عليه.

الثالث: فى الاشكالات التى اوردت فى المقام، و هى اربعة:

(١) احدها: انهم ذكروا فى المقام ضابطين للاوصاف اللازم ذكرها، و هما: اعتبار الأوصاف الدخيلة فى مالىة العوضين، و اعتبار ما يعتبر فى باب السلم، و هما متنافيان، فانه يكتفى فى باب السلم باقل من ذلك، و لا يعتبر الاستقصاء بذكر كل وصف دخيل فى المالىة، لأنه يؤدي الى عزة الوجود، و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢

في باب السلم لا- يشترط وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصودة و ان تفاوت به الغرض و القيمة لافضائه إلى عزة الوجود، انتهى.

و قال في السلم في الاحجار المتخذة للبناء: انه يذكر نوعها و لونها و يصف عظمها فيقول: ما يحمل البعير منها اثنين أو ثلاثا أو اربعا على سبيل التقريب دون التحقيق لتعذر التحقيق، و يمكن ان يقال: ان المراد ما يعتبر في السلم في حد ذاته، (١) مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض افراد السلم و ان كان يمكن ان يورد على مسامحتهم هناك ان الاستقصاء في الاوصاف شرط في السلم غير مقيد بحال التمكن، فتعذره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط اوصافه و تمام الكلام في محله، ثم ان الاوصاف التي يختلف الثمن من اجلها غير محصورة (٢) خصوصا في العبيد و الاماء فان مراتبهم الكمالية التي يختلف بها اثمانهم غير محصورة جدا و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر احالة على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم

(١) و اجاب عنه المصنف (رحمه الله)- بعد الايراد على القوم بان تعذر استقصاء الأوصاف في السلم موجب لفساد السلم لا الفتوى بعدم اعتبار ذكر الأوصاف فيه: بانه يمكن ان يكون مرادهم باعتبار ما يعتبر في باب السلم ما يعتبر في ذلك الباب بالطبع لو لا عروض المانع، فلا تنافي.

و فيه: ان الايراد على القوم في غير محله، إذ لو حكمنا بفساد السلم في الفرض لزم سد باب السلم لما اشار إليه من عموم هذا العذر، و المعلوم من الشرع خلافه، مع ان حمل ما ذكره في الضابط الثاني على ذلك لا شاهد له.

فالحق في الجواب ان يقال: ان مرادهم بالأوصاف الدخيلة في المالية الأوصاف الدخيلة في المالية بلحاظ الآثار المترتبة من ذلك الشيء عند نوع العقلاء لا الأوصاف الدخيلة في المالية بحسب الغرض الشخصي، و عليه فيرتفع التنافي، إذ ما يتعذر استقصائه في باب السلم ما كان من قبيل الثاني دون الأول.

(٢) ثانيها: ان الاوصاف التي يختلف الثمن من اجلها غير محصورة خصوصا في

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣

لانتفاء الغرر عرفا بذلك، مع انا علمنا ان الغرر العرفي اخص من الشرعي، و كيف كان فالمسألة لا يخلو عن اشكال و اشكل من ذلك ان الظاهر ان الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققة في بيع العين الحاضرة، و على هذا فيجب ان يعتبر في الرؤية ان يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعبرة في العين الغائبة مما يختلف الثمن باختلافه (١)

قال في التذكرة: يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب، فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب يبطل ان لم يوصف و صفا يرفع الجهالة، انتهى.

و حاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهدة على ما يعتبر في صحة السلم و بيع الغائب و من المعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤية على جميع الصفات المعبرة في السلم و بيع العين الغائبة، فإنه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهدة على سن الجارية بل و لا على نوعها و لا غيرها من الامور التي لا يعرفها الا اهل المعرفة بها،

فضلا عن مرتبة كمالها الانساني المطلوبة في الجوارى المبذول بإزائها الأموال، و يعد كل البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك في المشاهدة، بل يلزم من ذلك عدم صحة شراء غير العارف باوصاف المبيع الراجعة الى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبة الى الاوصاف التي اعتبروها كالأعمى لا بد من مراجعته لبصير عارف، و لا أجد في المسألة أوثق من ان يقال: ان المعبر هو الغرر العرفي في العين الحاضرة و الغائبة الموصوفة، (٢) فإن دل على اعتبار ازيد من ذلك حجة معتبرة اخذ به

العبيد و الاماء، و الاكتفاء بذكر معظمها احالة على المجهول.

(١) ثالثها: ان لازم كون التوصيف بمنزلة الرؤية لزوم مشاهدة ما يجب التوصيف به، مع انه لا يعتبر بعد مشاهدة العين الاطلاع على الخصوصيات التي يجب ذكرها في العين الغائبة، فما الفرق بين المقامين مع اتحاد الدليل و هو ما دل على النهى عن بيع الغرر.

(٢) و اجاب عنهما المصنف (رحمه الله): بان الميزان رفع الغرر العرفى الذى هو اخص من الشرعى، و هو يرتفع بمشاهدة العين و ان لم يطلع على الخصوصيات اللازم ذكرها إذا كانت منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٤

و ليس فيما ادعاه العلامة في التذكرة من الاجماع حجة، مع استناده في ذلك الى كونه غررا عرفا، حيث قال في اول مسألة اشتراط العلم بالعوضين انه اجمع علماؤنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما ملك بازاء ما بذل، فينتفى الغرر فلا يصح بيع العين الغائبة ما لم يتقدم رؤية أو يوصف وصفا يرفع الجهالة، انتهى.

ولا- ريب ان المراد بمعرفة ما ملك معرفته على وجه وسط بين طرفى الاجمال و التفصيل، ثم انه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بأن ذكر الاوصاف لا يخرج البيع عن كونه غررا، (١) لان الغرر بدون اخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا اخذت فيه مقيدا بها صار مشكوك الوجود، لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده فى الخارج و الغرر فيه اعظم، و يمكن ان يقال ان اخذ الاوصاف فى معنى الاشتراط لا التقييد (٢) فيبيع العبد مثلا ملتزما بكونه كذا و كذا و لا غرر فيه حينئذ عرفا. و قد صرح فى النهاية و المسالك فى مسألة ما لو رأى المبيع، ثم تغير عما رآه ان الرؤية بمنزل الاشتراط

العين غائبة.

وفيه: - مضافا الى ان الغرر لا حقيقة شرعية له كى يقال ان الغرر العرفى اخص من الشرعى، و ما يتراءى من الحكم بالفساد مع عدم الغرر العرفى كشراء المجهول بخيار أو بالمتيقن من قيمته فانما هو لدليل آخر فتأمل.

ان الغرر العرفى ايضا لا يرتفع بذلك فى العين الحاضرة.

فالحق فى الجواب: ان المعتبر فى بيع العين المشاهدة الاطلاع على الخصوصيات الدخيلة فى المالية بلحاظ الأثر المترقب من ذلك الشئ عند نوع العقلاء، و الا بطل البيع،

كما ان اللازم ذكر هذه الأوصاف فى العين الغائبة.

(١) رابعها: ان توصيف المبيع بالواصف المجهول وجودها يوجب الجهل بوجود المبيع، إذ العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده فى الخارج، و الغرر فيه اعظم.

(٢) و اجاب عنه المصنف (رحمه الله): بان التوصيف يرجع الى الاشتراط لا التقييد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥

و لازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطا.

و يمكن ان يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره فى اخباره باتصاف المبيع بالصفات المذكورة، كما يجوز الاعتماد عليه فى الكيل و الوزن، و لذا ذكروا انه يجوز مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة المبايعه بوصف ثالث لهما، و كيف كان، فلا غرر عرفا فى بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة و لا دليل شرعا ايضا على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعين الحكم بجوازه مضافا إلى الاجماع عليه ممن عدا بعض العامة، ثم ان الخيار بين الرد و الامساك مجانا هو المشهور بين

الأصحاب، (١) و صريح السرائر تخييره بين الرد و الامساك بالارش و انه لا يجبر على احدهما و يضعف بأنه لا دليل على الأرش. نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة توجه اخذ الأرش، لكن بخيار العيب لا خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه، إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب ايضا و سيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة الى وصف الصحة، و اضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم من بطلان البيع، إذا وجد على خلاف ما وصف،

وفيه: - مضافا الى التأمل في صحة اشتراط غير الفعل و غير النتيجة على ما سيأتى في محله ان التوصيف إذا لم يكن رافعا للغرر لم يكن الاشتراط ايضا رافعا له، و ثبوت الخيار عند تخلف الشرط لا يصلح رافعا له، و الا ارتفع باشتراط الخيار في كل بيع غررى في نفسه، و عليه فاللازم هو الاطمئنان بوجود الوصف أو اخبار من يكون خبره حجة شرعية.

الخيار بين الرد و الامساك مجانا.

(١) الرابع: ان الخيار بين الرد و الامساك مجانا هو المشهور بين الاصحاب،

و عن السرائر: التخيير بين الرد و الامساك بالارش و عن بعض: تعين اخذ الارش،

و عن المقنعة و النهاية و المراسم: بطلان البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٦

لكن الموجود في المقنعة و النهاية ان لم يكن على الوصف كان البيع مردودا و لا- يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد لا الباطل فعلا- و قد عبر في النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال: و لا- بأس بأن يبيع الانسان متاعا بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من اهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردودا و على تقدير وجود القول بالبطلان، فلا يخفى ضعفه لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا عدا ما في مجمع البرهان.

و حاصله وقوع العقد على شيء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود، عليه (١) و يضعف بأن محل الكلام في تخلف الأوصاف التي لا- يوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا، بان يقال ان المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه، لا انه مغاير للموجود، (٢) نعم لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل في حقيقة المبيع عرفا، فالظاهر عدم الخلاف في البطلان و لو اخذ في عبارة العقد على وجه الاشتراط كان يقول بعتك ما في البيت على انه عبد حبشى فبان حمار أو حبشيا،

اما الأول فقد مر ما يمكن ان يستدل به له و عرفت تماميته و قد استدلل للثاني:

بان الضرر يرتفع بكل من الرد و الامساك بالارش، فمقتضى حديث لا ضرر (١)

التخيير بينهما.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لا ضرر لا يصح التمسك به في المقام.

و ثانياً: انه لو صح اقتضى تعين اخذ الارش، لأنه مقتضى الجمع بين ادلة اللزوم و الحديث كما لا يخفى.

و استدلل للرايع بوجهين:

(١) الاول: وقوع العقد على ما يغاير الموجود، فالمعقود عليه غير موجود،

و الموجود غير معقود عليه، و لا يكفي في الجواب ما قيل.

(٢) من ان محل الكلام الاوصاف التي لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا،

و ذلك فان التمليك من الاعتباريات، و هو متعلق على الفرض بالموصوف بما هو موصوف و هو غير موجود لفقد الوصف.

فالحق في الجواب ان يقال: ان الوصف إذا كان دخيلا في حقيقة المبيع - بما ان

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٤-٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٧

الا ان يقال ان الموجود و ان لم يعد مغايرا للمعقود عليه عرفا إلا ان اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانيا على ذلك الأوصاف، فإذا فقد ما بنى عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغي بطلان البيع، (١) و لذا التزم اكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه، فإن قصد الشرط ان كان مؤثرا في المعقود عليه، فالواجب كون تخلفه موجبا لبطلان العقد، و إلا لم يوجب فساده فساد العقد،

بل غاية الأمر ثبوت الخيار.

و من هنا يظهر ان دفع ما ذكر في وجه البطلان الذي جعله المحقق الاردبيلي موافقا للقاعدة و احتمله العلامة (قدس سره) في النهاية، فيما إذا ظهر ما رآه سابقا على خلاف ما رواه، بأنه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين في الشخصيات، (٢) و بين الوصف الذاتي و العرضي، و ان اقصى ما هناك كونه من باب تعارض الاشارة و الوصف و الاشارة اقوى

العين بما هي موجودة لا- تكون مورد الاعتبار الملكية و المالية حتى تباع- فلا محالة يكون البيع متعلقا بالوصف و العنوان، فتخلفه يوجب عدم البيع و ان كان غير دخيل فيها، الذي هو محل الكلام، يكون البيع بحسب بناء العرف و المتعاملين متعلقا بذات الموصوف،

و الوصف ليس عنوانا للمبيع، بل هو مطلوب آخر في المطلوب البيعى.

(١) الثانى: ان المعقود عليه و ان كان هو عين الموجود فى الخارج، الا ان العقد على الموجود وقع مبنيا على الوصف.

و بعبارة اخرى: الرضا فى المعاملة لم يتعلق الا بالمقيد بالصفة، و الفاقد لا رضا به،

و هذا يوجب البطلان.

(٢) و اجاب عنه فى الجواهر على ما حكى عنه المصنف (رحمه الله) بما حاصله: ان الوصف المعين للكليات يوجب تضيق دائرة المبيع، من غير فرق بين الوصف الذاتى و العرضى،

فيكون الموجود غير معقود عليه، و أما الوصف المعين فى الشخصيات فان كان ذاتيا فكذلك للمغايرة الذاتية، و ان كان عرضيا فالمورد و ان كان هو الموصوف الا- انه يصدق على الموجود انه مورد للبيع و على فرض الاغماض عن ذلك فى مورد العين الشخصية إذا كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٨

مجازفة لا محصل لها. (١) و أما كون الاشارة اقوى من الوصف عند التعارض،

فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتبار بالوصف، فينبغي لزوم العقد و اثبات الخيار من جهة كونه وصفا لشخص لا مشخصا لكلى حتى يتقوم به و كونه عرضيا لا- ذاتيا اعادة للكلام السابق، و يمكن ان يقال ان المستفاد من النصوص و الاجماع فى الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة الغير المتقومة للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج ام اشترطت فى العقد، كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد الا الى الصحيح و منه المصراه و كالحكم فى النص و الفتوى بتبعض الصفة إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك، (٢) فتأمل. و سيجىء بعض الكلام فى مسألة الشرط الفاسد انشاء الله تعالى

الوصف غير دخيل في الحقيقة يكون المورد مع تلف الوصف من قبيل تعارض الوصف و الإشارة، و الإشارة أقوى.

(١) قوله مجازفة لا محصل لها بناء على ما ذكرناه في بيان مراد الجواهر يكون ما افاده هو الذى افاده المصنف (رحمه الله) فى الجواب عن الوجه الاول فلا يكون مجازفة نعم لا ربط بالوجه الثانى.

و يرد على ما افاده (رحمه الله) اولاً: ان ما ذكر يفيد فى مقام بيان اثبات الاتحاد و لا يفيد فى فى الجواب عن اشكال عدم الرضا كما لا يخفى.

و يرد على ما افاده ثانياً: ان اقوائيه كل من الإشارة و الوصف انما تكون ضابطة صورة اشتباه المراد دون المقام،

مع ان اقوائيه الإشارة لو اعتمد عليها فى المقام لزم منها صحة البيع و لزومه لا الخيار.

(٢) و اجاب المصنف (رحمه الله) عنه بالاستقراء، و ان الشارع المقدس على حسب ما يستفاد من النصوص و الاجماع فى الموارد

المتفرقة حكم بصحة البيع مع الخيار بمخالفة الصفة المقصودة غير المتقومة للمبيع.

و فيه: ان هذا المقدار لا يكفى فى الجواب عن الوجه العقلى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٩

نعم هنا اشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخلى فى الحقيقة عرفاً الموجب ظهور خلافه بطلان البيع و الخارج عنها الموجب

ظهور خلافه للخيار، فإن الظاهر دخول الذكورة و الأنوثة فى المماليك فى حقيقة المبيع لا فى مثل الغنم، و كذا الرومى و الزنجى

حقيقتان عرفاً، و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الاوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على انه من

الغنم فبان من الجاموس.

و كذا لو باعه خل الزبيب فبان من التمر، و يمكن احالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف (١) و ان خالف ضابطة التغاير المذكورة

فى باب الرباء، فتأمل.

مسألة: الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري، (٢)

بل نسب الى ظاهر الاصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين الا من احمد، حيث جعله ممتدا بامتداد المجلس الذى

وقعت فيه الرؤية و احتمال فى نهاية الأحكام و لم اجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك الا وجوب الاقتصار فى مخالفة لزوم العقد على

المتيقن، و يبقى على القائلين بالتراخي فى مثل خيار الغبن و العيب سؤال الفرق بين المقامين،

فالحق فى الجواب ان يقال: ان الظاهر من عبارات المشترطين للأوصاف غير الدخيلة فى حقيقة الشئ اخذها فى المعاملة بنحو تعدد

المطلوب، و ان اتصافه بها مطلوب آخر فى مطلوب نظير اشتراط عمل خارجى كخياطة الثوب.

(١) قوله و يمكن احالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف بل هذا هو المتعين لا- من جهة تشخيص مفهوم الوصف الداخلى و

الخارجى حتى يقال انه لم ينط الحكم فى لسان الدليل بهما- بل من جهة ان ما يكون من قبيل الوصف الخارجى بنظر العرف بحسب

ظهور الكلام ماخوذ بنحو تعدد المطلوب دون ما كان من قبيل الوصف الداخلى فتدبر.

خيار الرؤية فوري.

(٢) الخامس: الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري.

و قد تقدم فى مبحث خيار الغبن تنقيح القول، فيما تقتضيه القواعد من العمومات

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٠

مع ان صحیحہ جميل المتقدمة في صدر المسألة مطلقه يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية و ان كان خلاف التحقيق كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة الى النص. و قد بينا سابقا ضعف التمسك بالاستصحاب في اثبات التراخي و ان استندوا إليه في بعض الخيارات السابقة.

مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا (١)

إشارة

على الوجه المتقدم في خيار الغبن و باسقاطه بعد الرؤية (٢)

و الاستصحاب و غيرهما و ان كل خيار ثبت و لم يكن لدليله اطلاق مقتضى القواعد انه فوري فراجع. نعم لو كان مدرك هذا الخيار النص الخاص كان مقتضى اطلاقه كونه على التراخي، و لكن قد عرفت انه لا يكون مدركا له، فالحق انه على الفور. مسقطات خيار الرؤية

السادس: - قالوا- انه يسقط هذا الخيار بامور:

(١) احدها: ترك المبادرة الى الفسخ، و قد مر الكلام فيه و عرفت انه صحيح لان هذا الخيار على الفور. (٢) ثانيها: اسقاطه بعد الرؤية.

اسقاط الخيار ان كان بعد الرؤية التي لا شك في تحقق الخيار عندها، كأنه من المسلمات عندهم نفوذه، و هو محل تأمل لو كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر كما تقدم في مبحث خيار الغبن. نعم لو كان المدرك النص أو الشرط الضمني تم ذلك: فان الخيار حينئذ من الحقوق، و لكل ذي حق اسقاط حقه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦١

و بالتصرف بعدها (١) و لو تصرف قبلها. ففي سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتداء ذلك على جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية بناء على ان التصرف اسقاط فعلى، (٢) و في جواز اسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على ان الرؤية سبب أو كاشف، (٣) قال في التذكرة لو اختار امضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية، انتهى. و حكى ذلك من غيرها ايضا، و ظاهره ان الخيار يحدث بالرؤية لا انه يظهر بها و لو جعلت الرؤية شرطا لا سببا امكن جواز الاسقاط بمجرد تحقق المسبب و هو العقد و لا يخلو عن قوة.

(١) ثالثها: التصرف بعد الرؤية.

و قد تقدم الكلام ايضا في مسقطية التصرف، و عرفت ان دليله الخاص غير عام لجميع الخيارات، و ان فيما لا نص فيه كالمقام لو كان التصرف كاشفا عن الاسقاط و دالا عليه سقط به الخيار و الا فلا. هذا في التصرف بعد الرؤية.

(٢) و أما التصرف قبلها ففيه وجوه:

احدها مسقطيته على القول بمسقطية الاسقاط قولاً قبل الرؤية، و عدمها على القول بعدم.

ثانيها: مسقطيته مطلقا، و استدل لهذا الوجه: بان مسقطية التصرف انما تكون من جهة انه رضا متجدد بالبيع كما هو ظاهر التعليل بقوله (عليه السلام) فذلك رضا منه و يكون سقوط الحق لعدم الملاك لا لرفعه بعد ثبوته، و عليه فلا مانع من مسقطيته قبل ثبوت الخيار. و فيه: ما تقدم في مبحث خيار الغبن من انه لا يكون مسقطا لهذه الجهة. فراجع.

ثالثها: عدم مسقطيته مطلقا، و استدل له: بانه لا يكون التصرف كاشفا عن الرضا بالعقد ان كان قبل الرؤية كما في التصرف قبل العلم بالغبن.

(٣) و أما الاسقاط قبل الرؤية فان قلنا بان الرؤية كاشفة عن حدوث الخيار من حين العقد- كما هو مقتضى حديث لا ضرر «١» لأن الضرر انما يتوجه من حين العقد

(١) مر مكررا مصادر الحديث و اخيرا في خيار الغبن.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٢

و لو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فساد و افساده للعقد كما عن العلامة و جماعة أو عدمهما كما عن النهاية و بعض أو الفساد دون الافساد وجوه، بل اقوال (١) من كونه موجبا لكون العقد غررا، (٢) كما في جامع المقاصد من ان الوصف قام مقام الرؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي و لا موصوف، و من ان دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه،

و تخلف الشرط فانه من حين العقد- و النص الخاص- لاحظ ظاهر قوله (عليه السلام) في صحيح جميل: كان له في ذلك خيار الرؤية «١» - فلا اشكال ايضا و ان قلنا بانها سبب أو شرط ففيه اشكال، و قد تقدم الكلام فيه مفصلا في مبحث خيار الغبن. و به يظهر ان الاسقاط منجزا غير معقول، و معلقا على حدوثه لا مانع منه لو لا الاجماع، و انه لا فرق بين كونها سببا أو شرطا. فراجع.

اشتراط سقوطه

(١) رابعها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، ذكره الشيخ في النهاية و بعض آخر. و فيه قولان آخران:

- الأول:- ما عن العلامة و جماعة، و هو: فساد الشرط و افساده للعقد.

- الثاني:- ما عن جماعة، و هو: الفساد دون الافساد.

و قد استدل للثاني بوجهين:

(٢) الاول: انه موجب لكون البيع غرريا، و للقوم في بيان ذلك تقريبات،

احدها: ما عن المحقق الثاني، و حاصله: ان بيع مجهول الوصف انما ترتفع غرريته من جهة تعهد الوصف باعتبار انه موجب لكون امر العقد بيده عند تخلف الشرط، فلا يذهب ماله هدرا، فلا غرر، و إذا شرط سقوط الخيار لم يرتفع الغرر لخروج زمام امر العقد من يده فيعود الغرر و الخطر.

و فيه: ان الخيار حكم شرعي لا يرفع الغرر، و لو كان مؤثرا في رفع الغرر جاز بيع

(١) الوسائل- باب ١٥- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٣

فإن الخيار حكم شرعي لو اثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهول مترزلا و العلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة

فإن الغرر هو الاقدام على شراء العين الغائبة على اى صفة كانت، و لو كان الالتزام المذكور مؤديا الى الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب ايضا مؤديا إليه، لأنه بمنزلة بيع الشئ صحيحا أو معيبا بأى عيب كان، و لا شك انه غرر و إنما جاز بيع الشئ غير مشروط بالصحة اعتمادا على اصالة الصحة لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة و العيب فى المبيع، لأن تخالف افراد الصحيح و المعيب افحش من تخالف افراد الصحيح و اقتصارهم فى بيان الأوصاف المعتبرة فى بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات الراجعة الى العيب انما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف باصالة الصحة لا لجواز اهمالها عند البيع، فحينئذ فإذا شرط البراءة من العيوب، كان راجعا الى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها، فيلزم الغرر خصوصا على ما حكاها فى الدروس عن ظاهر الشيخ و اتباعه من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا قيمة لمكسوره كالبيض و الجوز الفاسدين، كذلك حيث ان مرجعه على ما ذكره هنا فى اشتراط سقوط خيار الرؤية الى اشتراط، عدم الاعتداد بمالية المبيع و لذا اعترض عليهم الشهيد و اتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب و لو كان للمعيب قيمة لأن مرجعه الى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحا و معيبا بأى وصف كان، ثم انه قد يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر فى البيع حتى يلزم فساد البيع و لو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد بل من انه اسقاط لما لم يتحقق بناء على ما عرفت من ان الخيار إنما يتحقق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها فاشتراط الأسقاط لغو و فساده من هذه الجهة لا يؤثر فى فساد العقد، فيتعين المصير الى ثالث الأقوال المتقدمة، لكن الانصاف ضعف وجه هذا القول

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٤

و أقوى الأقوال اولها، لأن رفع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا دخل له فى الغرر العرفى المتحقق فى البيع، الا انه لأجل سبب الخيار (١) و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل الى ارتباط الالتزام العقدى بوجود هذه الصفات، لأنها اما شروط للبيع و أما قيود للمبيع كما تقدم سابقا، و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات و عدمها، (٢) و التنافى بين الأمرين واضح، و أما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة فيدفعه الفرق بينهما بان نفى العيوب ليس ماخوذا فى البيع على وجه الاشتراط أو التقييد و إنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة لا على تعهد البائع لانتفائها حتى ينافى ذلك اشتراط براءة البائع عن عهده انتفائها

كل مجهول مع شرط الخيار.

ثانيها: ما عن المصنف (رحمه الله)، و حاصل ما افاده يرجع الى امرين، بل لعل ظاهر صدر كلامه الأول، و ظاهر ذيله الثانى:

(١) الاول: ان ارتفاع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار الا انه من جهة سبب الخيار و هو اشتراط تلك الأوصاف الذى مرجعه الى ارتباط العقد بنفسه أو بمتعلقه بنفس وجود الوصف، لأنها اما شروط للبيع أو قيود للمبيع، و اشتراط سقوط الخيار الذى مرجعه الى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات و عدمها ينافى ذلك، فما هو الموجب لرفع الغرر ينافيه هذا الاشتراط.

(٢) الثانى: ان اشتراط سقوط الخيار مرجعه الى الالتزام بالبيع مع عدم الوصف،

و هذا ينافى الالتزام بالبيع المرتبط بالالتزام بالوصف،

و الفرق بين الوجهين ان مرجع الأول الى ان لازم الشرط قيدياً نفس الوصف و عدم قيديته، و مرجع الثانى الى الالتزام بالوصف و عدم الالتزام به.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان الموجب لرفع الغرر ليس هو الالتزام بالوصف بل الاطمئنان بوجوده أو اخبار من يكون خبره حجة به، و فى غير ذلك لا يرتفع الغرر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٥

بخلاف الصفات فيما نحن فيه، فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع، و المشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها، و التزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك.

نعم لو شاهده المشتري و اشتراه معتمدا على اصالة بقاء تلك الصفات،

فاشتراط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفة كان نظير اشتراط البراءة من العيوب، كما انه لو اخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري، فاشتراط عدم الخيار، و لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير في بعض فروع الأخبار بالكيل و الضابط في ذلك ان كل وصف تعهده البائع. و كان رفع الغرر بذلك،

لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، و كل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على اماره اخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبه مساواة باطن الصبره لظاهاها أو نحو ذلك.

و مما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد و غيره في المنع و الجواز بين اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة في بيع العين الغائبة و بين اشتراط البراءة من العيوب في العين المشكوك في صحته و فساده، و ظهر ايضا انه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكورة في العقد في المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها، لأن رفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات بل لعلمه بها

و ثانيا: انه لو سلم كون الراجع للالتزام بالوصف، الا ان اشتراط سقوط الخيار ليس مرجعه الى الالتزام بعدم الوصف، و لا عدم الالتزام بالوصف كى ينافيه، فان الخيار ليس اثرا لا ينفك للالتزام بالصفات حتى يكون شرط سقوطه في قوة عدم الالتزام بالوصف، بل هو حكم شرعى ثبت في مورد الالتزام بالوصف قابل لأن يسقط بالشرط مع بقاء الالتزام.

و بهذا البيان يندفع ما استفاده بعض مشايخنا من كلام المحقق الخراساني (رحمه الله) في وجه ذلك الذي هو التقريب الثالث، و هو: ان الخيار لازم اشتراط الوصف و ابطال اللزوم، و رفع اليد عنه ابطال للملزم لفرض الملازمة، و إذا ارتفع الملزم عاد الغرر لما عرفت من انه ليس لازما لا ينفك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٦

و كذا لو اطمأن بوجودها و لم يتيقن و الضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدها من البائع و عدمه، هذا مع امكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار على تقدير فقد الصفات المعتمد علمها في البيع خرج اشتراط التبري من العيوب بالنص و الاجماع، لأن قاعدة نفى الغرر قابله للتخصيص كما اشرنا إليه سابقا و ظهر ايضا ضعف ما يقال (١) من ان الأقوى في محل الكلام الصحة لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول و لو ان الغرر ثابت في البيع نفسه لم يجد في الصحة ثبوت الخيار و إلا- لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار و هو معلوم العدم و اقدمه على الرضاء بالبيع المشروط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف ادخال الغرر عليه من قبل نفسه، انتهى.

توضيح الضعف ان المجدى في الصحة ما هو سبب الخيار، و هو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار و أما كون الاقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغررى و المسألة موضع اشكال.

الوجه الثاني: انه اسقاط لما لم يتحقق، فاشتراط السقوط لغو و فاسد، و الشرط الفاسد مفسد للعقد.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان خيار الرؤية يثبت من حين العقد، فاشتراط سقوطه ليس اسقاطا لما لم يتحقق.

و ثانيا: ما تقدم في مبحث خيار العبن من ان اسقاط ما لم يتحقق على تقدير تحققه لا محذور فيه.

و ثالثا: ان الشرط الفاسد لا يفسد كما سيأتى تحقيقه.

و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و ضعفه،

فالأظهر هو القول الأول.

(١) قوله و ظهر ايضا ضعف ما يقال من ان الاقوى فى محل الكلام الصحة القائل هو صاحب الجواهر (رحمه الله) و حاصل ما افاده فى رد من استدل على التنافى بانه مع عدم الاطمينان يكون لثبوت الخيار دخل فى رفع الغرر ان ثبوت الخيار اجنبى عنه بل الموجب لارتفاعه التوصيف الذى يصدق معه تعلق البيع بمعلوم غير مجهول و لو أن الغرر ثابت فى البيع نفسه لم يكن ثبوت الخيار رافعا له و الا لصح بيع الغرر بشرط الخيار الخ و أما ما افاده المصنف (رحمه الله) فى وجه ضعفه فقد تقدم الكلام فيه مفصلا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٧

مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين،

لأن العقد انما وقع على الشخصى فتملك غيره يحتاج الى معاوضة جديدة، (١) و لو شرط فى متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف. ففى الدروس ان الاقرب الفساد، و لعله لان البذل المستحق عليه بمقتضى الشرط ان كان بإزاء الثمن فمرجه الى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفة، و ينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد و انعقاد عقد آخر، كل منهما معلق على المخالفة.

و من المعلوم عدم نهوض الشرط لاثبات ذلك، و ان كان بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف، فمرجه ايضا الى انعقاد معاوضة تعليقية غررية، لان المفروض جهالة المبدل و على اى تقدير، فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور، فيفسد و يفسد العقد، (٢)

حكم بذل التفاوت و ابدال العين

السابع: فى سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت و بابدال العين، وجهان:

(١) قد استدل المصنف لعدم السقوط بان تملك غير العين الشخصية الواقع عليها البيع يحتاج الى معاملة جديدة.

و لكن هذا الوجه لا يكفى لاثبات المدعى، إذ تملك ما به التفاوت ببذل صاحبه امر،

و عدم سقوط الخيار بعد الملكية امر آخر، و مورد الكلام هو الثانى، و الدليل دليل للأول.

فالاولى الاستدلال له بان اطلاق النص يقتضى ذلك، و بذل التفاوت أو ابدال العين لا يوجب عدم ضرورة اللزوم من حيث الغرض المعاملى و لو بقاء كى لا تكون المعاملة بقاء مشموله لحديث لا ضرر، و ايضا لا يؤثر فى رفع ما اوجبه تخلف الشرط من الخيار عند تخلف الوصف هذا مع عدم الشرط و أما لو شرط فى متن العقد احدهما لو ظهر على خلاف الوصف، فعن الدروس و فى المكاسب.

(٢) فساد الشرط و افساده للعقد فى الاول، و فى الجواهر: الحكم بالفساد فى الثانى فالكلام يقع فى موردين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٨

...

الأول:- فى صحة هذا الشرط و فساده.

- الثانى:- فى سقوط الخيار به و عدمه.

اما المورد الأول: فغاية ما استدل به للفساد فى مقابل عموم ما دل على صحة الشرط و نفوذه «١» وجوه:

احدها: ان مقدار التفاوت مجهول، فشرط بذله شرط امر مجهول، و هو غررى باطل.
 و فيه: انه لو سلم بطلان الشرط الغررى ان محل الكلام صحة شرط البذل و عدمها،
 فلا بد و ان يفرض الصحة من سائر الجهات بان يفرض العلم بمقدار ما به تفاوت الواجد و الفاقد.
 ثانيها: انه من قبيل التعليق فى الشرط، و هو يبطل العقد و الايقاع.
 و فيه: ان التعليق لا دليل على مبطلته سوى الاجماع غير الشامل للشرط.
 ثالثها: ان شرط النتيجة غير نافذ.
 و فيه: اولاً: ان محل الكلام اعم من ذلك و من شرط الفعل.
 و ثانياً: ان شرط النتيجة صحيح فى غير ماله سبب خاص كالطلاق.
 فالأظهر صحة هذا الشرط و نفوذه.
 و أما المورد الثانى: فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر أو الشرط سقط الخيار، و ذلك لأنه مع هذا الشرط و بذل التفاوت لا
 ضرر من حيث المالىة، و هو واضح.
 و لا من حيث الغرض المعاملى، فان المعاملة مع هذا الشرط كاشف عن سعة دائرة الغرض المعاملى،
 و ان كان المدرك هو النص لم يسقط لإطلاق النص،

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٩

...

اللهم الا ان يدعى انصرافه عن مثل الفرض، و الله العالم.

و أما شرط الابدال فظاهر صدر عبارة المصنف شرط الفعل، و ظاهر ذيلها شرط النتيجة،
 فالكلام فيه يقع فى موضعين.

الأول: فى شرط النتيجة،

و هو قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد فى قبال الثمن، و حيث انه لا يعقل وقوع مال الشخص بدلا عن ماله، فلا محالة يرجع هذا
 الشرط الى شرط انفساخ المعاملة و انعقادها بين الواجد و الثمن،
 و قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد بوقوع احدهما فى قبال الآخر.
 اما الأول: فقد استدل لفساد الشرط بوجوه:

احدها: انه من قبيل شرط النتيجة، و قد تقدم ما فيه.

ثانيها: ان كلا من انفساخ المعاملة و انعقادها يتوقف على سبب خاص، فشرط وقوعهما قهرا شرط مخالف للمشروع:

و فيه: ان مقتضى عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد، «١» و نفوذ كل تجارة عن تراض، «٢» صحة هذا الشرط، بل و لزومه،
 مضافا الى دليل نفوذ الشرط و لزومه «٣».

ثالثها: ان الشرط مبادلة تعليقية، و التعليق يفسد المعاملة.

و فيه: ما تقدم من عدم مفسدية التعليق للشرط.

رابعها: انه مبادلة غررية، و هى باطله.

وفيه: ان الغرر لو كان فهو من جهة الجهل بالوجود، و هو مندفع بان المعاوضة

(١) المائدة آية ٢

(٢) النساء آية ٣٠.

(٣) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٠

...

حيث لا تتعقد الا عند ظهور التخلف، فهو عالم بانه اما تتعقد معاوضة او لا تتعقد، فلا غرر، فالأظهر صحة هذا الشرط.

فان قيل: ان هذا الشرط و ان صح الا انه بمجرد انحلال البيع ينحل الشرط، إذ الشرط ما لم يكن في ضمن العقد لا يجب الوفاء به، فلا سبب للمعاوضة الجديدة.

اجبنا عنه: بان الشرط انعقاده يتوقف على كونه في ضمن العقد، و أما انحلاله بسبب انحلال العقد فلا دليل عليه الا فيما إذا كان الشرط من قبيل الضميمة لأحد العوضين، و في المقام لا يتعقل ذلك، بل هو انما يكون للتحفظ على الغرض الواسع من المعاملة كما لا يخفى،

و أما سقوط الخيار به فهو لا إشكال فيه لانتفاء موضوع الخيار بانفساخ المعاملة.

و أما الثاني: اى جعل الواجد بدلا عن الفاقد، فمحذوره التعليق فى الشرط الذى نتيجته نتيجة البيع و الجهالة و الغررية فى المبدل، لأنه لا يعلم انه واجد للوصف ام فاقد،

و تعلقه بالنتيجة، و قد تقدم ان التعليق فى الشرط لا دليل على مبطليته،

و الغرر من حيث الجهل بالوجود يندفع بانه حين المعاوضة- و هو ظهور التخلف- قاطع بكونه واجدا أو فاقدا، و من حيث الجهل بالوصف يرتفع بتوصيفه بكونه غير واجد،

و أما سقوط الخيار به فالكلام فيه ما تقدم فى شرط بذل التفاوت.

الموضع الثانى: فى شرط الفعل، و هو ايضا قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد،

و قد يكون بجعله بدلا عن الثمن الذى مرجعه الى شرط حل العقد الأول ثم تبديل الواجد بالثمن،

اما المورد الأول: فمانع مشروعية هذا الشرط ليس الا جهالة المبدل و التعليق فى الشرط، و قد تقدم ما فيهما، و أما سقوط الخيار به فهو ايضا ظهر مما ذكرناه من ان هذا الشرط يوسع دائرة الغرض المعاملى فلا ضرر.

و أما المورد الثانى: فمانع صحة الشرط بعض ما تقدم و عرفت ما فيه، و يجرى فيه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧١

و بذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق من الاعتراض على الشهيد (قدس سره) (١) حيث قال بعد نقل عبارة الدروس و حكمه بالفساد ما لفظه ظاهر كلامه ان الحكم بالفساد اعم من ان يظهر على الوصف أو لا و فيه انه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الابدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سببا للفساد لعموم الاخبار المتقدمة.

نعم لو ظهر مخالفا، فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفة، و لا يجبره هذا الشرط لإطلاق الاخبار و الاظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة الى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه.

ما ذكر من انه بانحلال العقد ينحل الشرط. و جوابه ما تقدم،

و أما في مسقطيته للخيار فحال هذا المورد حال المورد المتقدم، و الله العالم.

(١) قال المصنف (رحمه الله): و بذلك ظهر ضعف ما في الحدائق من الاعتراض على الشهيد محصل ما افاده صاحب الحدائق (رحمه

الله) بعد حمل الحكم بالفساد من الشهيد على فساد البيع: انه على اطلاقه ممنوع، بل يتم في صورة ظهور الخلاف،

و وجه بطلانه حينئذ ان الموجود غير المبيع.

و دعوى ان هذا الشرط يجبر المخالفة، إذ معه كأنه يكون المبيع هو الواجد فلا مخالفة مندفعة بانه شرط فاسد لإطلاق اخبار «١»

الخيار، فلا يكون جابرا، و أما مع عدم ظهور الخلاف. فمقتضى عموم اخبار الخيار عند ظهور الخلاف و اخبار «٢» البطلان القاضيتين

بالصحة مع عدم ظهور الخلاف هو الحكم بالصحة،

ثم وجه كلام الشهيد (رحمه الله): بان مراده الحكم بفساد الشرط و وجه فساد بانه لا تأثير له مع الظهور و عدمه، إذ مع الظهور على

الوصف لا تخلف كي يجب الابدال و مع عدمه و المخالفة يكون الشرط مخالفا للسنة، و هي اخبار الخيار فلا اثر له على التقديرين.

(١) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٢

و بالجملة فإنى لا اعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الاطلاق وجه يحمل عليه، انتهى.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح و الاجارة (١)

لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فإما ان يحكم ببطلان العقد لما تقدم عن الاردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة.

و أما ان يحكم بلزومه من دون خيار، (٢) و الاول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه. و الثانى

فاسد من جهة ان دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقص.

و معلوم ان عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشتركة فيها ليس نقضا للعقد، بل قد تقدم عن بعض ان ترتيب

آثار العقد عليها ليس وفاء و عملا بالعقد حتى يجوز،

ثبوت خيار الرؤية في كل عقد

(١) الثامن: هل يثبت خيار الرؤية في العقود الاخر، ام يختص بالبيع؟ وجهان.

الظاهر أن مدرك خيار الرؤية ان كان حديث لا ضرر ثبت ذلك في كل عقد، لأن نسبة الحديث الى جميع المعاملات على حد

سواء،

و ان كان مدركه تخلف الشرط فكذلك كما هو واضح،

و أما ان كان مدركه النص الخاص فمورده خصوص البيع، فان امكن دعوى القطع بعدم خصوصية لموردها يتعدى الى سائر

المعاملات، و الا فلا كما انه كذلك لو كان المدرك الاستقراء و تتبع الموارد الخاصة.

(٢) و أما ما افاده المصنف (رحمه الله) من المنفصلة ذات الاطراف الثلاثة و هي: ان العقد لو تخلف الوصف اما ان يكون باطلا، أو

صحيحاً لازماً، أو صحيحاً جائزاً، و الأول باطل لانه خلاف طريقة الأصحاب في تخلف الأوصاف، و الثاني باطل لأن دليل لزوم الوفاء بالعقد و هو (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لا يشملها، فان عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للوصف المشروط فيه لا يكون نقضا للعقد، فيتعين الثالث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٣
بل هو تصرف لم يدل عليه العقد فيبطل.

و الحاصل ان الامر في ذلك دائر بين فساد العقد و ثبوته مع الخيار و الاول مناف لطريقة الاصحاب في غير باب فتعين الثاني.

مسألة: لو اختلفا فقال البائع لم يخلف صفة، (١)

و قال المشتري قد اختلف.

ففي التذكرة قدم قول المشتري لأصالة براءة ذمته من الثمن (٢) فلا يلزمه ما لم يقربه أو يثبت بالبينة، و رده في المختلف في نظير المسألة بأن اقراره بالشراء اقرار بالاشتغال بالثمن، و يمكن ان يكون مراده براءة الذمة عدم وجوب تسليمه (٣) الى البائع، بناء على ما ذكره في احكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم الثمن و لا المثلن في مدة الخيار، و ان تسلم الآخر

فيرد عليه ان دليل اللزوم لا ينحصر بما دل على وجوب الوفاء بالعقد، و في غيره كفاية، مع ان اللزوم مقتضى الاستصحاب على ما تقدم.

و اصف الى ذلك كله: ان الوصف ان كان قيدياً مقوماً للمعقود عليه لزم من تخلفه بطلان العقد، و الا فان قلنا بان الالتزام بالشرط في قوة جعل الخيار عند تخلفه ثبت الخيار، و الا فحيث ان الشرط التزام آخر في ضمن الالتزام المعاملي، فعدم امكان العمل بالالتزام الشرطي لا يقتضى جواز نقض الالتزام الأول. اختلاف المتبايعين

(١) التاسع: لو اختلفا فقال البائع: لم يخلف صفة و قال المشتري: قد اختلفت، فعن التذكرة: قدم قول المشتري.

و قد استدلت لتقديم قول المشتري بوجوه:

(٢) الاول: ما عن العلامة (رحمه الله) من ان الاصل براءة ذمته من الثمن و مراده ما وجهه المصنف (رحمه الله)

(٣) بان المراد عدم وجوب دفعه الى البائع، إذ اشتغال الذمة باصله ثابت لفرض صحة المعاملة، مع ان الثمن لم يفرض كلياً، و عليه فلا يرد عليه ما افاده في محكي المختلف في نظير المسألة من ان اقراره بالشراء اقرار منه بالاشتغال بالثمن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٤

و كيف كان فيمكن ان يخدش بأن المشتري قد اقر باشتغال ذمته بالثمن سواء اختلف صفة المبيع ام لم يخلف، غاية الأمر سلطته على الفسخ لو ثبت ان البائع التزم على نفسه اتصاف المبيع بأوصاف مفقودة، (١) كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، و حيث لم يثبت ذلك، فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للازالة بفسخ العقد، هذا، و يمكن دفع ذلك بأن اخذ الصفات في المبيع و ان كان في معنى الاشتراط،

الا- انه بعنوان التقييد. فمرجع الاختلاف الى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة، أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها و اللزوم من احكام البيع (٢) المتعلق بالعين على الوجه الثاني، و الاصل عدمه و منه يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين الاختلاف في اشتراط كتابة العبد. و قد تقدم توضيح ذلك و بيان ما قيل أو يمكن ان يقال في هذا المجال في مسألة ما

إذا اختلفا في تغيير ما شاهدها قبل البيع.

(١) و اورد عليه المصنف (رحمه الله) بما حاصله: ان هذا الاصل محكوم باصالة عدم التزام البائع على نفسه باتصاف المبيع بوصف مفقود، فان الشك في وجوب التسليم مسبب عن الشك في الخيار، و هو مسبب عن الشك في التزام البائع بالوصف المفقود، فإذا جرى الأصل الحاكم كان قول البائع موافقا للأصل.

و الجواب عنه - مضافا الى ذلك -: ان كون حكم الخيار عدم وجوب التسليم محل نظر و منع، بل هو واجب ما دام لم يفسخ العقد. (٢) الثانى: ما افاده المصنف (رحمه الله) و هو: ان اللزوم من احكام البيع بالعين الملحوظ فيها الوصف الموجود أو ما يعمه، و الأصل عدمه، و لا- تجرى اصالة عدم التزام البائع بالوصف المفقود التى ذكرها في رد العلامة من جهة ان اخذ الوصف فى المبيع فى قوة التقييد، و ليس التزاما مستقلا، فيكون الالتزام واحدا، و امره دائرا بين تعلقه بالموصوف أو الموجود، و حيث ان اللزوم من احكام تعلق البيع بالموجود، فتجرى اصالة عدمه،

و لا تعارضها اصالة عدم تعلقه بالموصوف بالوصف المفقود لعدم ترتب الأثر عليها الا إذا ثبت بها وروده على الموجود.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٧٥

مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقي كالأول بطل، (١)

كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد (قدس سره) و العلامة فى كتبه و جامع المقاصد. و استدل عليه فى التذكرة و جامع المقاصد بأن بعضه عين حاضرة و بعضه فى الذمة مجهول.

وفيه: ان من الواضح عدم دخالة الوصف الموجود فى اللزوم، فان الدخيل فيه عدم تخلف الوصف و عدم فقده. و عبارة اخرى: الخيار معلق على العقد على الموصوف بوصف مفقود، فاصالة عدم تعلق العقد بالموصوف بوصف مفقود تعبد بعدم الخيار البديل للزوم.

الثالث: ما عن التذكرة و هو اصالة عدم الرضا بهذا الموجود.

وفيه: ان الرضا به مفروض، و الا لزم منه البطلان لا الخيار.

و هناك وجه اخر لاجل وضوح فسادها اغمضنا عن ذكرها،

فظهر ان الأصل مع البائع.

و عن المحقق الخراسانى (رحمه الله) فى مقام بيان ان الأصل مع البائع: انه لو كان الاختلاف فى ذكر الوصف أو فى ظهور الخلاف كان الأصل عدمهما.

وفيه: ان اصالة عدم ذكر الوصف و ان كانت من الاصول العقلائية الا انها لا تجرى فى المقام لتعين ذكره دفعا للغرر، فالخلاف فى انه

الوصف المفقود أو الموجود، و لا أصل عقلائي يعين احدهما،

و اصالة عدم ظهور الخلاف ليست من الاصول العقلائية و لا من التعبدية الا إذا كان الخيار مترتبا على ظهور تخلف الوصف.

حكم نسج بعض الثوب

(١) العاشر: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقي كالأول بطل كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد و العلامة فى جملة

من كتبه و جامع المقاصد، و عن المختلف:

صحته، و المصنف فى المتن ذكر المسألة و نقل ما يمكن ان يستدل به فيها.

و لكن الظاهر ان مورد كلام الفقهاء غير ما ذكره المصنف،

و تنقيح القول فيها ان للمسألة صوراً.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٧٦

و عن المختلف صحته، و لا يحضرنى الآن حتى تأمل فى دليله، و الذى ذكر للمنع لا ينهض مانعاً، فالذى يقوى فى النظر: انه إذا باع البعض المنسوج المنضم الى غزل معين على ان ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، و كذا إذا ضم معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل الموصوف على ان ينسجه كذلك، إذ لا مانع من ضم الكلى الى الشخصى، و إليه ينظر بعض كلمات المختلف فى هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطة و الصبغ. و كذا إذا باعه اذرعاً معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال، و لو لم ينسجه فى الصورتين الاوليتين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلف الشرط و لو لم ينسجه كذلك فى الصورة الأخيرة لم يلزم القبول، و بقى على مال البائع و كان للمشتري الخيار فى المنسوج لتبعض الصفقة عليه و الله العالم.

احداها: ما هو ظاهر عنوان الأصحاب، و هو ما لو كان المبيع هو الثوب الشخصى الذى يكون بعضه موجوداً و بعضه معدوماً سيوجد.

و قد استدل لبطان البيع فيها بوجوه:

الأول: ما عن الشيخ فى المبسوط، و حاصله: ان البيع بالاضافة الى المنسوج لازم،

و بالاضافة الى غيره موقوف على خيار الرؤية، اى يكون خيارياً على تقدير التخلف،

فيجتمع فى شىء واحد خيار الرؤية و عدمه و هما متناقضان، فهذا البيع المستلزم للمحال نفوذه محال نفوذه.

وفيه: اولاً: ان تخلف الوصف فى البعض يوجب الخيار فى الجميع دون البعض.

و ثانياً: ان العقد ينحل بتعدد متعلقه، فبعضه موضوع للزوم، و بعضه موضوع للخيار، فلا تناقض.

الثانى: ما عن العلامة فى المختلف، و هو ان: الثابت فى الشريعة اما بيع معدوم غير معين و هو الكلى فى الذمة، أو موجود معين و هو

الشخصى الموجود، و لم يعهد بيع المعدوم المعين. و فيه: انه لو شمله عموم (احل الله البيع) لا يضر عدم المعهودية.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٧٧

...

الثالث: ما عن العلامة فى التذكرة، و هو: ان الباقي فى الذمة مجهول.

وفيه: ان التوصيف يرفع الجهالة.

فالاولى ان يستدل له: بان اعتبار الملكية يحتاج الى محل له تعيين ما، كالكلى فى الذمة، و العين الموجودة فى الخارج المضافة الى

البائع، و ما سيوجد بعد ليس فى الذمة لعدم كونه كلياً، و لا تعيين خارجى له مضافاً إليه، فلا يصح بيعه.

فتأمل فانه يمكن ان يقال: انه كما ان الكلى يكون فى الذمة، كذلك الشخصى الذى سيوجد يعتبره العقلاء فى العهدة، و معه لا مانع

من بيعه، و الله العالم.

ثانيها: بيع المنسوج الموجود مع مقدار معين من الغزل الموجود على ان ينسجه كالموجود، فالمبيع بتمامه موجود، و الشرط متعلق

بنسج بعضه، و لو نسجه بذلك المنوال فلا كلام و الا ثبت له خيار تخلف الشرط، و على التقديرين البيع صحيح.

ثالثها: ما إذا باع المنسوج الموجود و مقداراً كلياً من الغزل بشرط ان ينسجه كالموجود، و لا محذور فيه لا من حيث البيع إذ ضم

الكلى الى الشخصى فى مقام البيع لا مانع منه، و لا من حيث الشرط و لو لم ينسجه على ذلك المنوال، فقد حكم الشيخ (رحمه الله)

بشوت خيار تخلف الشرط.

ولكن يرد عليه: ان الكلى بما انه لا يتعين فى ما نسج و لذا للبائع الابدال، فلا يتعين للمشتري القبول، و لا خيار له، بل له الامتناع عنه. رابعها: ما لو باع المنسوج الموجود و غزلا كليا منسوجا كالباقى فصفة المنسوجة مقومة للمبيع الكلى لا انها شرط فيه، و لا محذور فيه من حيث البيع الا انه عند التخلف يتعين الابدال.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٧٨

السابع خيار العيب

إشارة

اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيًا على سلامة العين من العيب (١) و إنما ترك اشتراطه صريحًا اعتمادًا على اصالة السلامة (٢) و إلا لم يصح العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة و هى صحتها التى هى من اهم ما يتعلق به الاغراض. و لذا اتفقوا فى بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها، و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة، فليس ذلك الا من حيث الاعتماد فى وجودها على الأصل، فإن من يشتري عبدا لا يعلم انه صحيح سوى ام فالج مقعد لا يعتمد فى صحته الا على اصالة السلامة، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا على بقاءه على ما شاهده، فلا يحتاج الى ذكر تلك الصفات فى العقد. و كما يعتمد على اخبار البائع بالوزن. قال فى

اطلاق العقد يقتضى الصحة

(١) قوله اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيًا على سلامة العين من العيب،

لا يخفى انه من المسلمات ثبوت خيار العيب فى بيع العين الشخصية مع الجهل بالعيب- بالجهل المركب أو البسيط- و لا إشكال فى الاول انما الكلام فى الثانى، و غرض المصنف (رحمه الله) ان يبين أو لا صحة المعاملة- ثم ثبوت الخيار فيها- ثم الاحكام و منشأ الاشكال فى الصحة بطلان البيع الغررى، اللزم من الجهل بصفات المبيع و من اهمها وصف الصحة و عليه فمع الشك فى الصحة يلزم البناء على البطلان مع ان بناء القوم على اصالة الصحة و للقوم فى تقريب اصالة السلامة الرافعة للغرر الموجبة لصحة العقد وجوه:

(٢) احدها ما افاده المصنف و هو: ان الغالب فى الاعيان حيث انه السلامة و بناء،

العرف و العقلاء فى معاملاتهم على التصريح بالعيب لو كان المتعلق معيوبًا، فالاطلاق و عدم التقييد يقتضى وقوعه مبنيًا على سلامة العين.

و هذا الوجه تام، غاية الأمر أن كفى الاشتراط فى رفع الغرر نقول ان السلامة شرط ضمنى، و الا كانت قيذا و وصفا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٧٩

قال فى التذكرة الأصل فى المبيع من الاعيان و الاشخاص السلامة من العيوب الصحة، فإذا اقدم المشتري على بذل ماله فى مقابلة تلك العين، فإنما بنى اقدامه على غالب ظنه المستند إلى اصالة السلامة، انتهى. (١)

و قال فى موضع آخر اطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر من ان القضاء العرفى يقتضى ان المشتري انما بذل

ماله بناء على اصالة السلامة فكانها مشترطة في نفس العقد، انتهى. (٢)

و مما ذكرنا يظهر ان الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه: أولا منع الانصراف و لذا لا يجرى في الأيمان و النذور، و ثانيا عدم جريانه فيما نحن فيه، لعدم كون المبيع مطلقا، بل هو جزئي حقيقي خارجي. و ثالثا بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما، و دفع جميع هذا بأن وصف الصحة قد اخذ شرطا في العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة في العين الخارجية، و انما استغنى عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرئية سابقا حيث يعتمد في وجود اصلها و صفاتها على الأصل. (٣)

و لقد أجاد في الكفاية حيث قال: ان المعروف بين الأصحاب ان اطلاق العقد

(١) ثانيها: ان الغالب في الاعيان الخارجية بقائها على خلقها الاصلية و الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب.

و فيه: ان الظن لا يغني عن الحق شيئا.

(٢) ثالثها: ان بناء العرف و العقلاء على الصحة و السلامة ما لم يثبت العيب.

و فيه: ان ذلك غير ثابت.

(٣) رابعها: ان البيع انما يصح لاجل اخبار البائع بالصحة، و هذا الاخبار ليس بالتصريح بل علم من القرينة، و هي ما علم ان الناس لا

يبدلون المال في مقابل المعيوب إذا لم يصرحوا بالعيب، فلو بذل مال بازاء شيء علم انه يريد ذلك الشيء بوصف الصحة.

و هناك تقارب اخر تقرب ما تقدم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٠

يقتضى لزوم السلامة، و لو باع كليا حالا أو سلما كان الانصراف الى الصحيح من جهة ظاهر الاقدام ايضا، و يحتمل كونه من جهة

الاطلاق المنصرف الى الصحيح في مقام الاشتراء، و ان لم ينصرف إليه في غير هذا المقام، فتأمل.

ثم ان المصرح به في كلمات جماعة ان اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد (١) لأنه تصريح بما يكون الاطلاق منزلا عليه، و

إنما ترك لاعتماد المشتري على اصالة السلامة، فلا يحصل من اجل هذا الاشتراط خيار آخر غير خيار العيب،

كما لو اشترط كون الصبرة كذا و كذا صاعا، فإنه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد على اخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء

الشيء على الصفة السابقة المرئية،

فإنه في حكم ما لو ترك ذلك اعتمادا على اصالة بقائها.

و بالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة ام لم يشترط، و يؤيده ما ورد من رواية يونس (٢) في رجل اشترى جارية على انها عذراء

فلم يجدها عذراء قال: يرد عليه فضل القيمة، فإن اقتصره (عليه السلام) على اخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الرد يدل على ان الخيار

خيار العيب، و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف في الجارية بالوطة أو مقدماته

(١) قوله ثم ان المصرح به في كلمات جماعة ان اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد بعد ما عرفت في تقريب المراد من الالتزام

الضمني و انه ليس هو الالتزام القلبي، بل انشاء لورود العقد على الصحيح، و ربط العقد به، لا محالة يكون اشتراطه مفيدا للتأكد،

و لكن ذلك لا يقتضى عدم ثبوت خيار تخلف الشرط و ذلك لان مقتضى القاعدة ثبوت خيار تخلف الشرط في جميع موارد تخلف

وصف الصحة، و النصوص الخاصة قاضية بثبوت خيار العيب، في مورد الشرط الضمني و انه لا يترتب آثار خيار تخلف الشرط كعدم

سقوطه بالتصرف مثلا، فلو صرح بالشرط مقتضى الدليلين البناء على ثبوتها معا.

(٢) قوله و يؤيده ما ورد في رواية يونس «١» في رجل اشترى جارية المذكورة في المتن

(١) الوسائل - باب ٦ - من احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨١

و منه يظهر ضعف ما حكاه في المالك من ثبوت خيار الاشرط هنا، فلا يسقط الرد بالتصرف و دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف أو عدم دلالة على اشترط البكارة في متن العقد كما ترى.

مسألة: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش (١)

إشارة

بلا خلاف و يدل على الرد الاخبار المستفيضة الآتية.

و أما الأرش فلم يوجد في الاخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد (٢)

بل ما دل على الارش يختص بصورة التصرف المانع من الرد، فيجوز ان يكون الأرش في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري لا لتعيين احد طرفي التخيير بتعذر الآخر.

الاستدلال أو التأييد بتلك الرواية تتوقف على ثبوت امور احدها: دلالتها على اشترط البكارة صريحا و هي ممنوعة لامكان ان يكون المراد من قوله، اشترى جارية على انها عذراء انه كان معتقدا كونها كذلك ثانيها دلالتها على التصرف، و يمكن منعها ايضا بوجدانها غير عذراء بغير المباشرة بالنقل و الاشتهار ثالثها كون الثيوبة عيبا و سيأتي الكلام فيه التخيير بين الرد و اخذ الارش (١) قوله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و اخذ الارش بلا- خلاف، و في الجواهر: اجماعا محصلا و محكيا مستفيضا صريحا و ظاهرا.

و يشهد بالرد- مضافا الى ذلك و إلى عموم ادلة الشروط كما مر- النصوص المستفيضة الآتية.

(٢) و أما الارش، فلم يوجد في الاخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد، بل ما دل عليه يختص بما إذا لم يمكن الرد.

و قد استدلل للتخيير بينه و بين الرد بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٢

نعم في الفقه الرضوي: فإن خرج السلعة معيبا و علم المشتري، فالخيار إليه ان شاء رده و ان شاء اخذه أو رد عليه بالقيمة ارش العيب. (١) و ظاهره كما في الحدائق التخيير بين الرد و اخذه بتمام الثمن و أخذ الأرش، و يحتمل زيادة الهمزة في لفظه أو و يكون واو العطف. فيدل على التخيير بين الرد و الارش

(١) الاول ما في الفقه الرضوي «١»

و فيه: ما تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح من ان كتاب الفقه الرضوي لم يثبت اعتباره، بل لم يثبت كونه كتاب خبير، و ضعفه غير منجر بالعمل.

الثاني: ان هناك طوائف من النصوص:

احداها: ما دل على الرد مع السكوت عن الارش، «٢» و هي كثيرة.

ثانيتها: ما اطلق الارش من غير ذكر للرد، كرواية يونس المتقدمة. «٣» بناء على عدم ظهورها في صورة التصرف. وخبر السكوني عن جعفر عن ابيه: ان عليا (عليه السلام) قضى في رجل اشترى من رجل عكة سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى علي (عليه السلام) فقال له علي (عليه السلام): لك بكيال الرب سمننا فقال الرجل انما بعته منك حكرة فقال له علي (عليه السلام) انما اشترى منك سمننا و لم يشتر منك ربا «٤» بناء على ان يكون الرب مخلوطا بالسمن، بحيث يعد عيبا فيه، و كون اخذ السمن بكياله من باب الارش.

ثالثتها: ما تضمن تعين الارش بعد التصرف «٥».

و الثالثة اخص من الأولتين فتخصصان بها، و انما التعارض بين الأولتين لأن مقتضى

(١) المستدرک- باب ١٢- من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل- باب ١٦- من ابواب الخيار حديث ٣. و جملة من ابواب احكام العيوب.

(٣) الوسائل- باب ٦- من ابواب احكام العيوب حديث ١.

(٤) الوسائل- باب ٧- من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٥) الوسائل- باب ١٦- من ابواب الخيار حديث ٢ و باب ٤ من ابواب احكام العيوب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٣

و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الاخبار (١) و هو صعب جدا،

و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة بناء على ان الصحة، و ان كانت وصفا، فهي بمنزلة الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، و يكون الخيار حينئذ لتبعض الصفقة و فيه منع المنزلة عرفا و لا شرعا. و لذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله على ما صرح به العلامة و غيره،

الأولى تعين الرد، و مقتضى الثانية تعين الارش، و مقتضى الجمع بينهما البناء على التخيير بان يحمل كل منهما على بيان احد فردى التخيير،

أو يقال انها متعارضتان فيحكم بالتخيير.

و فيه: اولاً: انه ليس في شيء من النصوص ما يكون ظاهرا في تعين الارش مع امكان الرد، و الخبران كما ترى.

و ثانيا: ان الجمع بالنحو المذكور لا شاهد له، و لا يكون عرفيا، بل هما متعارضتان عند العرف، و الرجوع الى التخيير في المتعارضين انما يكون بعد فقد المرجحات، و الترجيح مع نصوص الرد كما لا يخفى.

الثاني: ما اشار إليه المصنف (رحمه الله) بقوله:

(١) و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الاخبار، و هو صعب جدا و وجوه التكلف متعددة،

منها: ما في تعليقه السيد الفقيه، و هو ان يدعى ان المراد بالرد في نصوصه رد البيع في الجملة اعم من ان يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ، أو بالرجوع بالارش لأنه ايضا رد للبيع في الجملة، حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٤

ثم منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا اخذ وجوده في المبيع الشخصي على وجه الشرطية، كما في بيع الأرض على انها «انه» جربان معينة و ما نحن فيه من هذا القبيل. (١)

و فيه: ان الارش ليس جزء من الثمن، فاخذه ليس ردا للبيع في بعض مقتضاه، مع ان الظاهر من النصوص كان متعلق الرد فيها رد المبيع أو البيع هو رد البيع بتمامه كما هو واضح.

و منها: ان التقييد بعدم امكن الرد في نصوص الارش وارد مورد الغالب، لأن العادة قاضية بعدم امساك المعيب.

و فيه: ان هذا لو تم فانما هو فيما إذا كان لدليل الارش اطلاق فيجمع بينهما بذلك،

و الا فمجرد عدم المانع اثباتا لا يجدى.

و منها: غير ذلك مما هو واضح الفساد.

الرابع: كون ذلك مقتضى القاعدة. بتقريب: ان وصف الصحة الفاتت بمنزلة الجزء،

فالمعقود عليه منحل الى اجزاء ثمننا و مثننا، فكما انه في فوات الجزء يسترجع مقدار من الثمن يقابل ذلك الجزء، فكذلك في وصف الصحة، فتبوت الارش على القاعدة.

و أما تبوت جواز الرد فمن جهة ان فوات الوصف يوجب تبعض الصفقة، فله الرد لذلك.

و فيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع بالنسبة الى الوصف الفاتت، و رجوع مقدار من الثمن الى المشتري، مع انهم لا يقولون بذلك، بل باستحقاق المطالبة، بحيث لو لم يطالب لا يرجع شيء من الثمن، بل مع المطالبة ايضا لا يرجع مقدار من الثمن، بل ما يوازيه في المالية.

و ثانياً: ان الارش قابل للاسقاط و لو كان ذلك عبارة عن رجوع مقدار من الثمن لم يكن قابلاً للاسقاط.

(١) و أما ما افاده المصنف (رحمه الله) في مقام الجواب ثانياً، و حاصله: ان الجزء الخارجى ايضا إذا اخذ على وجه الشرطية لا يقابل بالمال و لا يقع شيء من الثمن بازائه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٥

و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الاجماع على التخيير بين الرد و الأرش، نعم يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط ان اخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد، لكنه مع مخالفته لظاهر كلامه في النهاية و بعض مواضع المبسوط ينافيه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش (١) فافهم.

ثم ان في كون ظهور العيب مثبتاً للخيار أو كاشفاً عنه (٢) ما تقدم في خيار الغبن. و قد عرفت ان الاظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب و الغبن واقعا، و ان كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، خصوصاً بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط.

ففيه ان الجزء يقابل بالمال مطلقاً، اخذ على نحو الشطرية أو الشرطية، لأن الثمن يجعل في مقابل المجموع عند اهل العرف، و هم المدار في الباب، و أما الأوصاف فهي و ان اوجبت زيادة المالية الا انها ليست بمال و لا يجعل شيء من الثمن بازائها. و تمام الكلام في محله.

الخامس: الاجماع، و لا بأس بالاستدلال به، فان هذا الحكم على خلاف القاعدة،

و من المستبعد جدا استناد الفقهاء و الأساطين الى ما تقدم من الوجوه، و مع ذلك طريق الاحتياط واضح.

(١) قوله ينافيه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش المراد من هذا الاطلاق هو الاطلاق من حيث امكان الرد و امتناعه، و الاطلاق الذى انكره، هو اطلاق النصوص من حيث التصرف و عدمه فلا يتوهم التنافى بين هذه العبارة و بين ما تقدم منه من انه لا إطلاق لنصوص الارش يشمل ما لو لم يتصرف.

ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لا مثبت له

(٢) و في كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه وجهان.

و ملخص القول: انه ان كان مدرك هذا الخيار الشرط الضمني كان الخيار ثابتا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٦

و قد صرح العلامة بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية قبلها، معللا بأن الخيار انما يثبت بالرؤية، لكن المتفق عليه هنا نصا و فتوى جواز التبري و اسقاط خيار العيب (١)

من حين العقد، فان الشرط صحة المبيع واقعا لا عدم ظهور العيب فالتخلف من حينه، و كذلك الخيار. كما انه لو استند الى حديث لا ضرر كان لازمه ثبوته من حين العقد،

فان لزوم العقد على المعيب ضرر و ان لم يلتفت المشتري الى العيب.

و ان كان: المدرك هو الاخبار فقد يتوهم ان مقتضاها ثبوت الخيار من حين ظهور العيب، فان نصوص الباب المتقدمة اشتملت على لفظ ظهور العيب و وجد انه و رؤيته و العلم به، و الظاهر من كل عنوان اخذ في الموضوع موضوعيته و حمله على الطريقية يتوقف على القرينة،

و لكن يمكن دفعه بان هذه الكلية تامة في غير العناوين التي تكون الطريقية و المرآتية من مقومات حقائقها كالعلم، و أما فيها فالظاهر هو اخذها بعنوان الطريقية و المرآتية، و لذا في جميع الموارد التي يؤخذ العلم في الموضوع يحمل على ارادة الطريقية لا الموضوعية، و من تلك الموارد مقامنا هذا،

مع انه في بعض الصحاح جعل السبب نفس العيب لا ظهوره. لاحظ قول ابي جعفر (عليه السلام)

في الصحيح: ايما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه و لم يبين له الخبر. «١» و الجمع يقتضي البناء على ارادة الطريقية من الطائفة الاولى.

(١) و ربما يقال: ان المتفق عليه نصا و فتوى جواز التبري و اسقاط خيار العيب،

و ذلك دليل على ان الخيار يثبت قبل ظهور العيب، و الا لم يصح اسقاطه.

و لكن بناء على عدم صحة الاسقاط ما لم يثبت و ان كان سببه موجودا كما هو الحق في الاسقاط المنجز الاستدلال بهذه النصوص و الفتاوى متين، فانه يستكشف من جواز اسقاطه قبل ظهور العيب ثبوت الخيار قبله، و أما بناء على مختار المصنف (رحمه الله) من صحة الاسقاط مع وجود السبب فلا يتم كما هو واضح.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٧

و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب، (١) ان استحقاق المطالبة بالأرش الذي هو احد طرفي الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا الى ان الظاهر من بعض اخبار المسألة ان السبب هو نفس العيب، لكنها لا تدل على العلية التامة، فلعل الظهور شرط، و كيف كان فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن من وجوب الرجوع في كل حكم من احكام هذا الخيار الى دليله، و انه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، و المرجح فيما لا يستفاد من دليله احد الأمرين هي القواعد، فافهم.

ثم انه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن و المثل، كما صرح به العلامة و غيره،

هنا و في باب الصرف فيما إذا ظهر احد عوضى الصرف معيبا. و الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع، لأن الغالب كون الثمن نقدا غالبا و المثلث متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد. (٢)

(١) قوله و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة... بظهور العيب لعل مقصوده ان الارش تدارك للفئات، و هذا لا ربط له بظهور فوات الوصف لانه تدارك نفسه لا تدارك ظهوره و فيه ان هذا استبعاد محض لا مانع من الالتزام به أى بثبوت الارش بعد ظهور العيب- و بعبارة اخرى يكون السبب هو العقد، و لكن شرط تأثيره ظهور العيب.

(٢) قوله ثم انه لا- فرق في هذا الخيار بين الثمن و الثمن ما افاده (قدس سره) في وجه ثبوت خيار العيب في الثمن من ان التقييد في النصوص بالمبيع محمول على الغالب من كون الثمن نقدا غالبا و المثلث متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد، لا يفيد فان حمل القيد على الغالب، يفيد فيما إذا كان هناك اطلاق و في المقام لا إطلاق يعم الثمن و المثلث فالحق ان يقال ان مدرك هذا الخيار، ان كان هو الشرط الضمني- أو حديث لا ضرر- أو الاجماع- ثبت ذلك بالاضافة الى الثمن ايضا، و ان كان المدرك هو الاخبار فهى و ان اختصت بالمبيع الا انه يمكن التعدي بضميمة دعوى القطع بعدم الخصوصية للمبيع فى ذلك و الله العالم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٨٨

القول فى مسقطات هذا الخيار

اشارة

بطرفيه أو احدهما.

مسألة: يسقط الرد خاصة بأمور.

اشارة

احدها: التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش (١) و لو اطلق الالتزام بالعقد، فالظاهر عدم سقوط الأرش و لو اسقط الخيار فلا يبعد سقوطه. (٢)

الثانى: التصرف فى المعيب عند علمائنا، (٣) كما فى التذكرة. و فى السرائر الإجماع على ان التصريف يسقط الرد بغير خلاف منهم، و نحوه المسالك،

مسقطات الرد

– الاسقاط

الرابعة: يسقط الرد خاصة بأمور،

(١) احدها: التصريح بالتزام العقد و اسقاطه و اختيار الارش: فان هذا لازم التخيير بين الرد و الامساك بالارش، لكونه من الحقوق و لو اطلق الالتزام بالعقد فالظاهر ايضا عدم سقوط الارش.

و أما لو اسقط الخيار، فسقوط الرد به لا إشكال فيه و لا كلام: لأنه من الحقوق التى تسقط بالاسقاط كما عرفته فى الخيارات السابقة،

وانما الكلام فى الارش،

(٢) و فى المتن لا يبعد سقوطه.

و وجهه السيد بان الارش ليس امرا خارجا عن الخيار و زائدا عليه، بل نحو وجود خيار العيب هو التخيير بين امور ثلاثة: الالتزام بالعيب، و الرد، و الارش.

و فيه: ان للخيار معنى واحدا فى جميع الموارد و هو ملك حل العقد و اقراره، و هذا من احكام العقد. و أما الارش فهو غرامة شرعية لتدارك الفاتت و اجنبى عن احكام العقد، فاسقاط الخيار لا يوجب اسقاط حق الارش.

التصرف مسقط

(٣) ثانيها: التصرف فى المعيب عند علمائنا كما عن التذكرة، و عن السرائر و المسالك: الاجماع عليه فى الجملة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٨٩

و سيأتى الخلاف فى الجملة من الاسكافى و الشيخين و ابن زهرة. و ظاهر المحقق،

بل المحقق الثانى، و استدل عليه فى التذكرة ايضا، تبعا للغنية بأن تصرفه فيه رضاء منه به على الإطلاق، و لو لا ذلك كان ينبغى له الصبر و الثبات حتى يعلم حال صحته و عدمها، و بقول أبى جعفر (عليه السلام) فى الصحيح: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه و لم يتبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع، و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب، من ثمن ذلك لو لم يكن به. (١)

و كلمات القوم فى المقام مضطربة، و لا يمكن تحصيل الاتفاق على شىء، و الوجوه المحتملة كثيرة:

منها: مسقطية التصرف مطلقا.

و منها: مسقطيته إذا كان دالا نوعا على الرضا.

و منها: مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا و تغير المبيع.

و منها: مسقطية التصرف المغير للعين خاصة.

و منها: تغيرها و لو من غير تصرف،

و منها غير ذلك، و المهم ملاحظة الأدلة.

الظاهر ان التصرف إذا كان بقصد الالتزام بالعقد و كاشفا عنه كان مسقطا على القاعدة من جهة ان الاسقاط كسائر الانشائيات لا يعتبر فيه اللفظ و يمكن انشاؤه بالفعل،

و ان لم يكن بقصد الاسقاط فقد استدل لمسقطيته بوجوه:

(١) احدها: صحيح زرارة «١» المذكور فى المتن بضميمة ما تقدم فى خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و التقييل و اللمس.

و فيه: اولاً: ما تقدم فى ذلك الباب من ان المراد من احدث الحدث ليس كل تصرف، بل كل تصرف مالكي لم يكن له قبل البيع.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٩٠

و يدل عليه مرسله جميل عن ابى عبد الله (عليه السلام) فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا، قال: ان كان الثوب قائما بعينه

رده على صاحبه و أخذ الثمن ثمن،
 و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب. هذا، و لكن الحكم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتى مثل قول
 المشتري للعبد المشتري ناولنى الثوب أو اغلق الباب، على ما صرح به العلامة فى غاية الاشكال، (١) لاطلاق قوله (عليه السلام) ان
 كان الثوب قائما بعينه رده المعتضد باطلاق الاخبار فى الرد. خصوصا ما ورد فى رد الجارية بعد ما لم تحض ستة اشهر عند المشتري،
 ورد المملوك فى احداث السنة. و نحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل اغلق الباب و نحوه،
 و عدم ما يصلح للتقييد مما استدل به للسقوط، فإن مطلق التصرف لا يدل على الرضا، خصوصا مع الجهل بالعيب.
 و أما المرسله، فقد عرفت اطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد،
 بل و طى الجارية لو لا النص المسقط للخيار به.

و ثانيا: ان احداث الحدث غير احداث شىء فى المبيع، و الظاهر من الثانى ايجاد شىء فى المبيع يكون باقيا بخلاف الأول فهو عبارة
 اخرى عن تغير العين.

ثانيها: اطلاق معقد الاجماع المدعى فى كثير من العبائر.

وفيه: اولاً: ما تقدم من منع الاجماع المحصل، و المنقول منه ليس بحجة،

و ثانيا انه ليس اجماعا تعديا كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام).

ثالثها: قيام النص «١» و الاجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين.

(١) و فيه: انه لا- وجه للتعدى عنه الى سائر التصرفات، فلا- دليل على مسقطية التصرف مطلقا، بل المستفاد من الصحيح مسقطية

التصرف المغير للعين، فيوافق مضمونه مع مفاد مرسل جميل «٢» المذكور فى المتن

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب احكام العيوب.

(٢) الوسائل - باب ١٦- من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٩١

و أما الصحيحه، فلا يعلم المراد من احداث شىء فى المبيع، لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغه و لا عرفا لمثل استخدام العبد و
 شبهه، مما مر من الامثلة، فلا يدل على ازيد مما دل عليه ذيل المرسله من ان العبرة بتغير العين و عدم قيامها بعينها. اللهم الا ان يستظهر
 بمعونه ما تقدم فى خيار الحيوان، من النص الدال على ان المراد باحداث الحدث فى المبيع هو ان ينظر الى ما حرم النظر إليه قبل
 الشراء، فإذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثا دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف،

فيكون ذلك النص دليلا على المراد بالحدث هنا. و هذا حسن، لكن اقامة البيئه على اتحاد معنى الحدث فى المقامين، مع عدم
 مساعده العرف على ظهور الحدث فى هذا المعنى مشكله، ثم انه إذا قلنا بعموم الحدث فى هذا المقام، لمطلق التصرف، فلا دليل على
 كونه من حيث الرضا بالعقد، فلا يتقيد بالتصرف الدال عليه، و ان كان النص فى خيار الحيوان دالا على ذلك، بقرينه التعليل المذكور
 فيه على الوجوه المتقدمه هناك فى المراد من التعليل، (١) لكن كلمات كثير منهم فى هذا المقام ايضا يدل على سقوط هذا الخيار
 بالتصرف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة و الغنيه ان علته السقوط دلالة التصرف نوعا على الرضا

فان قلت: ان المستفاد من المرسل مسقطية التغير و لو كان عن غير اختيار،

و المستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المغير فكيف التوفيق.

اجبنا عنه انه لا مفهوم للصحيح كى يدل على عدم مسقطية غير ما تضمنه، فلا مقيد لإطلاق المرسل.

فالمتحصل: ان المسقط تغير العين و عدم قيامها بعينها، كان بالتصرف أو بغيره،

(١) و عموم التعليل فى اخبار الحيوان «١» الذى استدل به على مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا نوعا و ان لم يكن بقصد الاسقاط ستعرف حاله عند بيان ما يرد على المصنف.

و يعضد ما اخترناه من عدم مسقطية التصرف بقول مطلق ما ورد فى رد الجارية بعد ما لم تحض سته اشهر عند المشتري، «٢» ورد المملوك فى احداث السنة، «٣» و نحو ذلك مما يبعد

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٣- من ابواب احكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ٢- من ابواب احكام العيوب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٢

و نحوه فى الدلالة على كون لسقوط بالتصرف من حيث دلالته على الرضا كلمات جماعة ممن تقدم عليه و من تأخر عنه، قال فى المقنعة فإن لم يعلم المبتاع بالعيب، حتى احدث فيه حدثا، لم يكن الرد، و كان له ارش العيب خاصة، و كذلك حكمه إذا احدث فيه حدثا بعد العلم، و لا يكون احداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاء به منه، انتهى.

فإن تعليقه عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الاحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصا بملاحظة ما يأتى من كلام غيره فى ان سقوط الرد بالحدث لدلالته على الرضا باصل البيع و مثلها عبارة النهاية من غير تفاوت. و قال فى المبسوط إذا كان المبيع بهيمة فاصاب بها عيبا كان له ردها، فإذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و أخذ لبنها، و ان نتجت كان له نتاجها، كل هذا لأنه ملكه و له فيه فائده و عليه مؤنته، و الرد لا يسقط، لأنه انما يسقط الرد بالرضا بالعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شيء من ذلك، انتهى.

و قال فى الغنية: و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالأرش،

لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، انتهى.

و فى السرائر قال فى حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه و لا يجبر على احد الأمرين يعنى الرد و الأرش قال: هذا إذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا فى العادة، أو ينقص قيمته بالتصرف، انتهى.

و فى الوسيلة و يسقط الرد بأحد ثلاثة اشياء بالرضا و بترك الرد بعد العلم به إذا عرف ان له الرد و بحدوث عيب آخر عنده، انتهى.

و هى بعينه كعبارة المبسوط المتقدمة، ظاهرة فى ان التصرف ليس بنفسه مسقطا الا إذا دل على الرضا، و قال فى التذكرة: لو ركبها ليسقيها، ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بامساکها، و لو حلبها فى طريق الرد، فالاقوى انه تصرف يؤذن بالرضا بها، و قال بعض الشافعية لا يكون رضاء بامساکه، لأن اللبن ماله قد استوفاه فى حال الرد، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٣

و فى جامع المقاصد و المسالك فى رد ابن حمزة القائل بأن التصرف بعد العلم يسقط الأرش ايضا. ان التصرف لا يدل على اسقاط الأرش، نعم يدل على الالتزام بالعقد. و فى التحرير: لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده سقط الرد، انتهى.

و قد ظهر من جميع ذلك ان التصرف من حيث هو ليس مسقطا، و انما هو التزام و رضاء بالعقد فعلا، فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط، و ما ليس كذلك فلا دليل على الاسقاط به، كما لو وقع نسيانا أو للاختبار، و مقتضى ذلك انه لو وقع التصرف قبل

العلم بالعيب لم يسقط، خصوصا إذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه، و حصل بقصد الاختبار، الا ان المعروف خصوصا بين العلامة و من تأخر عنه:

عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده، و الذى ينبغى ان يقال: و ان كان ظاهر المشهور خلافاً: ان التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالاً بنوعه على الرضا، (١) كدلالة اللفظ على معناه لا مطلق التصرف، و الدليل على اسقاطه مضافاً الى انه التزام فعلى فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ ما تقدم فى خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضا بالبيع. و لذا تعدينا الى خيار المجلس و الشرط و حكماً بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب. و أما التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان مغيراً للعين بزيادة أو نقيصة أو تغير هيئة أو ناقلاً لها بنقل لازم أو جائز.

التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف.

و جعل هذه الأخبار مخصصة لما دل على مسقطية التصرف كما عن صاحب الحدائق و ان كان متيناً لو كان دليل على مسقطية التصرف مطلقاً- الا انه مع عدم الدليل عليها تكون هى معتضة لما اخترناه.

(١) و افاد المصنف بما حاصلة: ان التصرف الكاشف عن الرضا و الالتزام بالعقد مسقط و لكن ان كان مراده مسقطية التصرف إذا كان مع قصد الالتزام به فنعم الوفاق،

و ان كان مراده مسقطية التصرف الكاشف و ان لم يكن بقصد الالتزام به و اسقاط الخيار- كما يظهر من استدلاله بما تقدم فى خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضا بالبيع- فيرد عليه ما عرفت هناك من ان المراد به تنزيل الحدث منزلة الرضا بالعقد تعبداً. فراجع.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٩٤

و بالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه، فهو مسقط ايضا،

لمرسلة جميل المتقدمة، و يلحق بذلك تعذر الرد بموت أو عتق أو اجارة أو شبه ذلك.

و ظاهر المحقق فى الشرائع الاقتصار على ذلك، حيث قال فى اول المسألة: و يسقط الرد بأحداثه فيه حدثاً، كالتعق و قطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده.

و فى مسألة رد المملوك من احداث السنه، فلو احدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش، انتهى.

و هو الظاهر من المحكى عن الاسكافى حيث قال: فإن وجد بالسلعة عيباً و قد احدث فيه ما لا يمكن معه ردها الى ما كانت عليه قبله، كالوطى للأمة و القطع للثوب أو تعذر الرد بموت أو نحوه، كان له فضل ما بين الصحة و العيب، انتهى.

و هذا هو الذى ينبغى ان يقتصر عليه من التصرف قبل العلم و أما ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابة و ركوبها و شبه ذلك، فلا دليل على السقوط به بحيث يطمئن به النفس، و اقصى ما يوجد لذلك صحيحة زرارة المتقدمة بضميمة ما تقدم فى خيار الحيوان، من التمثيل للحدث بالنظر و باللمس و قيام النص و الاجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم، مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين، و اطلاق معقد الاجماع المدعى فى كثير من العبائر، كالتذكرة و السرائر و الغنية و غيرها، و فى نهوض ذلك كله لتقييد اطلاق اخبار الرد، خصوصا ما كان هذا التقييد فيه فى غاية البعد، كالنص برد الجارية بعد ستة اشهر،

ورد الجارية إذا لم يطأها ورد المملوك من احداث السنه نظر، بل منع، خصوصا معاهد الاجماع، فإن نقله الاجماع كالعلامة و الحلى و ابن زهرة قد صرحوا فى كلماتهم المتقدمة بأن العبرة بالرضا بالعقد. فكأن دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط (١) بما يدل

على الرضا من التصرف، خصوصا ابن زهرة في الغنية حيث انه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتى العلم و الجهل، و المغير و غيره

(١) قوله فكان دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على السقوط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٥

حيث قال (قدس سره) و خامسها يعنى مسقطات الرد التصرف فى المبيع الذى لا يجوز مثله الا بملكه، أو الاذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنه يمنع من الرد لشيء من العيوب و لا يسقط حق المطالبة بالأرش، لأن التصرف دلالة الرضا بالمبيع لا بالعيب. و كذا حكمه ان كان قبل العلم بالعيب، و كان مغيرا للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع للثوب، و ان لم يكن كذلك، فله الرد بالعيب إذا علمه ما لم يكن وطى الجارية فإنه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلا الحبل، انتهى كلامه.

و قد اجاد (قدس سره) فيما استفاده من الأدلة. و حكى من المبسوط ايضا ان التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار، لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد فاطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير.

و ظاهر المقنعة و المبسوط: انه إذا وجد العيب بعد عتق العبد و الامء، لم يكن له ردهما، و إذا وجد بعد تدبيرهما أو هبتهما، كان مخيرا بين الرد و اخذ ارش العيب،

و فرقا بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق، و يردده مع ان مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسله جميل، (١) فإن العين مع الهبة و التدبير غير قائمة، و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له فى ذلك

حيث انهم يصرحون بعدم الفرق بين التصرف قبل العلم بالعيب و بعده و فى كلا الموردین يحكمون بسقوط الخيار، فيعلم ان مرادهم بما ذكره ما هو ظاهره من ان التصرف بنفسه رضا بالعقد أى مسقط للخيار لا انه يكون مسقطا إذا كان دالا على الرضا- فيكون هذه العبارة منهم كعبارة «١» الامام (عليه السلام) فى احداث الحدث فى خيار الحيوان من الحكم بانه رضا بالمبيع.

(١) قوله و يردده مع ان مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسله ٢ (جميل يرد على ما افاده اولاً- ان مفروض عبارة المقنعة و المبسوط التصرف قبل العلم بالعيب و هو عنده (قدس سره) لا يؤذن بالرضا و يرد على ما افاده ثانياً- ما سيجىء انشاء الله تعالى من ان الخروج عن الملك ليس من مصاديق عدم قيام العين بعينها.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٦

و لذا اعترض عليهما الحلّى بالنقض بما لو باعه بخيار، مع انه لم يقل احد من الأمة بجواز الرد حينئذ، و قال بعد ما ذكر: ان الذى يقتضيه اصول المذهب ان المشتري إذا تصرف فى المبيع انه لا يجوز له رده، و لا خلاف فى ان الهبة و التدبير تصرف.

و بالجملة فتعميم الأ- كثر لافراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم و ما قبله مشكل و العجب من المحقق الثانى انه تنظر فى سقوط الخيار بالهبة الجائزة، مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف، فإنه يسقط الخيار هنا (١) بخلاف الخيارات المتقدمة الغير الساقطة بتلف العين، و المستند فيه بعد ظهور الإجماع اناطة الرد فى المرسله السابقة بقيام العين، (٢) فإن الظاهر منه اعتبار بقائها فى ملكه،

(١) الثالث: تلف العين أو صيرورته كتالف فانه يسقط الخيار هنا هنا فروع:

الأول: انه لو تلف العين حقيقة يسقط الخيار.

و الوجه فيه امران:

(٢) احدهما: ان الرد علق في المرسل على قيام العين بعينها، و عدم ذلك تارة بتغير هيئتها و خصوصية من خصوصياتها،

و اخرى بتلف العين، و يكون من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع.

ثانيهما: ان الحق في هذا الخيار في نصوص الباب علق على الرد، فاما ان يكون حقيقة هذا الخيار بخلاف سائر الخيارات حق رد العين،

أو تكون مثلها حق فسخ العقد،

غاية الأمر مقيدا بفسخه برد العين. و على اي تقدير مع انتفاء الموضوع لا يعقل الرد، فلا يكون الحق باقيا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٧

فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو ابق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا رد. (١)

و مما ذكرنا ظهر ان عد انعتاق العبد على المشتري مسقطا برأسه، كما في الدروس لا يخلو عن شيء. نعم ذكر انه يمكن ارجاع هذا

الوجه الى التصرف، و هو ايضا لا يخلو عن شيء، و الاولي ما ذكرناه، ثم انه لو عاد الملك الى المشتري لم يجز رده للأصل (٢)

خلافًا للشيخ بل المفيد (قدس سره).

(١) الثاني: انه إذا خرجت العين عن ملكه بانتقالها الى الغير أو بانعتاقها يسقط هذا الخيار.

و الوجه فيه: ان مقتضى اطلاق الصحيح فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئًا ان اخراجه عن ملكه و سلب هذا الأمر الاعتباري منه موجب

لسقوط حق الرد.

و بهذا البيان يمكن تصحيح استدلال المصنف (رحمه الله) بالمرسل، فانه لا تكون العين قائمة بعينها.

اضف الى ذلك ما تقدم من كون هذا الحق متعلقا بالرد، فمع خروجه عن ملكه لا يكون الموضوع باقيا، إذ المراد بالرد ليس هو الرد

الخارجي بل رد الربط الملكي، و مع زوال الملك لا ربط ملكي كي يرجع الى البائع.

(٢) الثالث: انه لو عاد الملك الى المشتري فهل يجوز رده كما عن الشيخ و المفيد ام لا كما في المكاسب ام هناك تفصيل؟ وجوه.

قد استدل السيد الفقيه و تبعه المحقق الايرواني (رحمه الله) للأول:

بانه يصدق ان العين قائمة بعينها، فان ظاهر ذلك عدم وجود وصف التغير فيها فعلا لا عدم حدوث التغير و ان كان قد زال، و زاد

المحقق الايرواني (رحمه الله): بان منصرف احداث شيء هو استمرار ذلك الحدث.

وفيه: ان هذا يتم فيما لو عاد الملك بالفسخ، و أما لو عاد بارث أو اشتراء و نحوهما فلا يتم، فان هذا الحق متعلق برد العين - اي رد

ربطها الملكي - و مقتضى حقيقة الرد و مفهومه كون المردود جاثيا من قبل البائع، و الملك الجديد لم يجئ من قبله. فتدبر،

فالحق هو التفصيل.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٨

الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري (١) و تفصيل ذلك انه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإما ان يحدث قبل

القبض، و أما ان يحدث بعده في زمان خيار، يضمن فيه البائع المبيع اعني خيار المجلس و الحيوان و الشرط. و أما ان يحدث بعد

مضى الخيار، و المراد بالعيب الحادث هنا هو الاخير. و أما الأول فلا خلاف ظاهرا في انه لا يمنع الرد، (٢) بل في انه هو كالموجود

قبل العقد حتى في ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتي في احكام القبض.

حدوث عيب عند المشتري

إشارة

(١) الرابع من المسقطات: حدوث عيب عند المشتري و تفصيل القول في ذلك بالبحث في موارد:

الأول: فيما إذا حدث العيب بعد العقد قبل القبض، و الكلام فيه،

تارة: في انه هل يكون سببا لثبوت الخيار للمشتري ام لا،

(٢) و اخرى: في انه هل يمنع عن الرد بالخيار المسبب عن العيب السابق ام لا؟

اما الجهة الاولى: فقد استدلت لثبوت الخيار به: بقاعدة الضرر، و بالارفاق بالمشتري، و بالنصوص الدالة على ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه «١».

بتقريب: ان معنى كونه من مال بائعه وقوع التلف في ملك البائع، و لازم تقديره في ملك البائع ان العقد كأنه لم يقع، و مقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد و لو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء، و لو كان وصف الصحة جريان احكام العيب، فان المنفى على الأخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، و معنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوع العقد وقوعه على المعيب،

أو بتقريب ان الاستفادة من الاخبار تنزيل التلف أو النقص قبل القبض منزلة التلف و النقص قبل العقد، و لازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار - و المستدرک - باب ٩ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٩

و أما الحادث في زمن الخيار فكذلك، لا- خلاف في انه غير مانع عن الرد، (١) بل هو سبب مستقل موجب للرد، بل الأرش على الخلاف الآتي

و في الجميع نظر:

اما قاعدة نفى الضرر: فلما مر من انها لا تصلح لاثبات الخيار.

و أما الارفاق: فهو بنفسه لا يصلح لذلك.

و أما النصوص: فالموضوع فيها تلف المبيع، و هو لا يشمل تلف وصف الصحة فانه ليس مبيعا و لا جزء منه،

و حملها على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة.

مع انه يرد على التقريب الأول: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد كأن لم يكن غير مؤثر في ضمان الوصف و ترتب حكم الخيار.

و يرد على التقريب الثاني: ان غايته ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله في ملك البائع، بحيث يضاف إليه التلف و هو ملكه،

و ليس لانزم ذلك فرض دخوله في ملك البائع قبلا، أو فرض وقوع التلف قبل العقد حتى يكون لازمه ورود العقد على الناقص. و تمام الكلام في محله.

و أما الجهة الثانية: فملخص القول فيها: ان مقتضى اطلاق مفهوم المرسل ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه، «١» ان العيب الحادث بعد العقد و لو كان قبل القبض يمنع عن الرد بالعيب السابق، و هذا لا يفرق فيه بين ان يكون هذا العيب موجبا لحدوث الخيار

ام لا.

حدوث العيب بعد القبض

(١) المورد الثاني: ما إذا كان حدوث العيب بعد القبض و في زمان خيار المشتري

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٠

فيما قبل القبض، بناء على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض، و يدل على ذلك ما يأتي من ان الحدث في زمان الخيار مضمون على البائع و من ماله، و معناه ضمانه على الوجه الذي يضمه قبل القبض، بل قبل العقد الا ان المحكى عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب (١) ان تأثير العيب الحادث في زمن الخيار. و كذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم انما هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري، قال في الدروس لو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد ان كان قبل القبض، أو في مدة خيار المشتري المشترط أو بالأصل فله الرد ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الرد خلاف بين ابن نما و تلميذه المحقق (قدس سره)، فجوزه ابن نما، لانه من ضمان البائع و منعه المحقق (قدس سره) لأن الرد لمكان الخيار، و قد زال. و لو كان حدوث العيب في مبيع صحيح في مدة الخيار فالباب واحد، انتهى.

و الكلام فيه من حيث انه يوجب سقوط الرد بالعيب السابق هو الكلام فيما إذا حدث العيب قبل القبض، و أما من جهة انه هل يوجب الخيار ام لا، فالنصوص متضمنة لأن ضمان المال و ضمان الحادث الشامل ذلك للعيب و زوال وصف الصحة، على من لا خيار له،

و المراد بالضمان ان كان هو العهدة، فظاهرة ثبوت الغرامة عليه لا الخيار و لا الانفساخ.

و ان كان هو التلف من البائع و استقرار الخسارة عليه اما انفساخا في التلف أو فسحا كما في العيب، فالمتحصل منها ان الخسارة تستقر على البائع، فيسترجع المشتري تمام الثمن من البائع، اما لانفساخ العقد قهرا كما في التلف، أو للأخذ بالخيار. و على اى تقدر لا يوجب حدوث الخيار.

(١) قوله الا- ان المحكى عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب الى آخر ما نقله عنه الظاهر ان مراد المحقق (رحمه الله) ان العيب الحادث في ثلاثة الحيوان لا يؤثر في حدوث الخيار و انما للمشتري الرد بنفس خيار الحيوان و لا ينافي ذلك كون ضمان الوصف الفات

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠١

لكن الذى حكاه في اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانى و هو حدوث العيب في مبيع صحيح، و لعل الفرع الأول مترتب عليه، لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضمونا على البائع (١) حتى يكون سببا للخيار غاية الأمر كونه غير مانع عن الرد بالخيارات الثلاثة كان مانعا عن الرد بالعيب السابق، إذ لا يجوز الرد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري، فيكون الرد في زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السابق. فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع (٢) للعيب الحادث. و لذا ذكر في اللمعة ان هذا من المحقق مناف لما ذكره في الشرائع (٣) من ان العيب الحادث في الحيوان مضمون على البائع مع حكمه بعدم الأرش، ثم انه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه، (٤) و يضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، و فيه ان قول ابن نما (رحمه الله) لا يأبى عن التعدد كما لا يخفى.

على البائع بمعنى استقرار خسارته عليه بالمعنى المتقدم.

(١) قوله لان العيب الحادث إذا لم يكن مضمونا على البائع قد عرفت ان المحقق (رحمه الله) لا ينكر كونه مضمونا على البائع و انما هو ملتزم بانه لا- يوجب حدوث الخيار- و مع ذلك لا مانع من الالتزام بانه يمنع عن الرد بالعيب السابق من جهة ما دل على سقوطه بتغير العين.

(٢) قوله فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع قد عرفت انه ليس منشأ له بل المنشأ هو وجود المقتضى و هو ما دل على سقوط الرد مع عدم قيام العين.

(٣) قوله هذا من المحقق مناف لما ذكره في الشرائع بما ذكرناه ظهر عدم التنافي فلاحظ و تأمل..

(٤) قوله ثم انه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه الجاعل هو صاحب الجواهر (رحمه الله) و هو غير تام فان المحقق يقول بخيار واحد و هو خيار الحيوان و شيخه ملتزم بثبوت خيارين احدهما خيار الحيوان و الآخر خيار العيب الحادث في زمان الخيار فلا وجه لدعوى المعاكسة و كان صاحب الجواهر (رحمه الله) تخيل ان ابن نما يقول بثبوت خيار العيب خاصة فجعل قوله عكس قول المحقق و ضعفهما بان مقتضى الادلة التعدد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٢

و أما الثالث: اعنى العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض و الخيار. (١)

فالمشهور انه مانع عن الرد بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام.

و في ظاهر الغنية الإجماع عليه، و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش، فيعم عيب الشركة و تبعض الصفقة إذا اشترى اثنان شيئا فأراد احدهما رده بالعيب، أو اشترى واحد صفقة و ظهر العيب في بعضه فأراد رد المعيب خاصة، و نحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به في القواعد و غيره و نسيان الدابة للطحن كما صرح به في جامع المقاصد و يمكن الاستدلال على الحكم في المسألة بمرسلة جميل المتقدمة، فإن قيام العين و ان لم يناف بظاهاه مجرد نقص الأوصاف، كما اعترف به بعضهم في مسألة تقديم قول البائع في قدر الثمن مع قيام العين. إلا- ان الظاهر منه بقرينة التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشا كصبغ الثوب و خياطته.

نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة، كالثمن و تعلم الصنعة، لكنه يندفع بأن

العيب الحادث بعد القبض و الخيار.

(١) المورد الثالث: ما إذا كان حدوث العيب في يد المشتري بعد القبض و الخيار و الكلام فيه في جهات:

الاولى: في بيان الأدلة التي اقيمت لمانعية العيب الحادث بعد انقضاء الخيار للرد بالعيب القديم، و هي امور:

الاول: ما عن مفتاح الكرامة، و هو: ان العيب الحادث من جهة كونه مضمونا على المشتري كان بمنزلة احداثه في المبيع حدثا المنصوص على مانعيته من الرد.

و فيه: انه لم يدل دليل على هذا التنزيل، و مشاركتها في كون العيب مضمونا على المشتري مع افتراقهما من جهة كون الاحداث فعلا من افعال المشتري لا تصلح دليلا للتنزيل.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٣

الظاهر من قيام العين بقائه بمعنى ان لا ينقص ماليتها لا بمعنى ان لا يزيد و لا ينقص،

كما لا يخفى على المتأمل.

و استدلال العلامة في التذكرة على اصل الحكم قبل المرسله، بأن العيب الحادث يقتضى اتلاف جزء من المبيع، فيكون مضمونا على المشتري، (١) فيسقط رده للنقص الحاصل في يده، فإنه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق اولى من تحمل المشتري به للعيب الحادث هذا. و لكن المرسله لا- تشمل جميع افراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه و الوجه المذكور في التذكرة قاصر عن افادة المدعى،

لأن المرجع بعد عدم الاولوية من احد الطرفين الى اصالة ثبوت الخيار، و عدم ما يدل على سقوطه، غاية الأمر انه لو كان الحادث عيبا كان عليه الأرش للبائع إذا رده، كما إذا تقايلا أو فسخ احدهما بخياره بعد تعيب العين، اما مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب ارشا بل يرده، لأن النقص حدث في ملكه و انما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزة التالف. فيرجع البائع بعد الفسخ ببدله. نعم لو علل الرد بالعيب القديم، بكون الصبر على المعيب ضررا، امكن ان يقال ان تدارك ضرر المشتري بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث مما لا يقتضيه قاعدة نفى الضرر لكن العمدة في دليل الرد هو النص و الإجماع، فاستصحاب الخيار عند الشك في المسقط لا بأس به

(١) الثاني: ما عن العلامة (رحمه الله) في التذكرة، و عبارته لا تخلو عن تشابه و توضيح ما افاده: ان العيب الحاصل تحت يد البائع يكون البائع متحملا له، و تداركه انما يكون بجواز رد المشتري للمبيع على البائع، و العيب الحاصل تحت يد المشتري يكون المشتري متحملا له، و تداركه انما يكون بجواز امتناع البائع من استرداده، فاحدهما مقتضى و الآخر مانع، فلا يؤثر المقتضى في جواز الرد، فيتعين الامسك.

و فيه: ان مقتضى اطلاق ادلة خيار العيب جواز الرد في صورة حدوث العيب عند المشتري، و لا معارض لها في مقام الاثبات سوى قاعدة نفى الضرر من جانب البائع، و هي مع معارضتها بقاعدة نفى الضرر من جانب المشتري و تساقطهما معا لا تصلح لمعارضة اخبار خيار العيب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٤

إلا ان الانصاف ان المستفاد من التمثيل في الرواية بالصبغ و الخياطة هو اناطة الحكم بمطلق النقص.

توضيح ذلك ان المراد بقيام العين هو ما يقابل الأعم من تلفها و تغييرها على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك، لكن المراد من التغيير هو الموجب للنقص لا الزيادة، لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعا، و المراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للارش، (١) فإن النقص الحاصل بالصبغ و الخياطة انما هو لتعلق حق المشتري بالثوب من جهة الصبغ و الخياطة. و هذا ليس عيبا اصطلاحيا و دعوى اختصاصه بالتغيير الخارجى الذى هو مورد الأمثلة فلا يعم مثل نسيان الدابة للطحن، يدفعه ان المقصود مجرد النقص مع انه إذا ثبت الحكم فى النقص الحادث و ان لم يكن عيبا اصطلاحيا، ثبت فى المغير و غيره للقطع بعدم الفرق، فإن المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيبا اصطلاحيا لا يجوز رد العين

الثالث: ما عن الجواهر، و هو عدم صدق الرد حينئذ، و اقتضاء الرد عدم تعيب المبيع و جبره بالارش لا يصيره ردا حقيقة.

و فيه: ان صدق الرد يتوقف على بقاء ذات المبيع لا على بقاء جميع خصوصياته.

الرابع: مرسل جميل «١» المتضمن لكون المردود قائما بعينه، و لا يصدق على المعيب انه قائم بعينه.

(١) الجهة الثانية: فى ان المدار على كون الحادث عيبا اصطلاحيا، و هو ما يوجب الارش، أو على ما يوجب نقضا فى مالته، أو على التغيير الحسى، أو على التغيير مطلقا لا ينبغى التوقف فى انه ليس المراد به العيب الاصطلاحى لعدم اخذه فى الموضوع، مع ان خياطة الثوب الواقعة فى المرسل ليست عيبا،

كما انه لا ينبغي التوقف في عدم كون المراد خصوص التغير المنقص للمالية لعدم كون الخياطة كذلك، فيدور الأمر بين الأخيرين. و الظاهر من المرسل هو الأخير، فان عدم قيام العين قد يكون بورود النقص على ذاتها، وقد يكون بوروده على صفتها القائمة بجرم المبيع، وقد يكون بورود النقص على

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٥

الا- مع ارشه و كونه مجرد نقص لا- يوجب ارشا كنسيان الكتابة و الطحن. اما الفرق في افراد النقص الغير الموجب للارش، بين مغير العين حسا و غيره فلا مجال لاحتماله.

ثم ان ظاهر المفيد في المقنعة، المخالفة في اصل المسألة، و ان حدوث العيب لا يمنع من الرد لكنه شاذ على الظاهر، ثم مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله، فلا يثبت بعد زواله (١) لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط، قال في التذكرة عندنا ان العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق،

سواء زال ام لا، لكن في التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه كان له الرد و لا أرش عليه، انتهى.

و لعل وجهه ان الممنوع هو رده معيوباً، (٢) لأجل تضرر البائع و ضمان المشتري لما يحدث و قد انتفى الامر ان

وصفها القائم بنفسها كنسيان العبد للكتابة، و قد يكون بورود النقص الاعتباري كالشركة، و مقتضى اطلاق المرسل السقوط بكل ما يصدق عليه عنوان التغير الملازم لعدم قيام العين.

الجهة الثالثة: إذا تغيرت العين بالزيادة، فهل يكون ذلك مانعاً عن الرد لإطلاق المرسل، ام لا لما افاده المصنف (رحمه الله) و غيره بان الظاهر من قيام العين بقائها بمعنى ان لا ينقص ماليتها لا بمعنى ان لا تزيد و لا تنقص، ام هناك تفصيل؟ وجوه:

اقواها الأخير، فان الزيادة إذا كانت مما يكون للمشتري بحيث لو فسخ البيع يكون له الرجوع على البائع بقيمتها، أو يكون شريكاً له في العين بالنسبة، فهي تمنع عن الرد، لأن صبغ الثوب بل و خياطته من هذا القبيل و ان لم تكن كذلك - كسمن الدابة و تعلم الصنعة - لا تكون مانعة، لأن المنع من الرد لما كان رعاية لحال البائع، فلا محالة يكون المرسل منصرفاً عن ذلك. فتأمل.

(١) الجهة الرابعة: إذا زال العيب الحادث هل يجوز رد المبيع ام لا؟

و قد استدلل للأول بوجوه:

(٢) الاول: ما في المتن، و حاصله: ان الممنوع هو رد المبيع معيوباً من جهة اقتضاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٦

و لو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز الرد، (١) كما في الدروس و غيره لأن عدم الجواز لحق البائع (٢) و إلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب، غاية الأمر ثبوت قيمة العيب، و انما منع من الرد هنا للنص و الاجماع أو للضرر

دليل نفي الضرر، و كون العيب الحادث مضموناً على المشتري، فإذا انتفى الأمران - كما في المقام - ارتفع المانع عن التمسك باطلاق دليل الخيار المقتضى لثبوته.

و فيه: ان المقيد للاطلاق هو مرسل جميل المتضمن لتقييده بقيام المبيع بعينه،

فالمتمتعين ملاحظة حاله.

الثانى: ما فى الحاشية، و هو: ان كون المبيع معييا مقتضى للرد، و العيب الحادث مانع، فإذا زال المانع اثر المقتضى اثره.

و فيه: انه فى الشرعيات لا يتميز المقتضى عن المانع، و لا بد من ملاحظة المقتضى فى مقام الاثبات.

الثالث: ما فى حاشية السيد ايضا، و هو صدق قيام العين حينئذ، بدعوى ان ظاهره اعتبار قيامها على حال الرد، و حين ارادته، و هذا يصدق فى الفرض.

و فيه: ان الحادث غير الزائل بناء على امتناع اعادة المعدوم فالعين غير قائمة، فالأظهر بحسب النص عدم جواز الرد بلا حاجة الى التمسك بالاستصحاب.

(١) الجهة الخامسة: إذا رضى البائع برد المعيب بالعيب الحادث مجبوراً بالارش أو غير مجبور، هل للمشتري الرد بحق الخيار، أو لا يجوز الا بالاقالة و التفاسخ؟ وجهان.

قد استدلل للأول بوجهين:

(٢) الاول: ما فى المتن، و حاصله: ان عدم جواز الرد على البائع من باب رعاية حال البائع، و الا فالتغير لا يمنع من الفسخ، و حقه يسقط برضاه، فيبقى حق المشتري بلا مزاحم.

و فيه: ان مقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوت حق الرد حتى مع التغير، و المرسل قيده بما إذا كانت العين قائمة بعينها، و لا يكون متكفلاً لاثبات حق للبائع. و جواز امتناع البائع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٠٧

و مما ذكرنا يعلم ان المراد بالارش الذى يغرمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الارش (١) الذى يغرمه البائع للمشتري عند عدم الرد لأن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد. (٢)

ثم ان صريح المبسوط انه لو رضى البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالارش و هذا احد المواضع التى اشرنا فى اول المسألة الى تصريح الشيخ فيها بأن الارش مشروط باليأس من الرد، و ينفيه اطلاق الأخبار بأخذ الارش.

من قبول الرد انما هو لعدم الخيار للمشتري لا لثبوت حق شرعى له، و ما افاده (رحمه الله) من ان ذلك لرعاية حال البائع لا يثبت به كون ذلك حقاً قابلاً للاسقاط.

الثانى: قصور دليل مانعية العيب الحادث عن الشمول لما إذا رضى البائع، فلا مانع عن الخيار الثابت بدليله فى ذلك الفرض.

و فيه: ان منطوق المرسل ان كان الثوب قائماً بعينه غير مقيد برضا البائع، فكيف يقيد مفهومه به مع ان المفهوم تابع للمنطوق فى العموم و الخصوص؟

فالأظهر انه ليس له الرد الا بعنوان الاقالة.

(١) قوله و مما ذكرنا يعلم ان المراد بالارش الذى يغرمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الارش محصل الفرق بينهما، ان الارش الذى يغرمه البائع، انما يكون بازاء مقدار من الثمن جعل بازاء وصف الصحة و لو فى لب الارادة فلو اشترى ما يسوى درهمين بدرهم، فظهر كونه معيوباً، و كان قيمة المعيوب نصف قيمة الصحيح، يكون البائع فى المعاملة ملتزماً بنصف درهم فى مقابل وصف الصحة لا بدرهم، و هذا بخلاف ما يغرمه المشتري، فانه ان فسخ البيع يتعين عليه رد ما اخذه من البائع إليه، أو قيمته، فحيث انه اتلف على البائع ما يوازي درهما فلا بد من ان يغرمه بهذا المقدار، و هذا هو مراد المصنف (رحمه الله) بقوله.

(٢) ان العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٠٨

تنبيه ظاهر التذكرة و الدروس ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع. (١)
و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة ان التعدد المتصور فيه التبعض اما فى احد العوضين و أما فى البائع و أما فى المشتري.
فالاول: كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمان واحد من بائع واحد فظهر بعضه معيباً، و كذا لو باع شيئاً بثمان، فظهر بعض الثمن معيباً.

و الثانى: كما إذا باع اثنان من واحد شيئاً واحداً، فظهر معيباً و اراد المشتري ان يرد على احدهما نصيبه دون الآخر.
و الثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئاً، فظهر معيباً، فاختر احدهما الرد دون الآخر و الحق بذلك الوارثان لمشتري واحد للمعيب.
و أما التعدد فى الثمن بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمان و بعضه الآخر بثمان آخر فلا اشكال فى كون هذا عقدين و لا إشكال فى جواز التفريق بينهما.

تبعض الصفقة لا يمنع من الرد

(١) و عن التذكرة و الدروس: ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة.
لا إشكال و لا كلام فيما إذا اشترى شيئاً واحداً بعضه بثمان و بعضه بثمان آخر، ظهر احدهما معيوباً كان له الخيار بالنسبة إليه خاصة.
كما لا إشكال فى عدم جواز التفريق بينهما لو كان المبيع واحداً خارجياً و لو عرفاً،
كالجارية، مع كون البائع واحداً و المشتري واحداً،
انما الكلام فيما إذا كان البيع واحداً و المبيع متعدداً خارجاً، كما لو جعل الاثنين منضمماً مبيعاً واحداً فظهر احدهما معيوباً أو كان البائع متعدداً أو المشتري كذلك فالكلام فى مقامات.
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٠٩
اما الاول: فالمعروف انه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به فى كلمات بعض الاجماع عليه (١) لأن المردود ان كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد، (٢) فهو ناقص من حيث حدوث الشركة،

(١) الاول: ما إذا كان التعدد المتصور فيه التبعض فى احد العوضين، فقد ادعى الاجماع على انه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد،
و قد استدلل له بوجوه:
احدها: ما عن الجواهر، و حاصله: ان الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه لا أقل من الشك و الأصل للزوم.
و بعبارة اخرى: ان الخيار حق حل العقد، و هو واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه.
و فيه: ان ظاهر ادلة الخيارات المجعولة لا لخصوصية فى المبيع و ان كان هو التسلط على حل العقد برد تمام المبيع، فحل بعض العقد برد بعض المبيع فى المجلس لا دليل عليه،
و لكن الخيار المجعول لخصوصية فى المبيع كخيار الحيوان فظاهر الدليل كون متعلق الخيار هو ما فيه الخصوصية دون غيره،
فلو ضم الحيوان الى شىء و باعهما صفقة واحدة ثبت خيار الحيوان فى خصوص الحيوان دون المجموع،
و مجرد وحدة العقد الانشائي لا تقتضى ذلك بالتوهم المشار إليه، و الا لانسد باب خيار تبعض الصفقة،
و المقام من قبيل الثانى، فان المجعول خيار واحد متعلق بما فيه عيب و عوار لا فى المجموع، و عليه فمقتضى اطلاق الدليل جواز رده خاصة.

(٢) قوله لاین المردود ان كان جزء مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص علق عليه المحقق الايروانى (رحمه الله) بقوله - لا أتصور تعيب

الجزء المشاع ليثبت خيار العيب فيه حتى يلزم الشركة انتهى و فيه انه يتصور فيما إذا كان الجزء المشاع من المبيع مورد الدعوى فيكون المعيب هو الجزء المشاع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٠

و ان كان معيناً، فهو ناقص ١ من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما ناقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، (١) فهو اولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن. و هذا الضرر و ان امكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيواناً فرده المشتري بخيار الثلاثة الا انه يوجب الضرر على المشتري إذ قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح، و يدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة الثوب و الصبغ، فإن المانع فيهما ليس الا حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ و الخياطة لا مجرد تغير الهيئة. و لذا لو تغير بما يوجب الزيادة كالسمن لم يمنع عن الرد قطعاً.

(١) ثانيها: ما استند إليه المصنف (رحمه الله)، و هو: ان فسخ البعض يوجب الضرر على البائع، لأنه في الجزء المشاع موجب للشركة و في الجزء المعين موجب للتفريق، و كلاهما ضرر و ناقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، فهو اولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن، و جبره بخيار البائع و تسلطه على استرداد المجموع ضرر على المشتري لتعلق غرضه بامساك الصحيح، فيتعارضان، فلا يشمل الحديث شيئاً منهما.

و فيه أو لا منع كون مجرد التفريق ضرراً في جميع الموارد، نعم هو ضرر في مثل بيع مصراعى الباب.

و ثانياً: ان جواز فسخ البائع ليس ضرراً على المشتري، إذ لا يجب عليه الفسخ بالنسبة الى المعيب كي يجوز للبائع استرداد الصحيح، فهو باختياره يقدم على ذلك، و مثله لا يكون مشمولاً للحديث.

و ثالثاً: انه في بادئ الأمر ليس الا ضرر المشتري من الصبر على المعيب، فحديث لا ضرر يشمله لوجود المقتضى و عدم المانع، و من شموله لذلك يتولد ضرر آخر على البائع،

و لا يعقل ان يشمله الحديث، و الا لزم من شموله لضرر المشتري عدم شموله له، و ما يلزم من وجوده عدمه محال.

و رابعاً: ان غاية ما يثبت بما افاده كون التبعض ضرراً على البائع، و لكن مانعية ذلك عن اعمال المشتري خياره تتوقف على دليل مفقود،

و ما ذكره من اولويته بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن يرد عليه منع الاولوية لان نسيان الدابة حدث مانع عن الرد و في المقام يكون المبيع قائماً بعينه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١١

و قد يستدل بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع جوابه بظهور الأدلة في تعلق حق الخيار بمجموع المبيع لا كل جزء منه (١) - لا أقل من الشك لعدم اطلاق موثوق به و الاصل للزوم، و فيه مضافاً الى ان اللازم من ذلك عدم جواز رد المعيب منفرداً و ان رضى البائع، لأن المنع حينئذ لعدم المقتضى للخيار في الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع، انه لا يشك احد في ان دليل هذا الخيار كغيره من ادلة جميع الخيارات صريح في ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع لا كل جزء و لذا لم يجوز احد تبعض ذي الخيار اجزاء ماله فيه الخيار، و لم يحتمل هنا احد رد الصحيح دون المعيب و انما وقع الاشكال في ان محل الخيار هو هذا الشيء المعيوب، غاية الأمر انه يجوز رد الجزء الصحيح معه لثلا يتبعض الصفقة عليه. و أما لقيام الاجماع على جواز رده و أما لصدق المعيوب على المجموع (٢) كما تقدم، أو ان محل الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً و لو من حيث بعضه.

و بعبارة اخرى الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة، في اختصاصه

بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار ام لا، بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد (٣)

(١) هذا اشارة الى الوجه الاول الذى نقلناه عن صاحب الجواهر و نقده.

(٢) قوله و أما لصدق المعيوب على المجموع مراده ما إذا كان المبيع واحدا عرفا و كان بعضه معيوباً و الا- كان التزاما بما ذكره صاحب الجواهر (رحمه الله)

(٣) قوله بل غاية الامر ظهور النصوص الواردة في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد هذا الترقى لدفع ما يتوهم وروده على الشق الثانى و هو عدم اختصاص الخيار بالجزء المعيوب و حاصله انه و ان سلم ظهور النصوص فى ذلك الا ان المنصرف منها أو ظاهرها ما إذا كان المبيع واحدا عرفا و لا تشمل ما إذا كان المبيع اثنين منضمين الذى هو محل الكلام و لكن لازم هذا البيان عدم الخيار فى المعيب المنضم الى الصحيح لا فى الجزء و لا فى الكل.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١١٢

لكن موردها المبيع الواحد العرفى المتصف بالعيب نظير اخبار خيار الحيوان.

و هذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب إلى غيره، بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفا باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقى كبعض الثوب لا جزئه الاعتبارى كأحد الشئين الذى هو محل الكلام. و منه يظهر عدم جواز التشبث فى المقام بقوله فى مرسله جميل إذا كان الشىء قائما بعينه، (١) لأن المراد بالشىء هو المعيب، و لا شك فى قيامه هنا بعينه.

و بالجملة فالعمدة فى المسألة مضافا الى ظهور الاجماع، ما تقدم من ان مرجع جواز الرد منفردا إلى اثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث امساكه، ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع و منع سلطنته على الرد اولا اولى و لا أقل من التساوى، فيرجع الى اصالة اللزوم (٢)

(١) ثالثها: ما اشار إليه المصنف (رحمه الله)، و هو: انه مقتضى المرسل، «١» لانه لا يصدق قيام المبيع بعينه لو رد البعض.

و فيه: اولا: ان الظاهر من المرسل اعتبار كون المبيع قائما بعينه قبل الفسخ، و هذا موجود فى المقام.

و ثانيا: ان المراد كون المعيب قائما بعينه، و هو كذلك حتى بعد الفسخ.

(٢) رابعها: ما فى المتن: ايضا و هو: ان مرجع جواز الرد منفردا الى اثبات سلطنة المشتري على امساك الجزء الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، و منع سلطنته على الرد اولا اولى، و لا أقل من التساوى، فيرجع الى اصالة اللزوم.

و فيه مضافا الى ما قد مران مرجعه ليس الى ذلك بل الى السلطنة على حل العقد على المعيوب و سلطنة البائع على حله بالاضافة الى الصحيح، لا تنافى تلك بل لسلطنة المالك على ماله ان مدرك خيار العيب ليس هو قاعدة لا ضرر. بل النص، فلا بد من الرجوع إليه

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١١٣

و الفرق بينه و بين خيار الحيوان الاجماع، كما ان للشفيع ان يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقة.

و بالجملة فالاصل كاف فى المسألة، ثم ان مقتضى ما ذكره من الحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث انه لو رضى البائع بتبعض الصفقة جاز الرد، كما فى التذكرة معللا بأن الحق لا يعدوهما و هذا مما يدل على ان محل الخيار هو الجزء المعيب، (١)

الا- انه منع من رده نقضه بالانفراد عن باقى المبيع، إذ لو كان محله المجموع لم يجوز رد المعيب وحده الا بالتفاسخ و معه يجوز رد

الصحيح منفردا ايضا.

و هو يقتضى خيار المشتري، و بعد ذلك ان قام دليل على خيار البائع اخذ به ايضا،
و الا فلا.

خامسها: النص «١» المانع عن الرد بالخيطة و الصبغ، إذ المانع فيهما ليس الا حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ و الخيطة.
و فيه: ان المانع هو تغير الهيئة، و انما لا يمنع ذلك إذا كان بما يوجب الزيادة لانصراف النص كما تقدم.
سادسها: الاجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(١) قوله و هذا مما يدل على ان محل الخيار هو الجزء المعيب لا دلالة فيما افاده على ذلك إذ يمكن ان يكون نظر العلامة الى كون
مورد الخيار المجموع و انما التزم بجواز رد المعيب من جهة رجوعه الى التماسخ و الاقالة.
فتحصل: ان الأظهر ان التبعض لا- يمنع من الرد، غاية الأمر ان لكل من البائع و المشتري خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى الجزء
الصحيح.

حكم ما إذا كان المشتري متعددا

(١) الوسائل - باب ١٦- من ابواب الخيار حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٤

و أما الثالث: و هو تعدد المشتري بأن اشترى شيئا واحدا، فظهر فيه عيب، (١) فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد احدهما على المشهور
كما عن جماعة.

و استدل عليه فى التذكرة و غيرها بأن التشقيص عيب مانع من الرد، (٢) خلافا للمحكي عن الشيخ فى باب الشركة، و الاسكافى و
القاضى و الحلى و صاحب البشرى فجوزوا الافتراق.

(١) المقام الثانى: ما إذا كان المشتري متعددا، قال العلامة فى التبصرة و لو اشترى اثنان صفقة لم يكن لأحدهما رد حصته بالعيب الا
إذا وافقه الآخر و قبل بيان الدليل ينبغى تقديم مقدمتين.

احدهما: ان موضوع البحث فى هذا المقام و المقام الثالث انه بتعدد المشتري أو البائع، مع وحدة العقد الانشائي و المبيع عرفا، هل
يتعدد الخيار ام لا؟ بل وحدة الخيار و تعدده تدوران مدار وحدة العقد أو المبيع أو تعدده،

و موضوع البحث فى المقام الأول كان على العكس من ذلك، و هو انه مع وحدة البائع و المشتري و العقد و تعدد المبيع هل يتعدد
الخيار ام لا؟

ثانيتها: فى الأقوال فى المسألة، و هى اربعة:

الأول: الجواز.

الثانى: عدمه.

الثالث: التفصيل بين علم البائع، بالتعدد فالأول، و عدمه فالثانى.

الرابع: التفصيل المنسوب الى ظاهر المبسوط و هو الجواز مع تحقق القبول من المشتري، و الوجهان مع وحدة القبول.

إذا عرفت هاتين المقدمتين، فاعلم: انه قد استدل لعدم الجواز بوجوه:

(٢) احدها: ما استدل به في محكى التذكرة وغيرها و سلمه المصنف (رحمه الله) و هو: ان لازمه التبعض على البائع و هو عيب يمنع من الرد كسائر العيوب الحادثة عند المشتري.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان المبيع قائم بعينه قبل الفسخ، و لو سلم تغيره بعد الفسخ فهو لا يكون مانعاً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٥

و في التذكرة ليس عندي فيه بعد، إذ البائع اخرج العبد اليهما مشقفاً،

فالشركة حصلت بايجابه، و قواه في الايضاح لما تقدم من التذكرة، و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشتري، و استجوده في التحرير و قواه في جامع المقاصد و صاحب المسالك.

و قال في المبسوط إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة، ثم أصابا به عيباً كان لهما ان يرداه و كان لهما ان يمسكاه، فإن اراد احدهما الرد و الآخر الامساك كان لهما ذلك.

ثم قال و لو اشترى احد الشريكين للشركة، ثم أصابا به عيباً، كان لهما ان يردا و ان يمسكا، فإن اراد احدهما الرد و الآخر الامساك نظر، فإن أطلق العقد و لم يخبر البائع انه قد اشترى للشركة لم يكن له الرد، لأن الظاهر انه اشترى لنفسه فإذا ادعى انه اشترى له و لشريكه فقد ادعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله، و كان القول قول البائع مع يمينه، إلى ان قال و ان اخبر البائع بذلك قيل فيه وجهان: أحدهما: و هو الصحيح أن له الرد لأن الملك بالعقد وقع لأثنين، فقد علم البائع أنه يبيعه من اثنين و كان لأحدهما أن ينفرد بالرد دون الآخر، و قيل فيه وجه آخر، و هو أنه ليس له الرد، لأن القبول في العقد كان واحداً، انتهى.

و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول في العقد واحداً من اثنين. اما إذا تحقق القبول من الشريكين، فلا كلام في جواز الافتراق، ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول التفصيل بين علم البائع و جهله، لكن التأمل في تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول في الواقع لأثنين أو لواحد، فإنه قدس سره علل عدم جواز الرد في صورة عدم اخبار المشتري بالاشتراك، بأن الظاهر انه اشترى لنفسه لا بعدم علم البائع بالتعدد و كذا حكمه قدس سره بتقديم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البينة من المشتري على ان الشراء بالاشتراك دليل على انه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدد في الواقع بالبينة و ان لم يعلم به البائع الا ان يحمل اليمين على يمين البائع على نفى العلم،

و يراد من البينة البينة على اعلام المشتري للبائع بالتعدد، و كيف كان فمبنى المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد بتعدد المشتري و وحدته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٦

و الأقوى في المسألة عدم جواز الافتراق مطلقاً، لأن الثابت من الدليل هنا خيار واحد متقوم باثنين، فليس لكل منهما الاستقلال، و لا دليل على تعدد الخيار هنا إلا- اطلاق الفتاوى و النصوص من ان من اشترى معيباً فهو بالخيار، الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب، لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه الى غير المقام، و لو سلمنا الظهور لكن لا ريب في ان رد هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقص حدث فيه، بل ليس قائماً بعينه و لو بفعل الممسك لحصته و هو مانع من الرد، و من ذلك يعلم قوة المنع و ان قلنا بتعدد العقد و ما ذكره تبعاً للتذكرة من ان التشقيص حصل بإيجاب البائع (١) فيه انه اخرجه غير مبعض و انما تبعض بالاخراج و المقصود حصوله في يد البائع، كما كان قبل الخروج (٢) و خلاف ذلك ضرر عليه، و علم البائع بذلك ليس فيه اقدم على الضرر الا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعض و هو محل الكلام (٣).

و ثانياً: انه بعد الفسخ ايضاً قائم بعينه، فان ما اخذه كل من المشتريين قائم بعينه،

فان ما اخذه كل من المشتريين قائم على ما كان عليه عند اخذه، فانه لم يأخذ الا حصه نفسه، فافتراق حصته عن حصه صاحبه ليس نقصا فيما اخذه. و الظاهر ان هذا مراد العلامة (رحمه الله)، من قوله:

(١) ان التشقيص حصل بايجاب البائع و لا يرد عليه ما ذكره المصنف (رحمه الله) بقوله:

(٢) انه تبعض بالايخراج و المقصود حصوله في يد البائع كما كان قبل الخروج فانه يرد عليه: ان المقصود ارجاع ما تلقاه من البائع و تملكه منه، و هو حاصل.

ثانيها: ان النص منصرف الى غير المقام- اى الى ما اذا اتحد المشتري و قد استند المصنف (رحمه الله) إليه في المنع.

و فيه: انه لو تم ذلك لزم ان لا يحكم بالخيار لمجموع المشتريين ايضا،

مع انه لا يتم إذ لا وجه للانصراف سوى الغلبه.

(٣) ثالثها: ما ذكره المصنف (رحمه الله) بقوله: ان خلاف ذلك ضرر عليه و علم البائع بذلك ليس فيه قدام على الضرر الا على تقدير كون حكم المسأله جواز التبعض، و هو محل الكلام.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٧

و الحاصل ان الفرق بين هذه المسأله و المسأله الاولى غير وجيه.

و أما الثاني: و هو تعدد البائع، فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق إذ لا ضرر على البائع بالتفريق (١) و لو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا فقد اشترى كل من كل ربعا فإن اراد احدهما رد ربع الى احد البائعين دخل في المسأله الثالثه، و لذا لا يجوز لأن المعيار تبعض الصفقه على البائع الواحد.

و قد تقدم الجواب عن ذلك في المقام الأول.

رابعها: ان العقد واحد، فالخيار الذي هو حل العقد واحد، و متعلقه المجموع،

فلا يجوز رد البعض.

و فيه: ان المراد من العقد الذي حكم عليه بالوحده ان كان هو العقد الانشائي فيرد عليه اولاً: انه يمكن القول بتعددده إذا قبل المشتريان، فانه لا يمكن القول بوحده الايجاب و تعدد القبول لتضاييفهما.

و ثانيا: انه لا عبره الا بالبيع الحقيقي و العقد المعنوي اللبي،

و ان كان هو العقد المعنوي فيرد عليه: انه مع تعدد المملكه لا محاله يتعدد التمليك لوحده الايجاد و الوجود، و هو البيع الحقيقي.

خامسها: ان الثابت بالدليل هنا خيار واحد قائم باثنين، فليس لكل منهما الاستقلال.

و فيه: ان الدليل يثبت الخيار لكل من اشترى شيئا و به عيب على نحو القضية الحقيقيه، و فعلياً ذلك انما تكون بفعليه موضوعه، و تعدده تابع لتعدد موضوعه خارجا،

و من المعلوم انه يصدق على كل من المشتريين انه اشترى شيئا و به عيب،

فمقتضى اطلاق النص ثبوت الخيار له مستقلا.

فتحصل: ان الأظهر جواز الرد، كما ظهر مدرك القولين الآخرين و الجواب عنه.

المقام الثالث: ما إذا كان البائع متعددا، ففي المتن.

(١) فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق، إذ لا ضرر على البائع بالتفريق

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٨

مسأله: يسقط الأرش دون الرد في موضعين: (١)

احدهما: إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في احدهما

فلا- ارش حذرا من الربا (٢) و يحتمل جواز اخذ الأرش و نفى عنه البأس في التذكرة (٣) بعد ان حكاه وجهها ثالثا لبعض الشافعية موجها له بأن المماثلة في مال الربا انما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت و الأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق، انتهى.

ثم ذكر ان الاقرب انه يجوز اخذ الأرش من جنس العوضين لأن الجنس لو امتنع اخذه لامتنع اخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر،

انتهى و عن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض اصحابنا المتقدم على العلامة

و لكن يرد: ان مجرد عدم المانع لا يكفي في الحكم بثبوت الخيار.

و بالجملة: ان الكلام في هذا المقام بعينه هو الكلام في المسألة المتقدمة دليلا و مختارا، فالأظهر هو الجواز في المقامات الثلاثة.

مسقطات الارش خاصة

(١) السابعة: يسقط الارش دون الرد في موضعين:

(٢) احدهما: ما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في احدهما فلا ارش حذرا من الربا هكذا افاد جماعة،

(٣) و نفى العلامة في محكي التذكرة الباس عن جواز اخذ الارش لا كلام و لا إشكال في صحة العقد و جواز الرد و انما الكلام في انه هل يستحق الارش ام لا، ام يفصل بين اخذه من الجنس فلا يجوز و من غيره فيجوز؟

و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موردين:

الأول: في انه هل يوجب اخذ الارش الربا ام لا يوجب؟

الثاني: في حكمه على فرض صيرورته ربويا.

اما الأول: فقد استدل لصيرورته ربويا باخذ الارش بوجوه:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٩

و حاصل وجهه ان صفة الصحة لم تقابل بشيء من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة انقص منه قدرا بل لم تقابل بشيء اصلا و لو من غير الثمن و الا- ثبت في ذمة البائع و ان لم يختر المشتري الأرش بل الصحة وصف التزامها لبائع في المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع إلا ان المشهور جوز للمشتري مع تبين فقده اخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره و هذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع، (١)

هذا و لكن يمكن ان يدعى ان الاستفادة من ادلة تحريم الربا

منها: ان الارش و ان كان مجعولا شرعيا الا انه لا فرق في حرمة الربا بين كون الزيادة يجعل من المتعاقدين، أو بحكم الشارع: فانه من باب تميم الناقص، مع انها مماثلان من حيث المقدار.

(١) و فيه: ان جعل الارش من الشارع ليس بعنوان تميم الناقص بل هو غرامة محضه. حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع و منها: ان الارش و ان لم يوجب زيادة احد العوضين الا انه يوجب نقص الآخر، و هو ما يؤخذ منه الارش.

وفيه: انه سيجيء في محله من ان الارش ليس جزء من العوض كى يكون تنقيصا موجبا لتعادل العوضين، بل لو سلم حكم الشارع برد بعض الثمن لا يكون ذلك بعنوان انفساخ بعض العقد، بل بعنوان تملكك جديد.

و منها: ان الارش انما يكون بالتزام البائع بالتدارك عند نقص وصف الصحة، فهو من قبيل شرط الزيادة داخل في الربا. وفيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع.

و ثانياً: ان اشتراط وصف الصحة كاشتراط سائر الصفات ليس التزاما بالارش، بل بالخيار و الارش جعل بحكم الشارع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٠

و حرمة المعاوضة الا مثلا بمثل بعد ملاحظة ان الصحيح و المعيب جنس واحد ان وصف الصحة في احد الجنسين كالمعدوم (١) لا يترتب على فقده استحقاق عوض و من المعلوم ان الارش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا فالعقد على المتجانسين لا يجوز ان يصير سببا لاستحقاق احدهما على الآخر زائدا على ما يساوى الجنس الآخر.

و بالجملة فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال في مقال الصحة المفقودة في احدهما و المسألة في غاية الاشكال و لا بد من مراجعة ادلة الربا و فهم حقيقة الارش و سيجيء بعض الكلام فيه انشاء الله.

و منها ما في المتن قال،

(١) بعد ملاحظة ان الصحيح و المعيب جنس واحد ان وصف الصحة في واحد الجنسين كالمعدوم حاصله: ان الارش عوض وصف الصحة فمع كون الصحيح و المعيب جنسا واحدا و ان وصف الصحة في احد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض على ما هو المستفاد من الأدلة، لا محالة يكون زائدا على ما يساوى الجنس الآخر، فتشمله ادلة حرمة الربا، إذ لا فرق فيها بين سببية العقد للزيادة بلا واسطة أو بواسطة سببته لاستحقاق الارش.

و فيه: ان الارش غرامة شرعية مجعولة لا ان العقد سبب له و بعبارة اخرى: ما يتكفله دليل الربا انما هو عدم جواز التمليك على وجه التفاضل لا إيجاد موضوع له حكم شرعى قهرى.

و منها: ما عن المحقق الخراسانى (رحمه الله)، و هو: ان الارش و ان لم يوجب انعقاد العقد على المتفاضلين، الا انه يوجب استقراره عليهما، و لا فرق في الربا بين ان يكون انعقاد العقد على المتفاضلين أو استقراره عليهما.

و فيه: ان اللزوم خارج عن العقد، فصيرورة العقد لازما باخذ الارش غير كون استقرار العقد متوقفا عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢١

الثانى: ما لو لم يوجب العيب نقصا فى القيمة

فإنه لا يتصور هنا ارش (١)

حتى يحكم بثبوت و قد مثلوا لذلك بالخصاء فى العبيد و قد يناقش فى ذلك بأن الخصاء موجب فى نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة و انما يرغب فى الخصى قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة اعنى عدم تستر النساء منه فيكون واسطة فى الخدمات بين المرء و زوجته و هذا المقدار لا- يوجب زيادة فى اصل المالىة (٢) فهو كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمره لكن الانصاف ان الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيرا لا نادرا بحيث لا يقدر فى قيمته المتعارفة لو لا هذا الغرض (٣) صح ان يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقدارا لمالية الخصى فكان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا و صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل

لها في المالية العرفية، كما لا يخفى.

فتحصل: انه لا يكون داخلا في الربا، فالأظهر صحة العقد و جواز اخذ الارش.

و أما المورد الثانى: فان قلنا بدخوله تحت دليل حرمة الربا، لا محالة يقع التعارض بين ذلك الدليل و دليل استحقاق الارش، و حيث ان النسبة عموم من وجه، و دلالة كل منهما على حكم المجمع بالاطلاق، فاما ان يقال انهما يتساقطان و يرجع الى اصالة عدم استحقاق الارش، أو انه لا بد من الرجوع الى المرجحات، و الترجيح مع دليل حرمة الربا، و على التقديرين يسقط الارش.

(١) قوله الثانى ما لو لم يوجب العيب نقصا فى القيمة فانه لا يتصور هنا ارش ما افاده (قدس سره) من الكبرى الكلية من القضايا التى قياساتها معها فانه مع عدم التفاوت لا يعقل ما به التفاوت الذى هو الارش انما الكلام فى انه هل يتحقق مورد لذلك أى يكون النقص موجبا للعيب الموجب للخيار و لا يوجب نقصا فى القيمة و المثبتون مثلوا له بالخصاء فى العيب.

(٢) و اورد عليهم بانه يوجب نقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة و انما يرغب فى الخصى قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة و هو لا يوجب زيادة المالية و اجاب المصنف (رحمه الله) عن الايراد

(٣) بان الراغب فيه لذلك الغرض بما انه كثير و مناط المالية بذل متعارف الناس مقدارا من المال بازاء الشئ لا محالة يكون الخصاص غير منقص للمالية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٢٢

و بالجملة فالعبرة فى مقدار المالية برغبة الناس فى بذل ذلك المقدار من المال بإزائه سواء كان من جهة اغراض انفسه ام من جهة بيعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري و عدم ندرته بحيث يلحق بالانفاقيات.

مسألة: يسقط الرد و الأرش معا بأمور.

اشارة

احدها: العلم بالعيب قبل العقد بلا خلاف و لا إشكال (١) لأن الخيار انما ثبت مع الجهل. (٢)

و الحق انه بناء على ما سياتى من المصنف (رحمه الله) من دخل نقص المالية فى صدق العيب لا مجال لهذا البحث فى المقام فانه كما يكون الارش ساقطا حينئذ يكون خيار العيب ساقطا رأسا و أما بناء على مسلك من يرى عدم دخله فى صدق العيب يبقى لهذا البحث فى المقام مجال فانه يبحث فى ان الخصاص، كما انه يوجب جواز الرد لكونه عيبا يوجب جواز اخذ الارش لكونه منقصا للقيمة ام لا يوجب لعدم كونه منقصا لها

ما يسقط الرد و الارش

الخامسة: يسقط الرد و الارش معا بامور:

(١) احدها:

ما لو علم بالعيب ثم اشتراه

فانه لا خلاف و لا إشكال فى انه لا أرش ايضا كما لارد، و قد تكرر فى كلماتهم دعوى الاجماع عليه، و الوجه فيه اصالة اللزوم، بعد انه لا مقتضى للخيار.

اما إذا كان المدرك لهذا الخيار الاخبار، فلأنها مختصة بصورة الجهل لما فيها من التعبير بظهور العيب و وجد انه و رؤيته، و جميع تلکم بعد البيع.

و ان كان المدرك قاعدة لا ضرر فلأنها مختصة بصورة الجهل، إذ لا منه في رفع حكمه مع العلم.
و الظاهر: الى هذا نظر المصنف (رحمه الله) من.

(٢) قوله: لان الخيار انما ثبت مع الجهل فلا يكون ما افاده مصادرة كما توهم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٣

و قد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة، (١) و فيه نظر (٢) و حيث لا يكون العيب المعلوم سببا للخيار

(١) مورد الاستدلال صدر صحيح زرارة «١» المشار إليه ايما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار و لم يتبرأ إليه و لم يبين له فاحدث... الخ،

و المستدل هو صاحب الجواهر (رحمه الله).

و تقريب الاستدلال به: انه و ان كان في مقام بيان مانعية احداث الحدث عن الخيار الا- انه من تقييد موضوع الخيار بعدم التنبيه المأخوذ طريقاً الى الجهل يستكشف اختصاص الخيار بصورة الجهل.

(٢) و تنظر المصنف (رحمه الله) فيه:

و جملة من المحشين منهم السيد و المحقق الايرواني (رحمه الله)، ذكروا ان منشأ نظر المصنف (رحمه الله) انه لا مفهوم له، فاوردوا عليه بايرادات:

احدها انه سيستدل به عن قريب في مسألة السقوط بالتبري، مع ان دلالة على السقوط به أو بالعلم على نسق واحد.

ثانيها: ان الشرط فيه و ان كان مسوقاً لبيان تحقق الموضوع، الا انه من جهة تقيده بقيد يكون له مفهوم الشرط بالنسبة الى ذلك القيد، فيكون نظير ان يقال: ان رزقت ولداً ذكراً سوياً فاخنته.

ثالثها: ان المفهوم الذي يؤخذ منه هو مفهوم القيد، و هذا المفهوم ان لم نقل به في غير مقام فلا يبعد القول فيه في المقام لمكان ورود الرواية في مقام ضبط مورد الخيار مقدمة لبيان سقوطه باحداث الحدث.

و لكن الظاهر ان وجه نظر المصنف (رحمه الله) انه يحتمل ان يكون المراد من قوله لم يبين له اعتبار عدم رفع الالتزام بالصحة، اي لم يصدر من البائع تنبيه على العيب حتى يخرج عن عهدة البيع، فيجامع عدم التنبيه مع علم المشتري بالعيب لا اعتبار عدم التنبيه، و عليه فتوقف المصنف (رحمه الله) في محله و لا يرد عليه شيء مما تقدم:

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٤

فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص (١) الذي له احكام خاصة فسد الشرط و افسد (٢) لكونه مخالفاً للشرع (٣) و لو اراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط و لحقه احكامه لا احكام خيار العيب..

(١) و لو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص فالأقوال فيه ثلاثة:

صحة العقد و الشرط، اختاره صاحب الجواهر (رحمه الله)

(٢) فساد الشرط و العقد، اختاره المصنف (رحمه الله)

صحة العقد و فساد الشرط.

فالكلام يقع في موردين:

الأول في حكم الشرط.

الثاني: في حكم العقد.

(٣) اما الاول: فقد استدل المصنف (رحمه الله) للفساد: بانه خلاف المشروع توضيحه: ان مدرك الخيار هو النص الخاص، فهو كما عرفت مختص بصورة الجهل،

فلا مقتضى للخيار مع العلم، و الشرط لا يحقق المقتضى لذلك الخيار الخاص المنحصر في سبب خاص.

و في الجواهر: الاستدلال للصحة بما توضيحه: ان الضرر مقتضى للخيار، و الاقدام مع العلم مانع من حيث كشفه عن الرضا، و مع الشرط ترتفع الكاشفية فلا مانعية.

و فيه: اولاً: ان المقتضى في مقام الاثبات هي الاخبار، و هي كما عرفت مختصة بصورة الجهل.

و ثانياً: انه لو سلم كون المقتضى في مقام الاثبات هي قاعدة لا ضرر فكونها مقتضية حتى مع العلم غير ثابت، بل المقتضى هو الضرر المستند الى الشارع، فمع العلم لا مقتضى، حيث ان الضرر لا يستند الى الشارع كما لا يخفى، فالأظهر فساد الشرط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٥

الثاني: تبرى البائع عن العيوب اجماعاً في الجملة (١) على الظاهر المصرح به في محكي الخلاف و الغنية و نسبه في التذكرة إلى علمائنا اجمع و الأصل في الحكم قبل الاجماع مضافاً الى ما في التذكرة من ان الخيار انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة. فإذا صرح البائع بالبراءة فقد ارتفع صحیحته زراة المتقدمة و مكاتبه جعفر بن عيسى الآتيه و مقتضى اطلاقهما كمعقد الاجماع المحكي عدم الفرق بين التبري تفصيلاً و إجمالاً- و لا بين العيوب الظاهرة و الباطنة لاشتراك الكل في عدم المقتضى للخيار مع البراءة خلافاً للمحكي في السرائر عن بعض اصحابنا من عدم كفاية التبري اجمالاً. و عن المختلف نسبة الى الاسكافي

و أما المورد الثاني: فان قلنا: ان الشرط الفاسد مفسد فسد العقد ايضاً، و الا فلا.

و بذلك يظهر ان الشيخ (رحمه الله) الباني على عدم مفسدية الشرط الفاسد ليس له الحكم بفساد العقد في المقام.

التبري عن العيوب

(١) ثانيهما: تبري البائع عن العيوب و قبول المشتري البيع معه، فانه يسقط به الرد و الارش بلا خلاف، و في الجواهر: اجماعاً محكياً صريحاً عن الغنية و الخلاف و التذكرة و ظاهراً في غيرها ان لم يكن محصلاً.

و يشهد به- مضافاً الى ذلك، و إلى ما في الجواهر-: ضرورة كون المراد البراءة مما رتب الشارع عليه من الحكم و هو الرد أو الارش، فهو حينئذ شرط مندرج فيما دل على الشرائط حتى لو ذكره قبل العقد و بنا عليه بناء على انه حينئذ كالمصرح به فيه، و لأن المشتري حينئذ راض به على ذلك، كما لو علم به و اقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك.

بل قد يقال: ان في شمول ادلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك، بل ظاهراً خلافاً، فتبقى اصالة اللزوم و اصالة براءة الذمة من الأرش بلا معارض انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٦

و قد ينسب الى صريح آخر كلام القاضي المحكي في المختلف مع ان المحكي عن كامل القاضي موافقة المشهور و في الدروس

نسب المشهور إلى أشهر القولين ثم ان ظاهر الأدلة هو التبرى من العيوب الموجودة حال العقد و أما التبرى من العيوب المتجددة (١) الموجبة للخيار

مفهوم صحيح زرارة عن الامام الباقر (عليه السلام): ايما رجل اشترى شيئاً به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يتبين له فاحث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١». بالتقريب الآتى.

و مصحح جعفر بن عيسى: كتبت الى ابي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن، فربما زهد فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و انه لم يعلم بها فيقول المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم اسمع البراءة منها: أ يصدق فلا يجب عليه الثمن ام لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن «٢».

و دلالة على ذلك من وجهين واضحة، و مع ذلك كله فلا يصغى الى ما قيل من ان شرط التبرى من العيب موجب للجهد بالمبيع و الغرر، الموجبين للبطلان، اضعف إليه ما تقدم في مبحث خيار الرؤية في مسألة شرط عدم الخيار دفع دينك و سائر ما اورد عليه.

هذا كله في العيب الموجود قبل العقد،

(١) و أما العيب المتجدد بعده الموجب للخيار، كالحادث بعد العقد قبل القبض أو في زمان خيار المشتري، فهل يصح التبرى منه كما هو المشهور، و عن ظاهر التذكرة. الاجماع عليه، ام لا يصح؟ وجهان.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٧

فيدل على صحته و سقوط الخيار به عموم المؤمنون عند شروطهم (١) قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم المؤمنون لا يقال ان التبرى مما لم يوجد يستدعى البراءة مما لم يجب (٢) لانا نقول ان التبرى انما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد لا من العيب، (٣) انتهى.

اقول المفروض ان الخيار لا يحدث الا بسبب حدوث العيب و العقد ليس سبباً لهذا الخيار (٤) فإسناد البراءة الى الخيار لا ينفع و قد اعترف قدس سره في بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية بعد العقد و قبل الرؤية. (٥) نعم ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفى خيار الرؤية في العقد لكنه مخالف لسائر كلماته و كلمات غيره كالشهيد و المحقق الثاني.

و بالجملة فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب و البراءة من خيار الرؤية

(١) قد استدل المصنف (رحمه الله) للاول: بعموم المسلمون عند شروطهم «١»

ثم اورد عليه ايرادين.

(٢) احدهما: انه من قبيل البراءة مما لا ثبوت له فيكون كاسقاط ما لا يجب.

(٣) و نقل عن العلامة الجواب عنه: بان البراءة ليست من العيب بل من الخيار الذى هو مقتضى العقد.

(٤) و اجاب عنه: بان العقد ليس سببا لهذا الخيار، بل سببه حدوث العيب فهو غير ثابت و لو ثبوت مقتضيه، فيكون كالعيب غير الحادث من حيث تعلق البراءة بما لا ثبوت له.

و فيه: ان التبرى من العيب مرجعه الى شرط عدم الخيار و سقوطه، و قد مر مرارا ان اسقاط ما لم يجب معلقا على ثبوته لا مانع منه.

(٥) قوله و قد اعترف (قدس سره) فى بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية سقوط الخيار أو عدم ثبوته غير اسقاط الخيار معلقا أو منجزا و لا محذور فى الالتزام بعدم جواز الثانى، و جواز الاول كما تقدم و عليه فلا تنافى بين كلماته

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار و باب ٤ من ابواب المكاتبه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٢٨

بل الغرر فى الاول اعظم (١) الا- انه لما قام النص و الاجماع على صحة التبرى من العيوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته مع امكان الفرق بين العيوب و الصفات المشترطة فى العين الغائبة بان دفاع الغرر فى الأول بالاعتماد على اصالة السلامة (٢) فلا يقدر عدم التزام البائع بعدمها بخلاف الثانى فان الغرر لا يندفع فيه إلا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر. و أما البراءة عن العيوب المتجددة فلا- يلزم من اشتراطها غرر فى البيع حتى يحتاج الى دفع الغرر باصالة عدمها لأنها غير موجودة بالفعل فى المبيع حتى يوجب جهالة

ثانيهما: انه موجب للغرر، بتقريب: ان ارتفاع الغرر انما كان بالالتزام بالصحة،

و شرط عدم الخيار و التبرى من العيب مرجعه الى عدم الالتزام بالصحة، فيعود الغرر.

و يرد- مضافا الى ما افاده من ان ارتفاع الغرر انما يكون بغلبة السلامة المحفوظة مع التزام البائع و عدمه،

و مضافا الى ما فى آخر كلامه من ان العيب الحادث لعدم وجوده حال العقد لا يلزم من عدم اشتراط عدمه الغرر ما مر فى خيار الرؤية فى الجواب عن وجوه المنافاة بين شرط عدم الخيار و ما يرتفع به الغرر. فالأظهر صحة هذا الشرط.

(١) قوله بل الغرر فى الاول اعظم هذا وجه آخر لعدم جواز التبرى لا ربط له بما سبق وجه الاعظمية ان كون المبيع فاقد الوصف الصحة اعظم من كونه فاقد الوصف الكمال.

(٢) قوله بان دفاع الغرر فى الاول بالاعتماد على اصالة السلامة فى الحاشية اقول هذا ينافى ما ذكره آنفا وفاقا للتذكرة من انه إذا صرح البائع بالبراءة يرتفع اقتضاء اطلاق العقد السلامة انتهى و يمكن دفعه بان ارتفاع الاطلاق لا يساوق عدم الغلبة بل عدم ارادة الصحيح و بعبارة اخرى التبرى انما ينفى الملازمة بين ارادة الصحيح، و ورود العقد على الغالب لا انه ينفى غلبة السلامة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٢٩

ثم ان البراءة فى هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور: (١)

الأول: عهدة العيوب و معناه تعهد سلامته من العيوب فيكون مرجعه الى عدم التزام سلامته فلا يترتب على ظهور العيب رد و لا أرش فكأنه باعه على كل تقدير.

الثانى: ضمان العيب و هذا انسب بمعنى البراءة و مقتضاه عدم ضمانه بمال فتصير الصحة كسائر الأوصاف المشترطة فى عقد البيع لا يوجب الا تخيرا بين الرد و الامضاء مجانا و مرجع ذلك الى اسقاط ارش العيوب فى عقد البيع لا خيارها.

الثالث: حكم العيب و معناه البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب و الأظهر فى العرف هو المعنى الأول و الأنسب بمعنى

البراءة هو الثاني. (٢)

وقد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث وهو بعيد عن اللفظ الا ان يرجع الى المعنى الاول و الأمر سهل، ثم ان تبرى البائع عن العيوب مطلقا أو عن عيب خاص انما يسقط تأثيره من حيث الخيار اما سائر احكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب فى ايام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص (٣)

(١) قوله البراءة فى هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور و لما كانت البراءة مما لا ربط له بالمبتري غير صحيح، و العيب بنفسه من مصاديق ذلك، التجأ الى ابداء احتمالات فى التبرى الموضوع للحكم فى المقام:
احدها: ارادة البراءة عن تعهد البائع له و اثره حينئذ سقوط الرد و الارش.

ثانيها: ارادة البراءة عن ضمانه لما به التفاوت و اثره سقوط الارش ثالثها: ارادة البراءة عن الحكم المترتب عليه و هو الخيار. و المصنف مع اعترافه بان الأظهر فى العرف هو المعنى الأول، قال:

(٢) و الانسب بمعنى البراءة هو الثانى و فيه: ان البراءة فى الجميع بمعنى واحد امرا وجوديا يساوق التجنب عنه و نحوه، ام معنى سلبيا، و انما الفرق فيما اضيف إليه، فالمتعين هو الأول.

(٣) قوله فلو تلف بهذا العيب فى ايام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٣٠

لكن فى الدروس انه لو تبرأ من عيب فتلّف به فى زمن خيار المشتري فالاقرب عدم ضمان البائع و كذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى به بعده و تلف فى زمان خيار المشتري و يحتمل الضمان لبقاء علاقه الخيار المقتضى لضمان العين معه و أقوى أشكالا ما لو تلف به و بعيب آخر تجدد فى الخيار، انتهى كلامه رفع مقامه

الظاهر ان مورد كلام المصنف تلف المبيع فى ايام خيار آخر مختص بالمشتري غير خيار العيب الساقط بالتبرى، لا التلف فى ايام خيار العيب، إذ التلف فى تلك الأيام غير مشمول لقاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لما عرفت من انه يوجب سقوط حق الرد بمقتضى النصوص لا الانفساخ،

فما فى حاشية السيد (رحمه الله) من الايراد على المصنف (رحمه الله) بان ظاهر العبارة خلاف المقصود، فانها ظاهرة فى ارادة الفرع الأول، مع ان المقصود الفرع الثانى، فى غير محله.

و الكلام فى الفرع المقصود ليس فى ان ظاهر التبرى من العيب التبرى عن هذه العهدة ايضا ام لا: لأن هذا البحث لا يلائم التعليل بعموم النص، مع انه هين و تابع لقصد البائع و ظاهر كلامه،

و لا فى ان هذه العهدة هل تكون من الحقوق و قابلة للاسقاط بان يكون مفاد قاعدة التلف فى زمان الخيار كون دركه و خسارته عليه فيكون الضمان هنا كسائر الموارد قابلا للاسقاط، أو تكون من الأحكام و غير قابلة للاسقاط بان يكون مفاد القاعدة انفساخ العقد كما هو المعروف: فانه لا يلائم التعليل، مع انه سيأتى فى احكام الخيار تنقيح القول فيه.

بل فى انه بناء على كون ذلك من قبيل الحكم هل النص المتضمن له مختص بصورة عدم التبرى من العيب، ام يشمل صورة التبرى، و المصنف (رحمه الله) اختار الثانى، و علله بعموم النص، و هو متين.

ما قبل يكون مسقطا للرد و الارش

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٣١

ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها.

منها زوال العيب قبل العلم (١) به كما صرح به في غير موضع من التذكرة و مال إليه في جامع المقاصد و اختاره في المسالك، بل و كذا لو زال بعد العلم به قبل الرد و هو ظاهر التذكرة حيث قال في اواخر فصل العيوب لو كان المبيع معيبا عند البائع ثم اقبضه و قد زال عيبه فلا رد لعدم موجهه و سبق العيب لا يوجب خيارا كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد، انتهى.

و هو صريح في سقوط الرد و ظاهر في سقوط الأرش كما لا يخفى على المتأمل خصوصا مع تفريعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الرد و الأرش معا على زوال العيب، حيث قال لو اشترى عبدا و حدث في يد المشتري نكتة يياض في عينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت احدهما، فقال البائع الزائلة هي القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادثة و لى الرد قال الشافعي يتحالفان الخ. ما حكاه عن الشافعي و كيف كان ففي سقوط الرد بزوال العيب وجه لان ظاهر ادلة الرد خصوصا بملاحظة ان الصبر على العيب ضرر هو رد المعيوب و هو المتلبس بالعيب (٢) لا ما كان معيوباً في زمان فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار.

ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الارش بها،

(١) منها: زوال العيب قبل العلم به، صرح به في محكي التذكرة و المسالك و فيه اقوال و وجوه ثلاثة، ثالثها كونه مسقطا للرد دون الارش قواه المصنف فالكلام يقع في مقامين:
الأول: في انه هل يسقط الرد ام لا؟

(٢) و قد استدلل للمسقطية في المتن و غيرها بانه الظاهر من الادلة المتضمنة لاثبات حق الرد على المعيوب الظاهر في المتلبس بالعيب فعلا.

و فيه: ان ما علق عليه الرد في النص ليس هو المعيوب، بل الموضوع هو الاثراء الخاص، و هو اشتهاء شيء و به عيب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٢

و أما الأرش فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد فقد استقر بالعقد (١) خصوصا بعد العلم بالعيب و الصحة انما حدثت في ملك المشتري فبراءة ذمة البائع عن عهده العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الأرش و سقوط الرد قوى لو لم يكن تفصيلا مخالفا للاجماع و لم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده.

و بعبارة اخرى: عنوان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيوب، و هذا العنوان لا انقضاء له، بل هو يكون باقيا و لو بعد ارتفاع العيب، فمقتضى اطلاق النص بقاءه.

و لو اغمض عن ذلك و شك في بقاءه، فهل يجري الاستصحاب ام لا؟

قد يقال بالعدم من جهة الشك في بقاء الموضوع، أو تيقن ارتفاعه،

و من جهة انه من الشك في المقتضى و من جهة انه لو كان زوال العيب قبل العلم به فليس له حالة سابقة بناء على كون الخيار حادثا بعد العلم و كذا إذا كان زواله بعده لاحتمال كون الزوال قبل الرد كاشفا عن عدم ثبوته من الأول.

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلما عرفت من ان الموضوع متيقن الثبوت، لأنه من اشترى شيئا و به عيب، و هذا الموضوع باق قطعاً.

و أما الثاني: فلأن الشك في المقتضى بهذا المعنى مورد لجريان الاستصحاب.

و أما الثالث: فلما تقدم من ظهور الدليل في ثبوت الخيار قبل العلم،

نعم بناء على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام لا يجري هذا الأصل.

(١) المقام الثاني: في انه هل يسقط الارش ام لا؟ فان قلنا بعدم سقوط الرد فالحكم واضح، و ان قلنا بسقوطه فربما يقال- كما في المتن - بعدم سقوطه.

و استدل له بما توضيحه: ان استحقاق مطالبه الارش فرع اشتغال الذمه بما به التفاوت، و براءة الذمه بعد اشتغالها تحتاج الى دليل، و الا فالأصل يقتضى بقاءه، و ليس الارش من قبيل الرد موضوعه العين الخارجيه كي يتبدل الحكم بتبدل العين من المعيوبه الى الصحه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٣

نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي و هو ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد (١) لكن عرفت مرارا ان المرجع في ذلك هي الادله و لا منشأ لهذه القاعدة.

و منها التصرف بعد العلم بالعيب فإنه مسقط للأمرين (٢) عند ابن حمزه في الوسيله و لعله لكونه علامه للرضا بالمبيع بوصف العيب، و النص المثبت للأرش بعد التصرف ظاهر فيما قبل العلم ورد بأنه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب و الاولى ان يقال ان الرضا بالعيب لا يوجب اسقاط الارش

و فيه: ان الذمه لا تكون احد طرفي التخيير، فمعنى استحقاق الارش استحقاق التغيريم، فإذا كان الموضوع هو المعيب سقط ذلك بارتفاعه.

فتحصل: ان الأظهر بقاء الرد و الارش.

(١) قوله ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد و فيه ان الصحه و ان زالت ثم عادت الا انها حين وجودها قبل العقد لم تكن مناطا للمطلب، هذا إذا اريد بالزائل وصف الصحه و ان اريد به العيب فهو لم يعد.

التصرف بعد العلم بالعيب

(٢) و منها: التصرف بعد العلم بالعيب فانه ذهب جماعة منهم ابن حمزه في محكي الوسيله الى انه يسقط الرد و الارش معا.

و تنقيح القول فيه بالبحث في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الأول: فان كان التصرف كاشفا عن الاجازه و اسقاط الخيار و قصد به ذلك يكون مسقطا للخيار، إذ لا فرق في الاسقاط بين كون المظهر فعلا أو قولاً، و الا فلا يكون مسقطاً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٤

و انما المسقط له ابراء البائع عن عهده العيب، و حيث لم يدل التصرف عليه فالاصل بقاء حق الأرش الثابت قبل التصرف (١) مع ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع، فليراجع.

و أما النص العام الدال على مسقطيه التصرف لخيار الحيوان معللاً بانه رضا بالمبيع، «١» فقد عرفت حاله، و انه لا يدل على مسقطيه التصرف لكل خيار.

(١) هذا بالنسبة الى الرد و أما الارش فان قلنا بعدم كون التصرف مسقطاً للرد و عدم الأخذ بعموم العلة فالأمر واضح،

و ان قلنا بمسقطيته له لعموم العلة أو غيره فقد استدل لمسقطيته له بانه علامه الرضا بالمعيب ورد بانه علامه الرضا بالمبيع لا بالعيب.

وفيه: ان الالتزام بالبيع الشخصى المتعلق بالمعيب لا محالة يكون التزاما بالعيب لعدم معقولية الانفكاك. فالاولى رده بان الرضا بالعيب يتصور على وجهين:

احدهما: الرضا به مجانا و بلا عوض، و مرجع ذلك الى البراء و اسقاط حق التبريم.

ثانيهما: الرضا به مع العوض، و حيث لا كاشفية له عن عدم اخذ العوض فلا يكون مسقطا له.

و أما المقام الثانى: فالنصوص الخاصة تدل على مسقطية التصرف المغير للعين، بل تغير العين كما مر للرد، و هى اما مطلقة من حيث العلم و الجهل، أو مختصة بصورة الجهل بالعيب، فتدل على المسقطية فى صورة العلم بالاولوية، و لا تدل على سقوط الارش و لا على عدم سقوطه فى صورة العلم. فان ظاهر صحيح زرارة: ايما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار فحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار. «٢» حدوث العلم بعد التصرف، فلا تعرض له لصورة العلم.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٣٥

و منها التصرف فى المعيب الذى لم ينقص قيمته بالعيب (١) كالبلغل الخصى بل العبد الخصى على ما عرفت فإن الارش منتف لعدم تفاوت القيمة و الرد لأجل التصرف.

اما مرسل «١» جميل فظاهره كون مقسم الشرطيتين: وجد ان العيب بعد الاشتراء،

و التغير، مع انه لو سلم عدم تقييده بصورة وجدانه بعد التغير لا إطلاق له من هذه الجهة،

فانه وارد لبيان حكم الرد و الارش من حيث التغير و عدمه لا من حيث العلم و الجهل.

و أما اخبار و طء الجارية، فجملة منها «٢» مختصة بالتصرف قبل العلم، و ما يتوهم اطلاقه خيران:

احدهما: خبر عبد الملك عن مولانا الصادق (عليه السلام): لا ترد التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و له ارش العيب «٣».

ثانيهما: خبر محمد بن ميسر عنه (عليه السلام): كان على (عليه السلام) لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب «٤».

و لكن الأول فى مقام الفرق بين الحبلى و غيرها لا فى مقام بيان حال الوطاء علما و جهلا،

و الثانى بين اجماله فى خبر ثالث عن الامام الصادق (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل اشترى جارية

فوطئها ثم وجد فيها عيبا «٥»

فما افاده الشيخ (رحمه الله) من ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع فى غير محله.

التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب

(١) و منها: التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب قد يتوهم ان التعرض لهذا المبحث فى غير محله، إذ سقوط الرد و

الارش مع اجتماع مسقط هذا و مسقط ذلك من القضايا التى قياساتها معها،

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٤ و ٥ - من ابواب احكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٤) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٨.

(٥) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٦

و قد يشكك فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب،

و فيه ان العيب في مثله لا يعد ضررا ماليا بالفرض فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم ارش فيه و حله ان الضرر اما ان يكون من حيث القصد الى ما هو ازيد مالياً من الموجود. و أما ان يكون من حيث القصد الى خصوصية مفقودة في العين مع قطع النظر عن قيمته، و الاول مفروض الانتفاء، و الثاني قد رضى به و اقدم عليه، المشتري بتصرفه فيه بناء على ان التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه الا ان يقال ان المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش و إلا فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف (١) كما في غير العيب و التدليس من اسباب الخيار خصوصا بعد تنزيل الصحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التي لا يوجب فواتها ارشا فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به، نعم لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدل على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف مطلقا.

لكن يرد ان التعرض له لجهتين:

احدهما: من جهة توهم عدم المقتضى للمسقطية في صورة الاجتماع.

ثانيتها: من جهة توهم وجود المانع.

(١) اما الجهة الاولى: فتقريب عدم المقتضى: ان النصوص المتضمنة لسقوط الرد بالتصرف المغير مختصة بمورد فيه الارش، و لا تعرض لها بما لا أرش فيه.

و فيه: ان مرسل جميل متضمن لشرطيتين:

احدهما: ثبوت الرد مع قيام المبيع بعينه و الثانية: سقوطه مع التغير.

و الثانية و ان اختصت بمورد ثبوت الارش، الا ان الاولى بما ان منطوقها مطلق مفهومها ايضا كذلك. فتدبر فانه لا يخلو عن التأمل و النظر.

و أما الجهة الثانية: فتقريب وجود المانع: ان في بقاء مسقطية المجتمعين الضرر على المشتري، فينتفى ذلك بحديث لا ضرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٧

و منها حدوث العيب في المعيب المذكور (١) و الاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله (٢) فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له لأن الصحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة في المبيع التي لا يوجب فواتها ارشا و النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين و هي المرسله المتقدمة مختص بمورد امكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش (٣) و الاجماع فيما نحن فيه غير متحقق (٤) مع ما عرفت من مخالفة المفيد في اصل المسألة هذا كله مضافا الى اصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب و هي المرجع بعد معارضة الضرر المذكور بتضرر البائع بالفسخ

و نقل المعيب الى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب و كيف كان فلو ثبت الإجماع أو استفيض بنقله على سقوط الرد بحدوث العيب و التغيير على وجه يشمل المقام و ألا فسقوط الرد هنا محل نظر بل منع.

و فيه: ان التصرف مع العلم بمسقطيته يكون اقداما على الضرر، و بدونه لا- يوجب الضرر المالي لفرض انتفائه، و الضرر من حيث

الغرض المعاملية حيث انه موجود في جميع موارد التصرف المسقط قبل العلم فيخصص دليل نفى الضرر بما دل على مسقطيته.

(١) ومنها: حدوث العيب في المعيب المذكور لا كلام في سقوط الارش، انما الكلام في سقوط الرد ايضا،

و اورد عليه.

(٢) تارة بان لزوم صبر المشتري ضرر عليه فيتنفى بحديث لا ضرر.

(٣) و اخرى بان مدركه النص الخاص و مورده ثبوت الارش.

(٤) و ثالثه بان مدرك مانعيه العيب الحادث عن الرد الاجماع و هو مختص بغير الفرض و لكن يرد على الاخير: ان المدرك ليس هو

الاجماع، بل النص الخاص.

و يرد على الثاني: ان المرسل عام شامل لصورة عدم ثبوت الارش.

و يرد على الأول: ان هذا الضرر يلزم في جميع موارد العيب الحادث، فالنص «١»

الدال على مسقطيته للرد يقيد اطلاق حديث لا ضرر «٢».

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) مر في خيار الغبن و غيره مصادر الحديث مرارا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٨

و منها ثبوت احد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز اخذ الأرش فيه لأجل الربا. (١)

اما المانع الأول: فالظاهر ان حكمه كما تقدم في المعيب الذي لا ينقص ماليته فإن المشتري لما اقدم على معاوضة احد الربويين بالآخر

اقدم على عدم مطالبه مال زائد على ما يأخذه بدلا عن ماله و ان كان المأخوذ معينا فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التي لا

يوجب اشتراطها الا جواز الرد بلا ارش فإذا تصرف فيه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم العقد

كما في خيار التدليس بعد التصرف. نعم التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط كما تقدم.

و أما المانع الثاني: فظاهر جماعه كونه مانعا فيما نحن فيه من الرد ايضا و هو مبني على عموم منع العيب الحادث من الرد حتى في

صورة عدم جواز اخذ الأرش.

وقد عرفت النظر فيه و ذكر في التذكرة وجها آخر لامتناع الرد و هو انه لو رد فاما ان يكون مع ارش العيب الحادث. و أما ان يرد

بدونه فإن رده بدونه كان ضررا على البائع و ان رد مع الأرش لزم الربا قال لأن المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه و الظاهر ان مراده

من ذلك ان رد المعيب لما كان بفسخ المعاوضة و مقتضى المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد ان لا يضمن وصف

الصحة بشيء إذ لو جاز ضمانه لجاز اخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه فيكون وصف الصحة في كل من العوضين نظير سائر

الأوصاف الغير المضمونة بالمال فإذا حصل الفسخ وجب تراد العوضين من غير زيادة و لا نقيصة

لو ثبت احد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه

(١) و منها: ثبوت احد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز اخذ الارش فيه لاجل الربا مما ذكرناه في الفرعين السابقين، يظهر حال

هذين الفرعين المذكورين في المقام،

فان الأقوال و الأدلة متحدة، و انما نتعرض لهما لبيان امرين:

احدهما: فيما افاده العلامة (رحمه الله) في وجه امتناع الرد.

ثانيهما: في بيان ما به يتدارك ضرر المشتري.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٩

ولذا يبطل التقاتل مع اشتراط الزيادة أو النقص في أحد العوضين فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا رد ما قابله لا غير، فإن رد إلى البائع قيمة العيب الحادث عنده كما هو الحكم في غير الربويين إذا حصل العيب عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضمونا عليه بجزء من الثمن فيلزم وقوع الثمن بازاء مجموع المثلث و وصف صحته فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا فمراد العلامة (رحمه الله) بلزوم الربا. أما لزوم الربا في أصل المعاوضة (١) إذ لو لا ملاحظة جزء من الثمن في مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة و قيمتها عند استرداد الثمن. و أما لزوم الربا في الفسخ حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثلث و زيادة (٢)

و الأول أولى و مما ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات في يده مضمونا عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب فلا ينضم إلى المثلث حتى يصير أزيد من المثلث.

أما الأول: فقد افاد العلامة في وجهه: انه لو رد بدون ارش العيب الجديد لزم الضرر على البائع، و لو رد معه لزم الربا، و علله: بان المردود حينئذ يزيد على عوضه.

و المصنف (رحمه الله) احتمل في مراده وجهين:

(١) الأول: ان يكون مراده لزوم الربا في المعاملة.

(٢) و الثاني: ان يكون مراده لزوم الربا في الفسخ، فانه يضم إلى المثلث المردود شيء آخر و هو الارش و اورد عليه السيد الفقيه (رحمه الله): بان مراد العلامة هو الوجه الأول قطعاً، و ليس الثاني مراده، لأن اخذ الارش لا يعقل ان يكون مؤثراً في مقابل وصف الصحة و عدمه في المعاملة بان يكون اخذ الارش بعد ذلك مؤثراً في كون الوصف مقابلاً بالعوض، بل حين المعاملة اما ان يكون مقابلاً به فيلزم البطلان، و أما لا يكون كذلك، فاخذ الارش لا يبطله.

و لكن بيان مراد المصنف (رحمه الله) يظهر اندفاع هذا الايراد، توضيحه: ان حقيقة الفسخ حل المعاوضة و رجوع كل من العوضين إلى محله السابق من دون ان يقتضى شيئاً آخر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٠

إذ فيه وضوح الفرق فإن المقبوض بالسوم انما يتلف في ملك مالكه فيضمنه القابض و العيب الحادث في المبيع لا يتصور ضمان المشتري له الا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع و تلف وصف الصحة منه في يد المشتري، فإذا فرض ان صفة الصحة لا تقابل بجزء من المال في عقد المعاوضة الربوية فيكون تلفها في يد المشتري كنيان العبد الكتابة لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها.

و الحاصل ان البائع لا يستحق من المشتري إلا ما وقع مقابلاً بالثمن و هو نفس المثلث من دون اعتبار صحته جزء فكأنه باع عبدا كاتباً فقبضه المشتري، ثم فسخ أو تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة. نعم هذا يصح في غير الربويين لأن وصف الصحة فيه يقابل بجزء من الثمن فيرد المشتري قيمة العيب الحادث عنده لياخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصحة، ثم ان صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً فيما نحن فيه

و عليه فان اقتضى الفسخ لارش العيب الجديد، و كون وصف الصحة في مقابل جزء من العوض ربا كان لازم مقابليته له ربا في المعاملة، و المفروض ان الشارع الأقدس حكم بان الصحيح و المعيب في غير المتجانسين واحد لا يقابل وصف الصحة في نظره بشيء و لو ربا،

الذى هو مفروض فى غير المتجانسين، و حيث ان المفروض اقدم المتبايعين على معاملة صحيحة فحين المعاملة لا يلزم الربا، و انما يلزم ذلك من حين الفسخ لو اخذ الارش.

و لكن يرد على الوجه الأول- مضافا الى ان الارش غرامة شرعية لا يكون بجعل المتعاملين: انه لا يكون الفسخ معاوضة، و الربا انما يجرى فى المعاوضات مع انه من طرف واحد لا الطرفين. و يرد على الوجه الثانى:

اولا: ما تقدم من ان اخذ الارش حتى من العيب القديم لا يوجب الربا لكونه غرامة شرعية تعبدية. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤١

فذكروا فى تدارك ضرر المشتري وجهين (١) اقتصر فى المبسوط على حكايتهما احدهما: جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث (٢) لما تقدم إليه الاشارة من ان ارش العيب الحادث فى يد المشتري نظير ارش العيب الحادث فى المقبوض بالسوم فى كونها غرامة تالف مضمون على المشتري لا دخل له فى العوضين حتى يلزم الربا

و ثانيا: ان المحرم و غير النافذ هو المعاملة التى وجدت ربوبه،

و أما احداث الربا فيها بعد الوجود فلا دليل على حرمة و مبطلته لها.

(١) و أما الثانى: فعلى المختار من ان اخذ الارش للعيب القديم لا- محذور فيه كما تقدم، يتعين اخذ الارش بلا رد لكون العيب الحادث مانعا عن الرد و معينا للارش،

و على القول بعدم جواز اخذ الارش يدور الأمر بين امور:

الأول: لزوم المعاملة و عدم جواز الرد و اخذ الارش.

الثانى: جواز رد المعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث.

الثالث: فسخ المعاملة و اعطاء مثل المبيع فى العيب القديم سليما عن العيب الجديد من جهة تعذر رد المبيع و هو فى حكم التلف، اى التعذر العقلى الموجب للانتقال الى البدل.

و الثانى: يرد ما دل على مانعية العيب الحادث عن الرد.

و الثالث: يرد ما دل على ان التلف فى هذا الخيار مسقط له و لا يوجب الانتقال الى البدل، فيتعين الأول،

و حديث لا ضرر قد مر مرارا انه لا يصلح لاثبات الجواز للمعاملة اللازمة.

(٢) قوله احدهما جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث هذا الوجه انما يتم لو سلمنا قصور ما دل على مانعية العيب الحادث عن الرد فى صورة عدم جواز اخذ الارش- و قد عرفت عدم قصوره.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤٢

الثانى: ان يفسخ البيع لتعذر امضائه (١) و إلزام المشتري ببدله من غير الجنس معيبا بالعيب القديم و سليما عن الجديد و يجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا- ارش و مع الأرش و اختار فى الدروس تبعا للتحرير. الوجه الأول مشيرا الى تضعيف الثانى بقوله لأن تقدير الموجود معدوما خلاف الأصل (٢) و تبعه المحقق الثانى معللا بأن الربا ممنوعه فى المعاوضات لا فى الضمانات و انه كأرش عيب العين المقبوضه بالسوم إذا حدث فى يد المستام و ان كانت ربوبه فكما لا يعد هنا ربا فكذا لا يعد فى صورة النزاع.

اقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه و بين ارش عيب المقبوض بالسوم فإنه يحدث فى ملك مالكة بيد قابضه و العيب فيما نحن فيه يحدث فى ملك المشتري و لا يقدر فى ملك البائع الا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن الى المشتري و المفروض عدم المقابلة بين شىء منه و بين صحة البيع.

و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار فإن ظاهر الغنية اسقاطه للرد و الأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة التبرى و الرضا بالعيب و تأخير الرد مع العلم لأنه على الفور بلا خلاف و لم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرش، ثم ذكر حدوث العيب و قال ليس له هاهنا إلا الأرش ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرش فإن فى إلحاق الثالث بالاولين فى ترك ذكر الأرش فيه، ثم ذكره فى الاخيرين و قوله ليس «له» هنا ظهوراً فى عدم ثبوت الارش بالتأخير و هذا احد القولين منسوب الى الشافعى. و لعله لأن التأخير دليل الرضا و يردده بعد تسليم الدلالة ان الرضا بمجرد لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت فى التصرف

(١) قوله الثانى ان يفسخ البيع لتعذر امضائه هذا الوجه ايضا لا يتم من جهة ان التلف فى هذا الخيار موجب لسقوط الخيار، و جواز الرد لا للانتقال الى المثل أو القيمة.

(٢) قوله لان تقدير الموجود معدوما خلاف الاصل فيه انه لا خصوصية للتلف الا امتناع الرد و الامتناع الشرعى كالامتناع العقلى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤٣

نعم سقوط الرد وحده له وجه (١) كما هو صريح المبسوط و الوسيلة على ما تقدم من عبارتهما فى التصرف المسقط و يحتمله ايضا عبارة الغنية المتقدمة بناء على ما تقدم فى سائر الخيارات من لزوم الاقتصار فى الخروج عن اصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخى عدا ما فى الكفاية من اطلاق الاخبار و خصوص بعضها. و فيه ان الاطلاق فى مقام بيان اصل الخيار. (٢) و أما الخبر الخاص فلم اقف عليه و حينئذ فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم للأصل لا يخلو عن قوة مع ما تقدم من نفى الخلاف فى الغنية فى كونه على الفور و لا- يعارضه ما فى المسالك و الحدائق من انه لا نعرف فيه خلافاً لأننا عرفناه. و لذا جعله فى التذكرة اقرب و كذا ما فى الكفاية من عدم الخلاف لوجود الخلاف. نعم فى الرياض انه ظاهر اصحابنا المتأخرين كافة و التحقيق رجوعاً لمسألة الى اعتبار الاستصحاب فى مثل هذا المقام و عدمه.

تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.

و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار، فان ظاهر الغنية اسقاطه لهما، و قد ادعى الشهرة و عدم الخلاف على كل من القول بسقوطهما به و عدمه، و هناك قول ثالث،

(١) ظاهر المصنف الميل إليه و تقويته و هو سقوط الرد دون الارش و المهم ملاحظة الأدلة.

و تحقيق الكلام بالبحث فى موردين:

الأول: فى الرد.

الثانى: فى الارش.

اما الأول: فمقتضى اطلاق النصوص عدم السقوط ما لم يتحقق احد المسقطات،

و ما افاده المصنف (رحمه الله) من.

(٢) ان الاطلاق فى مقام بيان اصل الخيار فيه منع يظهر لمن راجع الاخير و استدلل للسقوط:

بما دل على الفورىة فى كل خيار ثبت و لم يثبت كونه على الفور أو التراخى،

و بان التأخير دليل الرضا بسقوط الحق.

و لكن يرد على الأول: انه لا يرجع إليه مع الدليل على التراخى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤٤

ولذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي الا به و الا فلا يحصل من فتوى الاصحاب الا الشهرة بين المتأخرين المستندة الى الاستصحاب و لا اعتبار بمثلها.

و ان قلنا بحجية الشهرة أو حكاية نفى الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن كما لا يخفى و الله العالم.

مسألة: قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراً (١)

أو كان المشتري بالخيار، انتهى.

و مثله ما عن الخلاف و في موضع آخر من المبسوط و جب عليه ان يبينه و لا- يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب و الاول احوط و نحوه عن فقه الراوندى و مثلهما في التحرير، و زاد الاستدلال عليه بقوله لثلا يكون غاشا و ظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلى و الخفى، و صريح التذكرة و السرائر كظاهر الشرائع الاستحباب مطلقا. و ظاهر جماعه التفصيل بين العيب الخفى و الجلى، فيجب فى الأول مطلقا، كما هو ظاهر جماعه أو مع التبرى، كما فى الدروس، فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة اقوال. (٢)

و يرد على الثانى: عدم كاشفيتها عن ذلك. فالأظهر عدم السقوط.

و أما الثانى: فعدم سقوطه اوضح، إذ مضافا الى ان مقتضى اطلاق الأخبار ذلك، ما استدل به على سقوط الرد على فرض تماميته لا يدل على سقوط الارش.

اما الوجه الاول فلان لزوم العقد و عدم انحلاله اجنبى عن سقوط الارش و عدمه و أما الوجه الثانى فلان الرضا و الالتزام بالعقد اعم من كونه مجانيا أو مع العوض و بذلك ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على المصنف بان ما ذكر فى وجه سقوط الرد يدل على سقوط الارش ايضا.

وجوب الاعلام بالعيب

(١) قوله مسألة قال فى المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراً.

(٢) الاقوال فى المسألة خمسة الاول وجوب الاعلام مطلقا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤٥

و الظاهر ابتناء الكل على صدق الغش و عدمه، و الذى يظهر من ملاحظة العرف و اللغة فى معنى الغش ان كتمان العيب الخفى و هو الذى لا- يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش، فإن الغش، كما يظهر من اللغة خلاف النصح. اما العيب الظاهر فالظاهر ان ترك اظهاره ليس غشا، نعم لو اظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه، كما إذا فتح قرانا بين يدي العبد الاعمى مظهر انه بصير يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك و اهمل اختباره كان غشا (١)

قال فى التذكرة فى رد استدلال الشافعى على وجوب اظهار العيب «مطلقا» بالغش ان الغش ممنوع بل يثبت فى كتمان العيب بعد سؤال المشتري و تبينه و التقصير فى ذلك من المشتري، انتهى.

و يمكن ان يحمل بقرينه ذكر التقصير على العيب الظاهر، كما أنه يمكن حمل عبارة التحرير المتقدمة المشتملة على لفظ الكتمان و على الاستدلال بالغش على العيب الخفى بل هذا الجمع ممكن فى كلمات الاصحاب مطلقا، و من اقوى الشواهد على ذلك انه حكى عن موضع من السرائر ان كتمان العيوب مع العلم بها حرام و محظور بغير خلاف مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه فلاحظ، ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام فى مورده، كما عن المشهور ام لا، فيه اشكال نشأ من دعوى صدق الغش.

الثاني: عدمه كذلك.

الثالث: استحباب الاعلام.

الرابع: التفصيل بين العيب الخفى و الجلى، فيجب فى الأول دون الثانى:

الخامس: التفصيل بين الجلى و الخفى، فيجب فى الأول مع عدم التبرى.

و تحقيق الكلام بالبحث فى موارد:

الأول: فى انه هل يصدق على ترك الاعلام عنوان الغش ام لا؟

(١) و الاظهر: انه بمعنى الخديعة و التليس و لا يصدق ذلك على ترك الاعلام بالعيب، و لا على كتمان العيب الخفى، و انما يصدق

على اظهار انه صحيح، و حيث ان البيع انما يكون من البائع بعنوان ان المبيع صحيح و انه ملتزم بصحته فهو اظهار لخلاف الواقع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤٦

و من ان لزوم الغش من جهة ظهور اطلاق العقد فى التزام البائع بالصحة، فاذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور (١) او من جهة ادخال

البائع للمشتري فيما يكرهه عامدا و التبرى لا يرفع اعتماد المشتري على اصالة الصحة، فالتعزير انما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد

على الاصل و الاحوط الاعلام مطلقا كما تقدم من المبسوط، ثم ان المذكور فى جامع المقاصد و المسالك و عن غيرهما انه ينبغى

بطلان البيع فى مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا ان يقال ان جهالة الجزء غير

مانعة ان كانت الجملة معلومة، كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما، ثم ظهر البعض مستحقا، فإن البيع لا يبطل فى ملكه و ان كان

مجهولا قدره وقت العقد، انتهى.

و لا- يفرق فى ذلك بين العيب الخفى و الجلى الا اذا كان من الوضوح بحد لا موجب للالتزام بالصحة، و إلى هذا المورد النظر فى

صحيح (١) ابن مسلم المتضمن لخط الجيد بالردىء حيث قال (عليه السلام): إذا رؤيا جميعا فلا بأس.

و بذلك يظهر ضعف ما قيل من عدم صدق الغش على ترك اظهار العيب الجلى فى المعاملة،

و اضعف منه دعوى عدم صدقه على مجرد المعاملة على المعيب بالعيب الخفى ما لم ينضم إليه شىء آخر كما فى حاشية السيد.

الثانى: فى حكمه التكليفى.

و الأظهر انه حرام مطلقا كما تقدم الكلام فيه مفصلا فى الجزء الثانى من هذا الشرح،

و ما افاده السيد (رحمه الله) من عدم حرمة المعاملة على المعيب بالعيب الجلى و ان صدق عليها الغش لصحيح محمد بن مسلم، يندفع

بما عرفت.

الثالث: فى حكمه الوضعى.

و الحق عدم الفساد، لأن حرمة المعاملة اعم من فسادها، و لا دليل آخر على الفساد فى جميع الموارد كما تقدم الكلام فيه فى الجزء

الثانى.

(١) الرابع: انه لو تبرأ البائع من العيب هل يسقط وجوب الاعلام ام لا وجهان:

(١) الوسائل - باب ٩- من ابواب احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤٧

اقول الكلام فى مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك فى اللبن و لا يخرج عن حقيقته، كالملاح الزائد فى الخبز، فلا وجه للاشكال

المذكور. نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون ان يستهلك فيه، بحيث يخرج عن حقيقته الى حقيقة ذلك الشيء توجه ما ذكره في بعض الموارد.

مسائل: في اختلاف المتبايعين

إشارة

و هو تارة في موجب الخيار، و أخرى في مسقطه و ثالثة في الفسخ أما

الأول: [الاختلاف في موجب الخيار]

إشارة

ففيه مسائل: الاولى: لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه، (١) فالقول قول المنكر يمينه.

اظهرهما الأول، لان الغش كما عرفت انما يصدق على فعل البائع من جهة كون البيع واقعا بعنوان ان المبيع صحيح و انه ملتزم بصحته، فإذا تبرأ عن العيب و لم يلتزم بالصحة لا يصدق الغش، مع ان صدق الغش يتوقف على ايقاع الطرف فيما يكرهه و غير راض به، فمع رضاه بذلك و شرائه بعد تبرئ البائع و عدم الفحص عن صحته و عيبه لا يصدق الغش.

لو اختلفا في تعيب المبيع

مسائل في اختلاف المتبايعين:

(١) الاولى لو اختلفا في تعيب المبيع فقد يكون البائع منكرا للعيب و المشتري مدعيا، و هو الغالب، و قد يكون البائع مدعيا كما لو فرضنا فسخ المشتري ثم ندامته منه،

و ادعى انه لم يكن له ذلك فلا يكون البيع منفسخا، و ادعى البائع انه كان معيوباً، فاليقاع منفسخ. و على التقديرين، اما ان تكون الحالة السابقة هي العيب، و أما ان تكون هي الصحة، و أما ان تكون مجهولة. اما في الصورة الاولى فالقول قول مدعى العيب مع يمينه للاستصحاب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٨

الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً و تعذر تبين الحال، لفقد اهل الخبرة (١)

كان الحكم كسابقه، نعم لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار في الرد دون (٢) الارش، لأصالة البراءة.

الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك،

بان (٣) حدث بعد القبض و انقضاء الخيار

و أما في صورتين الاخيرتين فالقول قول منكره،

اما فى الاولى منهما فللاستصحاب،

و أما فى الثانية فبناء على كون اصل السلامة من الاصول العقلائية، فلذلك و بناء على عدم كونه منها فلا صالة اللزوم و المراد بها فى المقام استصحاب بقاء العقد بعد الفسخ و اصالة البراءة عن الارش.

(١) الثانية: لو اختلفا فى كون الشئ عيبا و تعذر تبين الحال، فان احرز كونه نقصا و لكن تردد الأمر بين كونه منقصا للقيمة و عدمه كان الأصل مع البائع لأصالة البراءة من الارش،

(٢) فهل يثبت له الرد كما عن المصنف ام لا كما فى الحاشية؟ وجهان:

قد استدلل للثانى: بان النقص غير الموجب لنقص المالىة لا يكون عيبا فلا تشمله ادلة خيار العيب.

و فيه: اولاً: ان الالتزام الضمنى بالصحة موجب لثبوت حق الرد لفرض تخلف الشرط.

و ثانياً: ان من يرى دلالة حديث نفى الضرر على نفى اللزوم لا بد له من البناء على دلالة على جواز الرد فى المقام لعدم انحصار الضرر بالمالى، بل هو شامل لنقص الغرض المعامل، فالأظهر ان له ذلك.

و ان تردد بين كونه نقصا و عدمه كان القول قول منكره مع اليمين لأصالة عدم كونه نقصا الازلى، و لأصالة اللزوم بالمعنى المتقدم.

(٣) الثالثة: لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عنه و صور هذه المسألة ثلاثة.

احداها: ما لو ادعى المشتري تقدم العيب على العقد و انكره البائع.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٤٩

كان القول قول منكر تقدمه للاصل ١ (١) حتى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تاريخ العقد لان اصالة عدم العقد حين حدوث العيب لا- تثبيت وقوع العقد على العيب و عن المختلف انه حكى عن ابن الجنيد انه ان ادعى البائع ان العيب حدث عند المشتري حلف المشتري ان كان منكرا، انتهى.

و لعله لأصالة عدم تسليم البائع العين الى المشتري على الوجه المقصود (٢)

و عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و انكر المشتري. و قد تقدم فى محله هذا إذا لم تشهد القرينة القطعية مما لا يمكن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدمه عليه، و إلا عمل عليها من غير يمين.

(١) قال المصنف كان القول قول منكر تقدمه للاصل مراده منه اصالة عدم حدوث العيب قبل العقد.

توضيحه: ان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيب على ما هو ظاهر الأخبار،

فتجرى اصالة عدم حدوث العيب الى ما بعد حدوث العقد، و حيث ان العقد على العين محرز، و عدم العيب محرز بالأصل، فينفى موضوع الخيار.

و لا تعارضها اصالة عدم العقد حين حدوث العيب، لأنه لا يثبت بها وقوع العقد على المعيب الذى هو موضوع الخيار الا على القول بالأصل المثبت.

و بذلك يظهر الحال فى الصورتين الاخيرتين، و هما ما لو اختلفا فى حدوث العيب بعد العقد قبل القبض أو بعده،

و ما لو اختلفا فى انه حدث فى زمان خيار المشتري ليكون مضمونا على البائع، أو فيما بعد مضى ذلك الزمان، فان الأثر مترتب على تلف وصف الصحة قبل القبض، أو فى زمان الخيار، فاصالة عدم التلف الى ما بعد القبض أو انقضاء زمان الخيار تجرى و يترتب عليها عدم الضمان. و لا تعارضها اصالة عدم القبض و عدم الانقضاء الى ما بعد التلف لعدم الأثر.

و عن العلامة (رحمه الله): ان القول قول مدعى التقدم و هو المشتري.

(٢) و استدلل له: باصالة عدم تسليم المبيع الى المشتري على الوجه المقصود،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٠

قال في التذكرة و لو اقام احدهما بينة عمل بها، (١) ثم قال: و لو اقاما بينة عمل بينة المشتري (٢) لأن القول قول البائع لأنه ينكر، فالبينة على المشتري و هذا منه مبنى على سقوط اليمين على المنكر بإقامة البينة و فيه كلام في محله، و ان كان لا يخلو عن قوة

و اصالة عدم استحقاق البائع الثمن كلاً،

و اصالة عدم لزوم العقد.

و في الجميع نظر:

اما الاولى: فلأن عدم التسليم لا أثر له، و موضوع الأثر تلف الوصف قبل العقد، أو قبل القبض، أو قبل انقضاء الخيار، و الأصل عدمه.

و أما الثانية: فلأن الارش ليس جزء من الثمن، فالبائع مستحق للثمن كلاً على التقديرين.

و أما الثالثة: فلأن موضوع اللزوم ليس وقوع العقد على الصحيح كي تجرى اصالة عدمه و يحكم بعدم لزومه، بل الموضوع له عدم

العيب حين العقد، و قد عرفت ان الأصل ذلك.

و تمام الكلام بيان امور:

احدها: المشهور بين الأصحاب و ان كان كون اقامة البينة من المنكر كعدمه و ان وظيفته اليمين، بل عن المستند دعوى الاجماع عليه،

الا ان جماعة منهم العلامة و الشهيد ذهبوا الى سماع بينة المنكر، و ان ما دل على ان اليمين على من انكر انما هو في مقام الارفاق لا

التعيين،

(١) و عليه فكل منهما اقام بينة عمل بها.

(٢) ثانيها: و لو اقاما بينة قيل عمل بينة المشتري بمعنى ان بينة المشتري تقدم عند التعارض، فان البينة وظيفته، و انما تسمع بينة البائع

المنكر لو لم يقيم المشتري البينة،

و هو متين لما حقق في محله من تقديم بينة الخارج عند التعارض.

و للكلام محل آخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥١

و إذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب (١) أو نفى استحقاق الرد أو الارش ان كان قد اختبر المبيع و اطلع على خفايا

امره، كما يشهد بالاعسار و العدالة و غيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر.

و لو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك الى اصالة عدمه إذا شك في ذلك وجه احتمله في جامع المقاصد و حكي عن جماعة،

كما يحلف على طهارة المبيع استنادا الى الاصل

(١) ثالثها قال المصنف و إذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب محصله: انه في صورة امكان الاختبار و العلم بالحال

لا كلام في انه يعتبر في الحلف القاطع للخصومة ان يكون على الواقع و على البت.

و أما في صورة الجهل بالحال فان كان مصب الدعوى هو العلم لا كلام ايضا في ان القاطع هو الحلف على نفى العلم.

و ان كان هو الواقع، فان كان ذلك فعل الغير كما في الدعوى على الميت كفى الحلف على نفى العلم ايضا للدليل.

و ان كان فعل نفسه ففيه وجوه:

الأول: الحلف على الواقع على البت استنادا الى الأصل.

الثاني: الحلف على نفى العلم و ان لم يدع المدعى عليه العلم.

الثالث: رد اليمين على المدعى، اما مع ثبوت الحق بدون الرد كما عن بعض، أو مع عدم ثبوته كما عن آخر.

الرابع: ايقاف الدعوى.

الظاهر كما دلت «١» النصوص عليه اعتبار كون الحالف قاطعا،

الا انه إذا كان العلم ماخوذا في موضوعه على وجه الطريقيه قامت الامارات مقامه،

و ان كان ماخوذا فيه بما انه مقتضى للجري العملى على وفق ما تعلق القطع به قامت الاصول المحرزة ايضا مقامه، فيجوز الحلف على

الواقع استنادا الى الامارة أو الأصل،

(١) الوسائل - باب ٢٢ - من ابواب كتاب الايمان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٢

و يمكن الفرق بين الطهارة و بين ما نحن فيه (١) بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشرع ما يعم غير معلوم النجاسة لا الطاهر الواقعي، كما ان المراد بالملكية و الزوجية ما استند الى سبب شرعى ظاهري، كما تدل عليه رواية جعفر الواردة في جواز الحلف على ملكية ما اخذ من يد المسلمين.

و في التذكرة بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على اصالة السلامة في هذه الصورة، قال: و عندي فيه نظر اقربه الاكتفاء بالحلف في نفى العلم،

و استحسنته في المسالك قال: لاعتضاده باصالة عدم التقدم، فيحتاج المشتري الى اثباته و قد سبقه الى ذلك في الميسية و تبعه في الرياض.

و قد دلت الرواية على جواز الحلف استناد الى اليد و هي موثقة حفص، «١» و دلت النصوص «٢» على جواز الشهادة مستندة الى الاستصحاب و الحلف لا يزيد على الشهادة،

بل المستفاد من ذيل الموثق التلازم بينهما و اضعف الى ذلك كله ان الدعاوى و الشهادات و الايمان تتوقف بحسب الغالب على امانة أو أصل، لأن ما انتقل الى زيد من ابيه و ان كان جزميا الى ان كونه ابنا لأبيه بقاعدة الفراش، و كون المال مال ابيه انما هو بقاعدة اليد أو اصالة الصحة، و عليه فلو لم نجز الحلف الا مع العلم الوجدانى انسد باب الحلف و غيره من ما هو فاصل للخصومات و تمام الكلام في محله.

(١) قوله و يمكن الفرق بين الطهارة و بين ما نحن فيه محصل ما افاده (رحمه الله) ان الطهارة و الملكية من الموضوعات الشرعية فما كان غير معلوم النجاسة طاهر فعلا بحكم الشارع كما ان الملكية المستندة الى سبب ملكية شرعية ظاهرة فإذا كان مورد الدعوى الطهارة أو الملكية يصح الحلف على الطهارة الفعلية أو الملكية الفعلية مستندا الى امانة أو اصل و هذا بخلاف مثل العيب الذى هو من الموضوعات الواقعية فمع عدم العلم به لا يمكن الحلف بتا على عدمه

(١) الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى من كتاب القضاء - حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الشهادات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٣

اقول ان كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفى العلم فى اسقاط اصل الدعوى بحيث لا يسمع البينة بعد ذلك ففيه اشكال. (١) نعم لو

اريد سقوط الدعوى الى ان تقوم البينة، (٢) فله وجه و ان استقرب فى مفتاح الكرامة ان لا يكتفى بذلك منه،

فيرد الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف و هذا اوفق بالقواعد.

ثم الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفى العلم على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولاً واحداً (٣) لكن الظاهر ان المفروض في التذكرة صورة الحاجة الى يمين نفى العلم، إذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البت، فلا حاجة الى عنوان مسألة اليمين على نفى العلم، لا ان اليمين على نفى العلم لا يكفى من البائع مع الاختبار، فافهم.

(١) قوله بحيث لا يسمع البينة بعد ذلك ففيه اشكال الاظهر عدم الاسقاط من جهة ان الحلف على نفى العلم فيما إذا كان مصب الدعوى هو الواقع لا أثر له الا فى الدعوى على الميت، مع انه لو سلم ترتب الاثر عليه مطلقاً بما ان سقوط الدعوى بحيث لا يسمع قول المدعى و ان اقام البينة بعد ذلك على خلاف القاعدة و ما دل عليه مختص باليمين البتية فلا وجه للاسقاط فى المقام.

(٢) قوله نعم لو اريد سقوط الدعوى الى ان تقوم البينة لا وجه لذلك ايضا لانه خلاف ما تضمن من النصوص «١» من جعل الايمان و البيئات ميزانا لفصل الخصومة فالمتعين على فرض عدم الحلف على الواقع ان يرد الحاكم اليمين على المدعى.

(٣) قوله بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولاً واحداً بل الحق عدم الاكتفاء بالحلف على نفى العلم مع امكان الاختيار و ان لم يختبر بالفعل حتى لو قلنا بالاكتفاء به مع عدم امكانه نعم ان كان مصب الدعوى هو العلم كفى الحلف على عدمه مطلقاً.

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى كتاب القضاء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٥٤

فرع لو باع الوكيل، فوجد به المشتري عيباً يوجب الرد رده على الموكل، لأنه المالك و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما امر به، فلا عهده عليه، و لو اختلف الموكل و المشتري فى قدم العيب و حدوثه، (١) فيحلف الموكل على عدم التقدم، كما مر و لا يقبل اقرار الوكيل بقدمه، لأنه اجنبى

اختلاف الموكل و المشتري

(١) مسألة لو اختلف الموكل و المشتري فى قدم العيب و حدوثه فللمسألة فروض:

الأول: ما إذا كان المشتري عالماً بالوكالة.

لا كلام فى انه يقدم قول الموكل مع يمينه على عدم التقدم، كما تسمع دعوى المشتري مع البينة، و لا يقبل اقرار الوكيل بالقدم لأنه اجنبى.

وقد استدلل لقبول اقراره بوجهين:

احدهما: ان الوكيل حيث يكون مالكا للتصرف فيكون اقراره نافذاً، لأن من ملك شيئاً ملك الاقرار به. و لا يصح الجواب عنه بان زوال وكالته يوجب زوال حكم اقراره،

فان اقراره بما يكون مالكا له حين التصرف نافذ، ألا ترى انه لو اقر الوكيل بالبيع يكون اقراره نافذاً بل الحق فى الجواب - بعد تسليم عموم القاعدة، و بعبارة اخرى: بعد تسليم الدليل عليها بهذا التعميم - ان كون المبيع معيماً ام صحيحاً غير قابل للوكالة و الاستنابة، فلا

ينفذ اقراره بالنسبة الى ذلك.

ثانيها: ما دل من النصوص «١» على ان الأمين لا يتهم و الوكيل امين، فيصدق في دعواه.

و فيه: ان ذلك مختص بما إذا لزم من عدم تأمينه تغريمه لا في مثل المقام مما لا شيء عليه على التقديرين كما لا يخفى. فالأظهر انه لا ينفذ اقراره.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الوديعه - وغيره من ابواب ساير الكتب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٥

و إذا كان المشتري جاهلا- بالوكالة و لم يتمكن الوكيل عن اقامة البيئه، فادعى على الوكيل بقدم العيب، (١) فإن اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل رده على الموكل، لأن اقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة الى الموكل لا يقبل الا بالبيئه، فله احلاف الموكل على عدم السبق (٢) لأنه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامه عنه فله عليه مع انكاره اليمين (و لو رد اليمين) على الوكيل، فحلف على السبق لزم الموكل و لو انكر الوكيل التقدم، (٣) حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل، لأنه لو اقر رده عليه، و هل للمشتري تحليف الموكل لأنه مقر بالتوكيل الظاهر لا، لأن دعواه على الوكيل يستلزم انكار وكالته و على الموكل يستلزم الاعتراف به، (٤) و احتمال

(١) الفرض الثاني: ما إذا كان المشتري جاهلا بالوكالة و لم يتمكن الوكيل من اقامة البيئه و اعترف بالتقدم رده المشتري على الوكيل، فهل للوكيل رده على الموكل، ام لا الا مع اقامة البيئه.

الظاهر هو الثاني، لأن اقراره بالسبق دعوى بالنسبة الى الموكل غير مشموله لقاعده من ملك لا تسمع الا مع البيئه،

(٢) و هل له احلاف الموكل على عدم السبق كما في المتن لكونه منكرا ام لا من جهة ان كل منكر ليس عليه اليمين، بل إذا كان عليه غرامة للمدعى باقراره و الغرامة هنا ليست للوكيل بل للمشتري؟ وجهان:

اوجههما الأول، من جهة ان هذه الغرامة توجهت بحسب الظاهر الى الوكيل، فحلف الموكل يوجب قرار الغرامة المتوجهة الى الوكيل على الموكل فعليه اليمين و لو رد الموكل اليمين على الوكيل فحلف على السبق لزم الموكل.

(٣) الفرض الثالث: ما إذا كان المشتري جاهلا بالوكالة و كان الوكيل غير متمكن من اقامة البيئه، منكر التقدم، حلف لدفع الغرامة المتوجهة ظاهرا نحوه لو اعترف عن نفسه و ان لم تكن الغرامة عليه واقعا،

و هل للمشتري تحليف الموكل؟ وجهان.

(٤) استدل المصنف (رحمه الله) للثاني: بان دعواه على الوكيل تستلزم انكار وكالته و على الموكل تستلزم الاعتراف بها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٦

و احتمال في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره، ثم إذا لم يحلف الوكيل و نكل، فحلف المشتري اليمين المردودة ورد العين على الوكيل، فهل للوكيل ردها على الموكل ام لا، وجهان، (١) بناهما في القواعد على كون اليمين المردودة كالبيئه، فينفذ في حق الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذ، (٢) و تنظر فيه في جامع المقاصد بان كونها كالبيئه لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل، لأن الوكيل معترف بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البيئه القائمة على السبق الكاذبة باعترافه، قال: اللهم الا ان يكون انكاره لسبق العيب استنادا الى الاصل، بحيث لا ينافي ثبوته و لا دعوى ثبوته كأن يقول لا حق لك على في هذه الدعوى، إذ ليس في المبيع عيب ثبت لك به الرد على، فإنه لا تمنع حينئذ تخريج المسألة على القولين المذكورين، انتهى.

وفيه: ان هذا يتم لو ادعى المشتري القطع بكذب الوكيل فى دعوى الوكالة، ولا يتم فيها إذا كانت دعواه من جهة كون العين تحت يده، مع انه يمكن ان يقال فى صورة القطع ايضا: ان له ذلك مؤاخذه له باقراره، كما عن جامع المقاصد.

(١) و لو نكل الوكيل الحلف فحلف المشتري اليمين المردودة ورد العين على الوكيل فهل يجوز للوكيل ان يردها على الموكل ام لا؟ وجهان.

(٢) بناهما فى القواعد على ان اليمين المردودة هل هى كالبينة الحالية عن الواقع التى تكون حجة مثبتة للمدعى به و ما يستخرج بها الحق فله ذلك،

ام هى كالاقرار الذى لا يملك به الوكيل الرد على الموكل كما تقدم؟

و فى حاشية السيد (رحمه الله): التحقيق عدم جريان حكم شىء من البينة و الاقرار عليه، فيرجع فيه الى مقتضى الاصول.

هذه المسألة: و هى مسألة ان اليمين المردودة- هل هى بمنزلة اقرار المنكر أو بمنزلة بينة المدعى غير معنونه فى كتاب القضاء، و هى ذات قولين عند اصحابنا، و خالفهم السيد فى ملحقات عروته، و تبعه بعضهم و فرعوا على القولين فروعا ليس المقام مقام التعرض لها، و انما نشير الى وجه التردد، و هو: انه قد حصر فى النصوص ميزان القضاة فى البينة و اليمين، و حيث ان المدعى لا يمين له فلا بد و ان يكون يمينه بمنزلة بينته أو بمنزلة اقرار المنكر الذى لا يبقى معه خصومة، فيكون الحصر محفوظا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٥٧

و فى مفتاح الكرامة ان اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد (١)

و المعروف بينهم انه كبينة المدعى اقول كونه كبينته لا ينافى عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل و تمام الكلام فى محله. الرابعة: لو رد سلعة بالعيب، فأنكر البائع انها سلعته، (٢) قدم قول البائع كذا فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد، لأصالة عدم حق له عليه و أصالة عدم كونها سلعته و هذا بخلاف ما لو ردها بخيار، فأنكر كونها له، فاحتمل هنا فى التذكرة و القواعد تقديم قول المشتري و نسبة فى التحرير إلى القيل لاتفاهما على استحقاق الفسخ بعد ان احتمل مساواتها للمسألة الأولى.

و وجه كونه كالاقرار: ان المنكر برده اليمين كأنه ملتزم بالمدعى به على تقدير حلف المدعى، و ليس معنى الاقرار الا-الالتزام بالمدعى به.

و وجه كونه كالبينة: ان جانب المدعى يطلب منه البينة لقوله البينة على المدعى و لو لا ان اليمين المردودة كالبينة لما ثبت بها دعواه. و تمام الكلام فى محله.

(١) قوله و فى مفتاح الكرامة ان اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد ليس مبنيا على ذلك فان بينة المشتري مع اعتراف الوكيل، بكذبها لا تجدى للوكيل، و لا يصح الاستناد إليها على الموكل: لعلمه بكذبها.

اختلاف المتبايعين فى كون المردود سلعة البائع

(٢) مسألة: لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع انه سلعته و الكلام فيها يقع فى فرعين:

الأول: ما لو اختلفا فى كون سلعة معينة معيبة سلعة البائع، و ادعى المشتري انها له، و البائع انكر ذلك، و ان سلعته صحيحة، و مقتضى ذلك الاختلاف فى الخيار، و الأظهر فيه تقديم قول البائع لأصلين: موضوعى، و حكمى.

اما الأصل الموضوعى: فهو أصالة عدم وقوع العقد على السلعة المعينة الخارجية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٨

اقول النزاع في كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف في الخيار و مع الاتفاق عليه، كما لا يخفى لكن ظاهر المسألة الاولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئا عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبه أو غيرها، و الحكم تقديم قول البائع مع يمينه. و أما إذا اتفقا على الخيار و اختلفا في السلعة، (١) فلذى الخيار حينئذ الفسخ من دون توقف على كون هذه السلعة هي المبيعه أو غيرها، فإذا فسخ و اراد رد السلعة فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصالة عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها. نعم استدل عليه في الايضاح بعد ما قواه بأن الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ و الاختلاف في موضعين: احدهما: خيانه المشتري فيدعيها البائع بتغير السلعة و المشتري ينكرها و الاصل عدمها (٢) الثاني: سقوط حق الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدعيه و المشتري ينكره و الاصل بقاءه (٣) و تبعه في الدروس، حيث قال: لو انكر البائع كون المبيع مبيعه، حلف و لو صدقه على كون المبيع معيوباً و انكر تعيين المشتري، حلف المشتري انتهى:

و بعبارة اخرى: عدم كون هذه السلعة واقعه موقع البيع لسبق اليقين بعدمها، و هذا هو المراد من اصالة عدم كونها سلعته. و أما الأصل الحكمي: فهو ان الخيار حق حادث مسبق بالعدم، و الأصل عدمه.

(١) الفرع الثاني: ما لو اتفقا على الخيار و اختلفا في كون العين المردودة سلعة البائع و فيه قولان: احدهما: انه يقدم قول البائع، و الوجه فيه: الأصل الموضوعي المشار إليه في الفرع الأول: ثانيهما: تقديم قول المشتري: و استدل له:

(٢) بان مرجع الاختلاف حينئذ الى ان البائع يدعي خيانه المشتري بتغير السلعة و ابراز سلعة اخرى مكانها، و الأصل عدمها. (٣) و بان البائع يدعي سقوط الخيار المتفق عليه و الاصل بقاءه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٩

اقول اما دعوى الخيانه فلو احتاجت الى الاثبات و لو كان معها اصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع، لوجب القول بتقديم قول المشتري في المسألة الاولى (١) و ان كانت هناك اصول متعددة على ما ذكرها في الايضاح، و هي اصالة عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحه القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه، لأن اصالة عدم الخيانه مستندها ظهور حال المسلم و هو وارد على جميع الاصول العمليه، (٢) نظير اصالة الصحه. و أما ما ذكره من اصالة صحه القبض فلم تتحقق معناها و ان فسرناها من قبله بما ذكرنا لكن اصالة الصحه لا تنتفع لاثبات لزوم القبض. (٣) و أما دعوى سقوط حق الخيار فهي انما تجدى

(١) و اورد المصنف (رحمه الله) على الاول: بان هذا الوجه يجرى في الفرع الاول ايضا.

(٢) و حيث ان مدركه ظهور حال المسلم فيكون هو واردا على جميع الاصول العمليه التي تكون مع البائع، فلا بد من القول بتقديم قول المشتري فيه ايضا.

و فيه: ان مدرك هذا الأصل ليس ظهور حال المسلم، إذ لا دليل على حجيه هذا الظهور، فان هذا الظهور كظهور حاله في عدم الكذب الذي لا يترتب عليه وجوب تصديقه،

بل الوجه فيه ان المشتري لثبوت الخيار له له الولاية على العين، فيصدق فيما له تلك لكونه امينا من قبل الشارع، فلا يتهم بالخيانه للنصوص.

و هذا لا يجرى في الفرع السابق لعدم ثبوت الخيار، فالولاية غير ثابتة.

و أما الوجه الثاني: فاورد عليه المصنف (رحمه الله): بانه يجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب، مع انه لا يثبت به وجوب قبول هذه السلعة الا من جهة التلازم الواقع بينهما،

و لا يثبت احد المتلازمين بالأصل الجارى فى الآخر، و هو متين،

و يمكن ان يقال: انه لا يجدى فى العيب ايضا مطلقا، إذ ربما يكونان متفقين على بقاء العين و يختلفان فى تعيينها.

(٣) قوله لكن اصالة الصحة لا تنفع لاثبات لزوم القبض يرد على ما افاده (قدس سره) ان اصالة صحة القبض بمعنى الخروج معه عن

الضمان لو جرت يثبت بها لزوم العقد فان الموجب للخيار هو تلف الوصف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٦٠

إذا كان الخيار المتفق عليه لاجل العيب، كما فرضه فى الدروس و الا-فاكثر الخيارات مما اجمع على بقاءه مع التلف على ان اصالة

عدم سقوط الخيار لا تثبت الا ثبوته لا وجوب قبول هذه السلعة الا من جهة التلازم الواقع بينهما. و لعل نظر الدروس الى ذلك لكن

للنظر فى اثبات احد المتلازمين بالأصل الجارى فى الآخر مجال، كما نبهنا عليه مرارا.

و أما الثانى: و هو الاختلاف فى المسقط

إشارة

ففيه ايضا مسائل:

الاولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه (١) قدم منكر العلم،

فيثبت الخيار.

الثانية: لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده، (٢) على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الارش بل و لا الرد، ففى تقديم

مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقاءه و عدم زواله المسقط للخيار أو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال

وجوده و هو غير ثابت

فلو ثبت الصحة بالمعنى المشار إليه ترتب عليها نفى الخيار و الحق ان يورد عليها بانها لا تجرى إذ قبض ذات المبيع معلوم و قبضه

موصوفا بالصحة غير معلوم و لا أصل يثبت قبضه كذبك

الاختلاف فى المسقط

(١) مسألة: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه قدم قول منكر العلم فيثبت الخيار:

لأن موضوع هذا الخيار مركب من العيب، و جهل المشتري لما عرفت من اختصاص النصوص بصورة الجهل، واحد الجزئين محرز

بالوجدان، و يجرى الأصل فى الجزء الآخر و هو الجهل، إذ العلم حادث مسبق بالعدم، و بضم الوجدان الى الأصل يثبت موضوع

الخيار، و معه لا تصل النبوة الى اصالة اللزوم، فقول المشتري موافق للأصل.

(٢) و لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده على القول بان زواله بعد العلم لا يسقط الارش، بل و لا الرد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٦١

فالاصل لزوم العقد و عدم الخيار وجهان: اقواهما الاول و العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده

قبل الرد تومئ الى الثانى، فراجع.

و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال احد العيين، (١) فى كون الزائل هو القديم حتى لا-يكون خيار أو الحادث حتى يثبت

الخيار، فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار و لا يعارضه اصالة بقاء الجديد لان بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار الا

من حيث استلزامه لزوال القديم، و قد ثبت في الاصول ان اصاله عدم احد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه

فان قلنا: بانه لا فرق في الحكم بين كون الزوال قبل العلم أو بعده لا مجال لهذه المسألة،

و انما الكلام فيها لو قلنا بالفرق، و حينئذ ان قلنا بان الخيار لا يثبت الا بعد ظهور العيب قدم قول مدعى عدم ثبوت الخيار لأصاله عدمه، و لا تجرى اصاله عدم زوال العيب و بقاءه لمعارضتها مع اصاله عدم ظهور العيب الى حين زوال العيب و تساقطهما معا. و ان قلنا: بانه يثبت من حين العقد و ان زوال العيب يوجب رفعه، فاصالة عدم زوال العيب قبل العلم يترتب عليها عدم سقوط الخيار و بقاءه،

و لا تعارضها اصاله عدم العلم قبل الزوال لعدم ترتب الأثر عليها.

(١) و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال احد العيين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت، فان قلنا بان العيب الجديد بنفسه مانع شرعا عن الخيار فاصالة بقاء العيب الجديد يترتب عليها الأثر و تجرى، و حينئذ ان بنينا على ان زوال القديم لا يوجب سقوط الخيار، فاصالة بقاءه لا أثر لها فلا تجرى، و ان انعكس انعكس.

و ان بنينا على ان زوال القديم مسقط للخيار، و بقاء العيب الجديد مانع عن الخيار،

و ادعى المشتري زوال الجديد، و ادعى البائع زوال القديم، ففي الحقيقة البائع يدعى عدم المقتضى للخيار، و المشتري يدعى عدم المانع عنه، و كل منهما يدعى بقاء ما يدعى الآخر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٢

لكن المحكى في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال: لو اشترى عبدا و حدث في يده نكته بياض بعينه و وجد نكته قديمة، ثم زالت احدهما. فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادث و لى الرد قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد و استفاد المشتري بيمينه اخذ الارش، انتهى.

الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه، (١) فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه، ففي الدروس انه كالعيب المنفرد يعني انه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا في السبق و التأخر. و لعله لأصاله عدم التقدم (٢)

و يمكن ان يقال: ان عدم التقدم هناك راجع الى عدم سبب الخيار. و أما هنا فلا يرجع الى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، و قد مر غير مرة ان اصاله التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، (٣) و انما يثبت بها عدم التقدم الذي لا يثبت به التأخر، ثم قال في الدروس لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري و انكر المشتري احتمال حلف المشتري لأن الخيار متيقن، و الزيادة موهومة، و يحتمل حلف البائع اجراء للزيادة مجرى العيب الجديد

زواله، اما المشتري فهو يدعى بقاء القديم تحقيقا للمقتضى، و البائع يدعى بقاء الجديد اسقاطا لدعوى المشتري من الحلف على عدم زواله، فيتحالفان، و لعل نظر الشافعي الى هذه الصورة، فلا يراد عليه.

(١) لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه، ففيها وجوه و اقوال.

(٢) الاول ما عن الشهيد و هو انه يقدم قول البائع لأصاله عدم التقدم.

(٣) و اورد عليه المصنف (رحمه الله) بان هذا الاصل لا يجرى في المقام لانه لا يثبت به حدوث العيب في الزمان المتأخر الذي هو المسقط للخيار فظاهر المصنف (رحمه الله) الالتزام بالوجه الثاني و هو انه يقدم قول المشتري لأصاله بقاء الخيار عند الشك في سقوطه و هناك وجه ثالث و هو الاظهر و هو اجراء حكم التداعي، فان البائع يدعى حدوثه عند

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٣

اقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد و ان حلف البائع فيه محل نظر، ثم انه لا بد من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه انه كان متقدما أو متأخرا.
و أما إذا اختلفا في اصل الزيادة، فلا اشكال في تقديم قول المشتري.
الرابعة: لو اختلفا في البراءة قدم منكرها، (١) فيثبت الخيار لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة لزوم العقد.
و ربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال: كتبت الى ابي الحسن (عليه السلام) جعلت فداك: المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه

المشتري فخياره ساقط و الثابت عليه خصوص الارش و المشتري ينكر ذلك و الاصل معه و هو استصحاب بقاء الخيار و لا يجرى أصالة عدم العيب الى ما بعد القبض لانه لا يثبت بها الحدوث عند المشتري الذي هو المسقط للخيار، و المشتري يدعى حدوث العيب عند البائع فيستحق الارش الزائد و البائع ينكره و الاصل معه و هو أصالة عدم تحققه الى حال القبض فكل منهما مدع من جهة و منكر من جهة اخرى فيتحالفان.

اختلاف المتبايعين في البراءة

و لو اختلفا في البراءة و ادعى البائع التبري من العيوب و انكره المشتري.

(١) قال المصنف (رحمه الله) قدم منكرها و الكلام في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الأول: فمقتضى أصالة البراءة تقديم قول المشتري، فان موضوع الخيار مركب من العيب و عدم البراءة، و أحد الجزئين محرز بالوجدان، و الآخر بالأصل فيثبت الموضوع و يترتب عليه الخيار، و هو حاكم على أصالة اللزوم.
و أما الثاني: فربما يتراءى من مكاتبة «١» جعفر بن عيسى المتقدمة المذكورة في المتن انه يقدم قول البائع

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب احكام العيوب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٤

برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادعى عيوبها و انه لم يعلم بها، فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم اسمع البراءة منها أ يصدق فلا يجب عليه ام لا يصدق؟
فكتب (عليه السلام) ان عليه الثمن، الخبر.

و عن المحقق الاردبيلي انه لا يلتفت الى هذا الخبر لضعفه مع الكتابة و مخالفة القاعدة، انتهى (١)

و ما ابعد ما بينه و بين ما في الكفاية، من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البيئه على المدعى و اليمين على من انكر.

(١) و اورد عليها المحقق الاردبيلي (رحمه الله): بضعف السند و مخالفتها للقاعدة اما دعوى ضعف السند فيدفعها ان الشيخ (رحمه الله) يرويها بسنده عن الصفار عن محمد ابن عيسى عن جعفر بن عيسى، و سند الشيخ (رحمه الله) الى الصفار صحيح، و محمد بن عيسى بن عبيد و ان ضعفه جمع الا ان منشأ تضعيف الجميع كلام الصدوق الذي قال: لا أروى ما يختص بروايته عن يونس، و منشأ

ذلك ابن الوليد ولا يعأ به، فان اعتقاده انه يعتبر فى الاجازة ان يقرأ على الشيخ أو يقرأ الشيخ عليه، و يكون السامع فاهما لما يرويه، و كان لا يعتبر الاجازة المشهورة و كان محمد بن عيسى صغير السن فى زمان يونس و لا يعتمدون على فهمه حين القراءة و لا على اجازة يونس له،

و هذا كما ترى لا يصلح منشأ للضعف، لا سيما و قد صرح جمع من الأساطين بوثاقته، و اخوه جعفر ايضا ثقة أو حسن. مع ان الأصحاب اعتمدوا على هذه المكاتبه فى غير المقام، و هو جابر للضعف لو كان. و أما مخالفتها للقاعدة فلا تصلح مانعة عن العمل بها لو كانت، و الحق انها لا تنافى القاعدة من جهة التوجيه الذى افاده المصنف (رحمه الله).

و حاصله: ان قول البائع فى مفروض الخبر موافق للظاهر لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فيقدم قوله مع يمينه المعلوم من الخارج منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٦٥ و فى كل منهما نظر (١)

و فى الحدائق: ان المفهوم من مساق الخبر المذكور، ان انكار المشتري انما وقع مدالسة لعدم رغبته فى المبيع و إلا، فهو عالم بتبرى البائع و الإمام (عليه السلام) انما الزمه بالثمن من هذه الجهة. و فيه ان مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرى المنكر له فيما بينه و بين الله بل الظاهر من سياق السؤال استعلام من يقدم قوله فى ظاهر الشرع من البائع و المشتري، مع ان حكم العالم بالتبرى المنكر له مكابرة معلوم لكل احد خصوصا للسائل كما يشهد به قوله أ يصدق ام لا يصدق، الدال على وضوح حكم صورتى صدقه و كذبه، و الاولى توجيه الرواية بأن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء فدعوى المشتري مخالفة للظاهر، نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع، بقى فى الرواية اشكال آخر، من حيث ان البراءة من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى فى سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه فى متن العقد و يمكن التفصلى عنه. اما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد (٢) بعد وقوع العقد عليه، كما يأتى فى باب الشروط. و أما بدعوى أن نداء الدلال بمنزلة الايجاب

حينما يقال ان القول قول البائع أو المشتري.

و أما ما افاده فى الحدائق فيرد عليه ما فى المتن.

(١) قوله و فى كل منهما نظر اما وجه النظر فى كلام المحقق الاردبيلي فقد تقدم و أما وجه النظر فى ما فى الكفاية فهو ما تقدم من ان الاصل مع المشتري و لكن من المحتمل ان يكون نظر صاحب الكفاية الى ما افاده المصنف (رحمه الله) من كون قول البائع فى مورد الرواية موافقا للظاهر فيوافق قاعدة البيئنة على المدعى و اليمين على من انكر.

(٢) قوله يمكن التفصلى عنه اما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد هذا مما لا يلتزمون به فان الشرط من الانشائيات و مجرد البناء عليه فى ضمن العقد لا يكفى فى انشائه و ذكره قبل العقد كعدم

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٦٦

لأنه لا ينادى إلا بعد أن يرغب فيه احد الحضار بقيمته، فينادى الدلال و يقول بعتك هذا الموجود بكل عيب و يكرر ذلك مرارا من دون ان يتم الايجاب،

حتى يتمكن من ابطاله عند زيادة من زاد.

و الحاصل جعل نداءه ايجابا للبيع، و لو ابيت الا عن ان المتعارف فى الدلال كون نداءه قبل ايجاب البيع، امكن دعوى كون المتعارف

في ذلك الزمان غير ذلك،

مع ان الرواية لا تصریح فيها بكون البراءة في النداء قبل الايجاب كما لا يخفى.

ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة (١) لأنه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البراءة واقعا.

الخامسة: لو ادعى البائع رضاء المشتري به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الامور،

و الصحيح في التفصي عنه بناء على كون التبرى من العيوب من قبيل شرط سقوط الخيار- اما بما ذكره من كون نداء الدلال بمنزلة الايجاب أو انه لا تصریح في المكاتبه بكون النداء قبل الايجاب كما هو واضح و أما بناء على كونه عبارة عن عدم الالتزام بصحة المبيع و هو من جهة كونه رافعا لمنشأ الخيار بسقط به ذلك فالامر سهل فانه ليس من قبيل الشرط حتى يحتاج الى الانشاء.

(١) قوله ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة و الوجه فيه ان مصب الدعوى هو العلم و عدمه فان المسقط هو التبرى المعلوم للمشتري فيكفى الحلف على نفى العلم هذا إذا كان مدرک تأثير التبرى رجوعه الى شرط عدم الخيار فانه حينئذ يعتبر فيه القبول فلا يعقل بلا التفات و علم من المشتري و أما ان كان المدرک ان الخيار من جهة الالتزام بالصحة و التبرى بمعنى عدم الالتزام بصحة المبيع- فهو و ان كان امرا واقعا يعلم تارة و يجهل اخرى الا انه يكتفى فيه بالحلف على عدم العلم مع عدم التمكن من اليمين البتية لكون المورد فعل الغير و المشهور الاكتفاء فيه بالحلف على نفى العلم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٧

و لو وجد في المعيب عيب اختلفا في حدوثه و قدمه (١) ففي تقديم مدعى الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدم سابقا في دعوى تقدم العيب و تأخره أو مدعى عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب و الشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري فالاصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمه المشتري.

و أما الثالث: [الاختلاف في الفسخ]

ففيه مسائل:

الاولى: لو اختلفا في الفسخ فإن كان الخيار باقيا فله إنشاؤه. (٢) و في الدروس انه يمكن جعل اقراره انشاءه (٣) و لعله لما اشتهر من ان من ملك شيئا ملك الاقرار به (٤)

(١) قوله و لو وجد في المعيب عيب اختلفا في حدوثه و قدمه الظاهر ان هذا تكرار لما في المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف في المسقط

اختلاف المتبايعين في الفسخ

(٢) و لو اختلفا في الفسخ و ادعاه المشتري و انكره البائع و الكلام فيه في موردين:

الأول: فيما إذا كان الخيار باقيا.

الثاني: فيما إذا كان منقضيا.

اما الأول: فلا اشكال و لا كلام في ان له انشاؤه،

(٣) انما الكلام فيما افاده الشهيد (رحمه الله) من انه يمكن جعل اقراره انشاءه ظاهر هذه العبارة كون اقراره نافذ الا من جهة انه اخبار بالفسخ، بل من جهة كونه انشاء له، و عليه فما استدلل به المصنف (رحمه الله) له.

(٤) من قاعدة من ملك اجنبي عن مراده و كيف كان: فان كان مراده جعل الاقرار نافذا من حيث انه انشاء له، فيرد عليه: ان الاخبار و الانشاء متقابلان، فعلى القول بانه يعتبر في الفسخ الذي حل العقد ما يعتبر في العقد من الانشاء لا يكفي ذلك، نعم لو قلنا بانه لا يعتبر فيه سوى عدم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٨

كما لو ادعى الزوج الطلاق، و يدل عليه بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعق مملوكه (١) ثم جاء العبد يدعى النفقة على ايتام الرجل و أنه رق لهم و سيجيء الكلام في فروع هذه القاعدة، و ان كان بعد انقضاء زمان الخيار (٢) كما لو تلف العين افتقر مدعيه الى البيئه و مع عدمها حلف الآخر على نفى علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه،

الالتزام بالعقد كفي ذلك، لكن المبني بمراحل من الواقع.

و ان كان مراده جعل الاقرار نافذا من جهة انه اقرار بفعل له السلطنة عليه، تم ما افاده لقاعدة من ملك و لقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم من جهة انه اقرار بعدم حق الخيار له، و ان كان لازمه استحقاق استرداد الثمن.

(١) قوله و يدل عليه بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعق مملوكه الظاهر ان لفظ العتق غلط من الناسخ، أو سهو من القلم بدل عن لفظ البيع فان الخبر وارد «١» في بيع المملوك- و على أي حال هو لا- يدل على ذلك فانه متضمن لقضية في واقعة و لعله (عليه السلام) كان مطلعاً على كذب الغلام- و لذا هو (قدس سره) في رسالته في هذه القاعدة لم يستدل بهذا الخبر مع استقصائه لجميع ما استدلل به و ما يمكن ان يستدل به على هذه القاعدة و أما الثاني: و هو ما إذا كان بعد انقضاء زمان الخيار فلا اشكال في انه ليس له انشاؤه، و لا في عدم العبرة باقراره من جهة انه انشاء،

انما الكلام في انه هل ينفذ اقراره. من جهة كونه اخباراً عن الفسخ ام لا؟

الظاهر ان له ذلك لما تقرر في محله و اشرنا إليه سابقاً من ان مقتضى قاعدة من ملك نفوذ اقراره من هو مسلط على تصرف بذلك التصرف و ان كان زمانه ماضياً، و لذا لا شبهة في نفوذ اقرار الوكيل بالبيع إذا انكر الموكل وقوعه.

و في المقام بما انه اقرار بما يكون له تشمله القاعدة،

فما قيل من افتقار مدعيه الى البيئه في غير محله.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب بيع الحيوان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٩

ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرش لثلاثين يوماً من الحقين أم لا لإقراره بالفسخ و زاد في الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على القيمة من الثمن أن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص في قدر القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقاً على التقديرين،

انتهى.

الثانية: لو اختلفا في تأخر الفسخ عن اول الوقت (١) بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعي التأخير لأصالة بقاء العقد (٢) و عدم حدوث الفسخ في اول الزمان (٣) أو مدعي عدمه لأصالة صحة الفسخ (٤) وجهان: و لو كان منشأ النزاع الاختلاف في زمان وقوع العقد

(١) لو اختلفا في تأخر الفسخ عن اول الوقت بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعي التأخير، أو مدعي عدمه وجهان:

الكلام يقع في موردين:

الأول فيما إذا اختلفا في زمان الفسخ.

الثاني: فيما إذا اتفقا عليه و اختلفا في زمان وقوع العقد.

اما المورد الأول: فقد ذكر المصنف (رحمه الله) لتقديم قول مدعى التأخير اصليين:

(٢) اصاله بقاء العقد.

(٣) و اصاله عدم حدوث الفسخ في اول الزمان.

اما اصاله بقاء العقد فهي لا تجرى لكونها محكومة لأصاله بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ، و أما اصاله عدم حدوث الفسخ في

اول الزمان فهي لا تجرى لعدم كون الفسخ في اول الزمان بهذا العنوان موضوعا للأثر، بل الموضوع هو الفسخ في حال له الخيار،

فيجرب استصحاب بقاء زمان الخيار خاصة، و يترتب عليه تأثير الفسخ.

(٤) و قد ذكر (قدس سره) لتقديم قول مدعى عدم التأخير اصاله صحة الفسخ و فيه: ان المختار عنده- على ما صرح به في آخر كتاب

البيع- و عندنا- على ما حققناه في رساله (القواعد الثلاث) المطبوعه- انه يعتبر في جريان اصاله الصحة في شىء احراز قابلية المحل

عقلا، و من الواضح ان الفسخ بعد انقضاء زمان الخيار غير مؤثر عقلا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٠

مع الاتفاق على زمان الفسخ (١) ففي الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضعف بأن اصاله تأخر العقد الراجع حقيقه الى اصاله

عدم تقدمه على الزمان المشكوك و وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ في اول الزمان. و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في

عده المطلقة و ادعت هي تأخره عنها. (٢)

الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته (٣) سمع قوله ان احتمال في حقه الجهل للاصل و قد يفصل بين

الجهل بالخيار فلا يعذر الا إذا نشأ في بلد لا يعرفون الاحكام و الجهل بالفورية فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامة

إذا لا فسخ لمن لا حق له عقلا.

فتحصل: انه يقدم قول مدعى عدم التأخير لأصاله بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ لا لأصاله الصحة.

(١) و أما المورد الثاني: فالحق فيه ايضا تقديم قول مدعى عدم من جهة اصاله بقاء الزمان الخيار الى زمان الفسخ المعلوم، و أما

اصاله تأخر العقد فكما لا يثبت بها وقوع الفسخ في الزمان الأول، كذلك لا يثبت بها وقوع المتقدم في آخر الوقت.

(٢) قوله و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع بمعنى اصل المسألة لا خصوص الفرض الثاني كما لا يخفى.

(٣) قوله الثالث لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته بناء على عدم كون هذا الخيار على الفور لا يبقى مورد

لهذا البحث،

كما انه على القول بان وجوده الواقعي فوري لا مورد لهذا النزاع ايضا و أما ان قلنا بان وجوده المعلوم فوري بحيث لا فورية الا بعد

العلم باصل الخيار- فللنزاع في العلم بالخيار و الجهل به مجال فانه على الجهل له اعماله و على العلم ليس له ذلك و أما النزاع في

العلم بالفورية و الجهل بها فانما يتصور له مورد لو كان فورية الخيار مقيدة بالعلم بالفورية بالنحو المعقول و على أى حال يقدم قول

المشتري ان احتمال في حقه الجهل للاصل أى اصاله عدم العلم الا إذا كان قوله مخالفا للظاهر بان يكون في بلد اهله يعرفون الاحكام

فيكون مدعى لا يقبل قوله الا بالبينة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧١

القول في ماهية العيب

و ذكر بعض افراده (١)

اعلم ان حكم الرد و الارش معلق في الروايات على مفهوم العيب و العوار.

اما العوار ففي الصحاح انه العيب و أما العيب فالظاهر من اللغة و العرف انه النقص عن مرتبة الصحة (٢) المتوسطة بينه و بين الكمال، فالصحة ما يقتضيه اصل الماهية المشتركة بين افراد الشيء لو خلى و طبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه ثم مقتضى حقيقة الشيء قد يعرف من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان الاناسي و غيره فإنه يعلم ان العمى عيب و معرفة الكتابة في العبد و الطبخ في الأمة كمال فيهما و قد يستكشف ذلك بملاحظة اغلب الافراد فإن وجود صفة في اغلب افراد الشيء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين افراد و كون التخلف في النادر لعارض.

بيان حقيقة العيب.

(١) قوله القول في ماهية العيب و ذكر بعض افراده تحقيق القول في المقام في طي مسائل الاولى في بيان ماهية العيب، و استقصاء القول فيها بالبحث في جهات الاولى انه طفحت كلماتهم تبعاً لمرسل السيارى «١» بان (كل ما زاد أو نقص عن الخلقة الاصلية فهو عيب، و هذه عبارة اخرى عما في المتن.

(٢) انه النقص عن مرتبة الصحة و ظاهر ذلك ان كل ما ثبت في اصل الخلقة من الأجزاء و الأوصاف فزاد ذلك السيئ أو نقص فهو عيب، فينحصر العيب في الزيادة و النقيصة الخلقية، و عبر جماعة عن ذلك بالخروج عن المجرى الطبيعي، و لكن المفهوم العرفي من العيب اعم من ذلك، فان الخراج الثقيل الخارج عما جرت العادة عليه في الأراضي عيب عند العرف، مع ان الخراج اجنبي عن الخلقة الاصلية للأرض، و هو في الشرع أيضاً كذلك، فان عدم حيض الجارية المدركة

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٢

و هذا و ان لم يكن مطرداً في الواقع إذ كثيراً ما يكون اغلب الافراد متصفة بصفة لأمر عارضى أو لأمر مختلفه، الا ان بناء العرف و العادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال اغلب الافراد. و من هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة اغلب الافراد فإن وجود الشيء في اغلب الافراد و ان لم يمكن الاستدلال به على وجوده في فرد غيرها لاستحالة الاستدلال و لو ظنا بالجزئي على الجزئي الا انه يستدل من حال الاغلب على حال القدر المشترك ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك. إذا عرفت هذا تبين لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعي و هو ما يقتضيه الخلقة الاصلية.

جعل في النص عيباً، مع انه ربما يكون احتباس الدم لعارض مزاجي لا لنقص في الخلقة،

و حمل الجارية جعل عيباً موجبا للخيار، مع انه ليس زيادة أو نقصاً في الخلقة، و كذلك اباق العبد، فيعلم من ذلك ان العيب الشرعي اعم من الكلية المذكورة.

فالمعين اما البناء على ان الخبر ورد لبيان العيب لا لتحديده،

أو التصرف في الكلية بحملها على خلاف ظاهرها، و هو كون الخلقة اسماً لمعنى مصدرى يراد به ما عليه الشيء من الهيئة، فيعم كل نقص أو زيادة و ان لم يكن من اجزائه الاصلية، بل و ان كان الوصف الزائد اعتبارياً ككون المزرعة ثقيلة الخراج و نحو تلك من

الأوصاف الاعتبارية.

الجهة الثانية: بعد ما عرفت التوسعة في العيب، فقد يكون شيء واحد معيبا بملاحظة الخلقة الأصلية، و غير معيب بالاضافة الى الحقيقة العادية الثانوية، و قد ينعكس الأمر،

و على التقديرين ان كان ذلك بالاضافة الى جهتين فلا اشكال في ان لكل منهما حكمها،

مثلا لو كانت الأرض غير قابلة للزرع لكنها خفيفة الخراج فهي معيوبة باعتبار الخلقة الأصلية، و صحيحة باعتبار العادة الثانوية. و لو كانت قابلة للزرع لكنها ثقيلة الخراج فهي صحيحة بالاعتبار الأول و معيوبة بالثاني، و في الفرضين يجرى حكم العيب إذ لا يجب ان يكون الشيء

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٣

و ان المراد بالخلقة الاصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع، و ان ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب و ما خرج عنه بالمزية فهو كمال فالضعية إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه اغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب، و نقصه عنه كمال و كذا كونها مورد العساكر ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية و حال اغلب الافراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثاني (١) و حكم للشيء بحقيقته ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة إليها. و من هنا لا يعد ثبوت الخراج على الضعية عيبا مع ان حقيقتها لا تقتضى ذلك و انما هو شيء عرض اغلب الافراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية فالعيب لا يحصل الا بزيادة الخراج على مقتضى الاغلب.

معيوبا من جميع الجهات في ترتب احكام العيب، بل يكفى التعيب من جهة واحدة.

و انما الكلام فيما إذا كان الاختلاف من جهة واحدة، كما إذا كان العبد الكبير اغلف فانه تام من حيث الخلقة، و معيوب باعتبار العادة الثانوية، إذ جرت العادة على الختان،

و يجب ذلك، و العبد مورد للخطر عند الختان، و كما إذا كانت الأمة ثيبه فان فيها نقصا خلقيا و تامة عادية.

و هذا هو مورد بحث المصنف (رحمه الله) حيث قال:

(١) ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الاصلية و حال اغلب الافراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثاني.

و المفروض في كلامه المفروغيه عن عدم الخيار فيما إذا كان بحسب الحقيقة الثانوية غير معيوب، و انما جعل مورد البحث ان ما هو كذلك، اى نقص أو زيادة بحسب الحقيقة الأولية و لا يكون كذلك بحسب الحقيقة الثانوية، هل يكون عيبا موضوعا و انما لا يلحقه حكم العيب، أو انه ليس بعيب موضوعا؟

و وجه الأول ان العيب هو النقص أو الزيادة بحسب الخلقة الأصلية، و انما يعتنى بوجود الصفة في اغلب افراد الطبيعة من جهة كشفه عن الخلقة الأصلية، و هذا انما يكون مع الجهل بها

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٤

و لعل هذا هو الوجه في قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم في ان الثيوبه ليست عيبا في الاماء، و قد ينعكس الامر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الاصلية و الصحة بالخروج الى مقتضى الحقيقة الثانوية كالغلفه فإنها عيب في الكبير لكونها مخالفة لما عليه الاغلب الا- ان يقال ان الغلفه بنفسها ليس عيبا انما العيب كون الاغلف موردا للخطر بختانه. و لذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير.

و يمكن ان يقال ان العبرة بالحقيقة الاصلية و النقص عنها عيب و ان كان على طبق الاغلب (١) الا ان حكم العيب لا يثبت مع اطلاق العقد حينئذ لأنه انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد فإذا فرض الاغلب على

خلاف مقتضى الحقيقة الأصلية لم يقتض الاطلاق ذلك بل اقتضى عكسه اعنى التزام البراءة من ذلك النقص فاطلاق العقد على الجارية بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب الثيوبه

و أما مع العلم بالخلقة الأصلية فلا- يعنى بالكاشف. نعم لا- يلحقه حكم العيب من جهة ان حكم العيب انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة، فيكون كما لو التزمه صريحا فى العقد. فمع فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة لا يقتضى الاطلاق ذلك،

بل يقتضى الالتزام بالبراءة من ذلك العيب، فلا يثبت الخيار من هذه الجهة.

و وجه الثانى: ان الغلبة بمنزلة الحقيقة الأصلية، و ان لها موضوعية كما تقدم،

مع ان مقتضى خبر سماعه فى الرجل يشتري جارية على انها بكر و لم يجدها كذلك،

قال (عليه السلام). لا ترد عليه، و لا يجب عليه شىء، انه قد يكون يذهب فى حال مرض أو امر يصيبها «١»

(١) و المصنف (رحمه الله) قوى الوجه الاول و لكن الأظهر هو التفصيل، إذ قد يكون شيوخ النقص أو الزيادة لمصلحة شخصية أو نوعية، كالتحان، فانه نقص امر به الشارع لمصلحة شخصية، و كالخراج، فانه لغرض نوعى عقلايى، و فى مثل ذلك لا يعد عيبا لما عرفت من انه ليس المدار على خصوص الخلقة الأصلية

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٧٥

و كذا الغلظة فى الكبير فهى ايضا عيب فى الكبير لكون العبد معها موردا للخطر عند التحان الا- ان الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لما كان هى الغلظة لم يقتض الاطلاق التزام سلامته من هذا العيب بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب. فقولهم ان الثيوبه ليست عيبا فى الاماء.

و قول العلامة فى القواعد ان الغلظة ليست عيبا فى الكبير المجلوب لا يبعد ارادتهم نفى حكم العيب من الرد و الارش لا نفى حقيقته و يدل عليه نفى الخلاف فى التحرير عن كون الثيوبه ليست عيبا مع انه فى التحرير و التذكرة اختار الارش مع اشتراط البكارة مع انه لا ارش فى تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر.

و تظهر الثمرة فيما لو اشترط المشتري البكارة و التحان فإنه يثبت على الوجه الثانى حكم العيب من الرد و الارش لثبوت العيب غاية الامر عدم ثبوت الخيار مع الاطلاق لتزله منزلة تبرى البائع من هذا العيب فإذا زال مقتضى الاطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب و أما على الوجه الأول فإن الاشتراك لا يفيد الاخير تخلف الشرط دون الارش لكن الوجه السابق اقوى عليه فالعيب انما يوجب الخيار إذا لم يكن غالبا فى افراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها و الغلبة الصنفيه مقدمة على النوعية عند التعارض فالثيوبه فى الصغيرة الغير المجلوبه عيب لانها ليست غالبية فى صنفها و ان غلبت فى نوعها.

ثم ان مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص للشىء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فإن (١) الانسان الخصى ناقص فى نفسه و ان فرض زيادته من حيث كونه مالا

و قد يكون لا لمصلحة بل لجهة اخرى كثيوبه الأمه، و فى مثل ذلك يكون عيبا و لا عبرة بالغلبة، و هى من حيث هى ليست بمنزلة الخلقة الأصلية كما افاده المصنف (رحمه الله) و الخبر لا يدل على ازيد من نفى الخيار.

(١) الجهة الثالثة: هل يعتبر فى صدق العيب ان يكون موجبا لنقص المالىة فالتقص أو الزيادة خلقه و عادة غير المنقص للمالية لا يكون

عيبا، ام لا يعتبر ذلك؟ وجهان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٦

و كذا البغل الخصى حيوان ناقص و ان كان زائدا من حيث المالىة على غيره،
و لذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الارش فى مثل ذلك.

و يحتمل قويا ان يقال ان المناط فى العيب هو النقص المالى فالنقص الخلقى الغير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيبا الا ان
الغالب فى افراد الحيوان لما كان عدمه كان اطلاق العقد منزلا على اقدم المشتري على الشراء مع عدم هذا النقص اعتمادا على الاصل
و الغلبة فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط فى العقد لا يوجب تخلفه الا خيار تخلف الشرط، و يظهر الثمرة فى طرو موانع الرد
بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فتأمل. (١)

و فى صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو فى مدة الخيار فإنه مضمون على الاول بناء على اطلاق كلماتهم ان العيب مضمون على
البائع بخلاف الثانى فإنه لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض أو فى مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه سببا للخيار

لا اشكال فى ان مطلق الزيادة أو النقيصة الخلقية أو العادية لا يكون عيبا كحده بصر العبد، و زيادة شعر رأس الجارية و ما شابه تلكم،
كما لا إشكال فى انه ليس المدار على الزيادة و النقص من حيث المالىة فقط، و الا لكانت الأشياء المختلفة من حيث المالىة بعضها
صحيحا و بعضها معيبا، و ان لم يختلفا من حيث الأجزاء الأصلية.

انما الكلام فى انه إذا كانت الزيادة أو النقيصة الموجبة للنقص فى الشىء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه غير موجبة للنقص
فى المالىة من جهة تلازم النقص من هذه الجهة لأثر آخر و خاصية اخرى مترتبة عليه، هل تكون عيبا ام لا؟
و الظاهر صدق العيب عليها، إذ المدار ليس على المالىة.

(١) قوله فتأمل الامر بالتأمل اشارة الى ما افاده فى بحث موانع الرد من ان ادلتها مختصة بصورة ثبوت الارش - و قد تقدم ما عندنا و
عرفت ان مرسل جميل يعم صورة عدم ثبوت الارش فهذه الثمرة موجودة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٧

و للنظر فى كلا شقى الثمرة مجال (١)

و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسله السيارى الحاكية لقصة ابن ابى ليلى، (٢) حيث قدم إليه رجل خصما له
فقال: ان هذا باعنى هذه الجارية فلم اجد على ركبها حين كشفها شعرا و زعمت انه لم يكن لها قط، فقال له ابن ابى ليلى: ان الناس
ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذى كرهت، فقال له:

ايها القاضى ان كان عيبا فاقض لى به، قال فاصبر حتى اخرج اليك فإنى اجد أذى فى بطنى، ثم دخل بيته و خرج من باب آخر فأتى
محمد بن مسلم الثقفى فقال له: أى شىء تروون عن ابى جعفر فى امرأة لا تكون على ركبها شعرا أ يكون هذا عيبا، فقال له محمد بن
مسلم: اما هذا نصا فلا- اعرفه و لكن حدثنى أبو جعفر عن ابيه عن آبائه عن النبى (صلى الله عليه و آله) قال كل ما كان فى اصل
الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب، فقال له ابن ابى ليلى: حسبك هذا فرجع الى القوم فقضى لهم بالعيب. فإن ظاهر اطلاق الرواية المؤيد
بفهم ابن مسلم من حيث نفي نصوصية الرواية فى تلك القضية المشعر بظهورها فيها و فهم ابن ابى ليلى من حيث قوله و عمله كون
مجرد الخروج عن المجرى

(١) قوله و للنظر فى كلا شقى الثمرة مجال مراده شقا الثمرة الثانية، و هما ضمان النقص قبل القبض، و فى مدة الخيار و هو فى محله،
فان تلف وصف المبيع إذا كان مشمولا لقاعدة كون التلف قبل القبض من البائع، «١» و قاعدة كون التلف فى زمان الخيار ممن لا

خيار له (٢) كان تلف الوصف الملتزم به أيضا كذلك و لا يقاس ذلك بتلف ما التزم به البائع بما هو اجنبى عن تلف المبيع.
(٢) و أما خبر السيارى المذكور فى المتن «٣» فهو ضعيف السند لاتفاق الرجاليين على كون احمد بن محمد السيارى راوى الخبر ضعيف فاسد المذهب. و قد اجاب عنه المصنف (رحمه الله) باجوبة اخر سيمر عليك ما فيها.

(١) الوسائل - باب ١٠- من ابواب الخيار و المستدرک - باب ٩- من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٨- من ابواب الخيار.

(٣) الوسائل - باب ١- من ابواب العيوب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٧٨

الطبيعى عيبا و ان كان مرغوبا فلا- ينقص لأجل ذلك من عوضه كما يظهر من قول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون، الخ. و تقرير المشتري له فى رده لكن الانصاف عدم دلالة الرواية على ذلك.

اما اولاً: فلأن ظاهر الحكاية ان رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر (١) بل لكونها فى اصل الخلقة، كذلك الكاشف عن مرض فى العضو أو فى اصل المزاج كما يدل عليه عدم اكتفائه فى عذر الرد بقوله لم اجد على ركبها شعرا حتى ضم إليه دعواه انه لم يكن لها قط. و قول ابن ابى ليلى ان الناس ليحتالون فى ذلك حتى يذهبوه لا يدل على مخالفة المشتري فى كشف ذلك عن المرض، و انما هى مغالطة عليه تفصيا عن خصومته لعجزه عن حكمها و الاحتيال لإذهاب شعر الركب لا يدل على ان عدمه فى اصل الخلقة شىء مرغوب فيه كما ان احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه من اصله لقرع أو شبهه امرا مرغوبا فيه.

و على المختار من صدق العيب ليس له الا الرد لما تقدم من عدم معقولية الارش،

كما انه على القول الآخر ايضا لا إشكال فى ثبوت حق الرد من جهة الالتزام الضمنى بعدم النقص، و لذا قد توهم عدم ترتب ثمره على هذا النزاع،

و المصنف (رحمه الله) دفعا لذلك ذكر ثمرتين.

احدهما: ما إذا طرأ احد موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فانه على المسلك المنصور يسقط حق الرد دون المسلك الآخر، و عرفت تماميتها ثانيتهما: انه إذا حصل هذا النقص قبل القبض أو فى مدة الخيار فانه على فرض كونه عيبا يكون مضمونا على البائع- و على فرض عدمه لا يكون كذلك إذ لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض أو فى مدة الخيار مضمون على البائع و قد تنظر فيها المصنف، و قد عرفت انه فى محله قال.

(١) اما اولاً فلان ظاهر الحكاية ان رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر هذا انما يصلح ايراد اعلى التأييد الذى ذكره بفهم ابن ابى ليلى و أما اطلاق جواب الامام (عليه السلام) فهذا اجنبى عنه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٧٩

و بالجملة فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع أو يحتمل كونه لاجل مرض عيبا و قد عد من العيوب الموجبة للارش بما هو ادون من ذلك و أما ثانياً: فلأن قوله (عليه السلام) فهو عيب، انما يراد به بيان موضوع العيب (١) توطئه لثبوت احكام العيب له و الغالب الشائع المتبادر فى الاذهان هو رد المعيوب.

و لذا اشتهر كل معيوب مردود.

و أما باقى احكام العيب و خياره مثل عدم جواز رده بطرو موانع الرد بخيار العيب و كونه مضمونا على البائع قبل القبض، و فى مدة الخيار فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب، فتأمل..

و أما ثالثا: فلأن الرواية لا تدل على الزائد عما يدل عليه العرف لأن المراد بالزيادة و النقيصة على اصل الخلقة، ليس مطلق ذلك قطعا فإن زيادة شعر رأس الجارية أو حدة بصر العبد أو تعلمهما للصيغة و الطبخ. و كذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس ليس عيبا قطعا فتعين ان يكون المراد بها الزيادة و النقيصة الموجبين لنقص فى الشىء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه، و لازم ذلك نقصه من حيث المالىة (٢) لأن المال المبذول فى مقابل الاموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار و المنافع.

(١) قوله و أما ثانيا فلان قوله (عليه السلام) فهو عيب انما يراد به بيان موضوع العيب حاصله ان المتيقن من الخبر ثبوت حق الرد و هذا كما يلائم مع كون الخيار خيار العيب يلائم مع كونه خيار تخلف الشرط فلا يدل الخبر على كونه خيار العيب و فيه اولا ان مقتضى اطلاق التنزيل ثبوت جميع احكام العيب لا خصوص الرد و ثانيا ان الرد الثابت بمقتضى ظاهر الخبر الرد من باب العيب و هذا المقدار يكفى فيما هو المهم و هو كون العيب اعم مما ينقص المالىة.

(٢) قوله و أما ثالثا فلان الرواية لا تدل على الزائد عما يدل عليه العرف و لازم ذلك نقصه من حيث المالىة ما افاده فى نفسه تام الا ان ما ذكره له من اللانزم غير تام إذ مورد الكلام ما لو فرضنا النقص مع كونه موجبا لفقد بعض وجوه الانتفاعات- كونه موجبا للانتفاع بالشىء ببعض انتفاعات اخر المستلزم ذلك لعدم النقص فى المالىة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨٠

و أما رابعا: فلأننا لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف فى معنى العيب فلا ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم فى مثل ذلك لو لا النص المعبر لا مثل هذه الرواية الضعيفة بالارسال، فافهم. (١)

و قد ظهر مما ذكرنا ان الاولى فى تعريف العيب ما فى التحرير (٢) و القواعد من انه نقص فى العين أو زيادة فيها، يقتضى النقيصة المالىة فى عادات التجار. و لعله المراد بما فى الرواية كما عرفت و مراد كل من عبر بمثلها.

و لذا قال فى التحرير بعد ذلك. و بالجملة كلما زاد أو نقص عن اصل الخلقة و القيد الاخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض (٣) كما قد يقال ذلك فى العبد الخصى، و لا ينافيه ما ذكره فى التحرير من ان عدم الشعر على العانة عيب فى العبد و الامة لأنه مبنى على ما ذكرنا فى الجواب الأول عن الرواية من ان ذلك كاشف أو موهم لمرض فى العضو أو المزاج لا على انه لا يعتبر فى العيب النقيصة المالىة. و فى التذكرة بعد اخذ نقص المالىة فى تعريف العيب، و ذكر كثير من العيوب و الضابط انه يثبت الرد بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب فى امثال المبيع عدمه، انتهى كلامه

(١) قوله فافهم الظاهر انه اشارة الى انه ضعيف من جهة اخرى غير الارسال و هو كون الراوى السيارى.

(٢) قوله الاولى فى تعريف العيب ما فى التحرير بل الاولى تعريفه بالنقص أو الزيادة المقتضى لنقص الشىء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه بحسب النوع.

(٣) قوله و القيد الاخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض كلمات الاعلام المنقولة فى المتن كالصريحة فى عدم دخل نقصان المالىة فى صدق العيب و توجيهات المصنف (رحمه الله) بعيدة و اصرح من الكل كلام جامع المقاصد- قال كان عليه منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨١

و ما احسنه حيث لم يجعل ذلك تعريفا للعيب بل لما يوجب الرد فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرح به فى التذكرة معللا بأن الغرض قد يتعلق بالفحولة و ان زادت قيمته باعتبار آخر، و قد دخل المشتري على ظن السلامة، انتهى.

و يخرج منه مثل الثيوبوة و الغلفة فى المجلوب. و لعل من عمم العيب لما لا يوجب نقص المالىة كما فى المسالك. و عن جماعة اراد

به مجرد موجب الرد لا العيب الذى يترتب عليه كثير من الاحكام كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب أو غير ذلك. و عليه يبنى قول جامع المقاصد كما عن تعليق الارشاد حيث ذكر ان اللازم تقييد قول العلامة يوجب نقص المالىة بقوله غالبا ليندرج مثل الخضاء و الجب لأن المستفاد من ذكر بعض الامثلة ان الكلام فى موجبات الرد لا خصوص العيب، و يدل على ذلك انه قيد كون عدم الختان فى الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيبا بعلم المشتري بجلبه إذ ظاهره انه مع عدم العلم عيب فلولا انه اراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخل علم المشتري و جهله فى ذلك. (١)

الكلام فى بعض افراد العيب (٢)

إشارة

ان يقيد بقوله غالبا ليندرج فيه الخضاء و الجب فانهما يزيدان فى المالىة مع انهما عيان يثبت بهما الرد قطعا و فى الارشاد اشكال منشؤه ان تعيينه منوط بالنقصان و هو منتف هنا انتهى.

(١) قوله لم يكن معنى لدخل علم المشتري و جهله فى ذلك لعل التقييد بجهل المشتري من باب التقييد فى لحوق الحكم لا فى اصل الموضوع

بعض افراد العيب

(٢) لا يخفى ان المصنف تعرض لجملة من المسائل المتعلقة بالعيوب و الاماء و حيث ان بنائنا على القاء تلك المسائل لعدم الموضوع لها فعلا، و من المستبعد جدا تحقق الموضوع لها الى زمان سيدنا و مولينا ارواح من سواه فداه فلذلك اغمضنا عن التعرض لها و لكن نذكره ما ذكره المصنف لئلا ينقص المكاسب

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨٢

مسألة: لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا

و اطلاق كثير، و تصريح بعضهم يشمل حمى يوم بان يجده فى يوم البيع، قد عرض له الحمى و ان لم يكن نوبة له فى الاسبوع قال فى التذكرة الجذام و البرص و العمى و العور و العرج و القرن و الفتق و الرق و القرع و الصمم و الخرس عيوب اجماعا، و كذا انواع المرض سواء استمر كما فى الممراض أو كان عارضا و لو حمى يوم، و الإصبع الزائدة و الحول و الحوص و السبل و استحقاق القتل فى الردة أو القصاص و القطع بالسرقة أو الجنابة و الاستسعاء فى الدين عيوب اجماعا، ثم ان عدا حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول فى يومه و لا يعود مبنى على عد موجبات الرد لا العيوب الحقيقية لأن ذلك ليس منقضا للقيمة.

مسألة: الجبل عيب فى الاماء

كما صرح به جماعة، و فى المسالك الاجماع عليه فى مسألة رد الجارية الحامل بعد الوطاء و يدل عليه الاخبار الواردة فى تلك المسألة و علله فى التذكرة باشماله على تغرير النفس لعدم يقين السلامة بالوضع هذا مع عدم كون الحمل للبائع، و إلا فالامر واضح و يؤيده عجز الحامل عن كثير من الخدمات و عدم قابليتها للاستيلاء الا بعد الوضع. اما فى غير الاماء من الحيوانات ففى التذكرة انه ليس بعيب و لا يوجب الرد بل ذلك زيادة فى المبيع ان قلنا بدخول الحمل فى بيع الحامل كما هو مذهب الشيخ، و قال بعض الشافعية يرد به و ليس بشيء، انتهى.

و رجح المحقق الثاني كونه عيبا و ان قلنا بدخول الحمل فى بيع الحامل لأنه و ان كان زيادة مزرحة الا انه نقيصه مزرحة الآخر لمنع الانتفاع بها عاجلا و لأنه لا يؤمن عليها من اداء الوضع الى الهلاك و الاقوى على قول الشيخ ما اختاره فى التذكرة لعدم النقص فى المالىة بعد كونه زيادة من وجه آخر و أداء الوضع الى الهلاك نادر فى الحيوانات لا يعأ به. نعم عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الارش كوجدان العين مستأجرة و كيف كان، فمقتضى كون الحمل عيبا فى الاماء انه لو حملت الجارية المعيبة عند المشتري لم يجوز ردها لحدوث العيب فى يده سواء نقصت بعد الولادة ام لا لأن العيب الحادث مانع و ان زال على ما تقدم من التذكرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٣

و فى التذكرة لو كان المبيع جارية معيبة فحبلت و ولدت فى يد المشتري فان نقصت بالولادة سقط الرد بالعيب القديم و كان له الارش و ان لم تنقص فالاولى جواز ردها وحدها من دون الولد الى ان قال، و كذا حكم الدابة لو حملت عند المشتري و ولدت فإن نقصت بالولادة فلا رد و ان لم تنقص ردها دون ولدها لأنه المشتري، انتهى.

و فى مقام آخر لو اشترى جارية حائلا- أو بهيمة حائلا- فحبلت ثم اطلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا رد بالحمل فلا رد ان كان الحمل فى يد المشتري و به قال الشافعى: و ان لم تنقص أو كان الحمل فى يد البائع فله الرد انتهى.

و فى الدروس لو حملت احدهما يعنى الجارية و البهيمه عند المشتري لا بتصرفه فالحمل له فإن فسخ رد الأم ما لم تنقص بالحمل أو الولادة.

و ظاهر القاضى ان الحمل عند المشتري يمنع الرد لأنه اما بفعله أو اهمال المراعاة حتى ضربها الفحل و كلاهما تصرف، انتهى. لكن صرح فى المبسوط باستواء البهيمه و الجارية فى انه إذا حملت احدهما عند المشتري و ولدت و لم تنقص بالولادة فوجد فيها عيبا رد الأم دون الولد و ظاهر ذلك كله خصوصا نسبة منع الرد الى خصوص القاضى و خصوصا مع استدلاله على المنع بالتصرف لا حدوث العيب تسالمهم على ان الحمل الحادث عند المشتري فى الامه ليس فى نفسه عيبا بل العيب هو النقص الحادث بالولادة و هذا مخالف للاخبار المتقدمه فى رد الجارية الحامل الموطوءه من عيب الحبل و للإجماع المتقدم عن المسالك و تصريح هؤلاء بكون الحبل عيبا يرد منه لاشتماله على التغيرير بالنفس و الجمع بين كلماتهم مشكل خصوصا بملاحظة العبارة الاخيره المحكية عن التذكرة من اطلاق كون الحمل عند البائع عيبا و ان لم ينقص و عند المشتري بشرط النقص من غير فرق بين الجارية و البهيمه مع ان ظاهر العبارة الاولى كالتحرير و القواعد الفرق فراجع.

قال فى القواعد لو حملت غير الأمه عند المشتري من غير تصرف فالاقرب ان للمشتري الرد بالعيب السابق لأن الحمل زيادة، انتهى.

و هذا بناء منه على ان الحمل ليس عيبا فى غير الأمه، و فى الايضاح ان هذا بناء على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٤

قول الشيخ فى كون الحمل تابعا للحامل فى الانتقال ظاهر و أما عندنا فالاقوى ذلك لأنه كالثمره المتجدده على الشجرة و كما لو اطارت الريح ثوبا للمشتري فى الدار المبتاعة و الخيار له فلا يؤثر و يحتمل عدمه لحصول خطر ما و لنقص منافعتها فإنها لا تقدر على الحمل العظيم، انتهى.

و مما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب الى الايضاح من ان ما قرره فى القواعد مبنى على قول الشيخ من دخول الحمل فى بيع الحامل. نعم ذكر فى جامع المقاصد ان ما ذكره المصنف ان تم فإنما يخرج على قول الشيخ من كون المبيع فى زمن الخيار ملكا للبائع بشرط تجدد الحمل فى زمان الخيار. و لعله فهم من العبارة رد الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله لأن الحمل زيادة يعنى ان الحامل ردت الى البائع مع الزيادة لامع النقيصه.

لكن الظاهر من التعليق كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا فى غير الامه.

و كيف كان فالاقوى فى مسألة حدوث حمل الامة عدم جواز الرد ما دام الحمل و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدم من ان زوال العيب الحادث يؤثر فى جواز الرد أم لا، و أما حمل غير الامة فقد عرفت أنه ليس عيبا موجبا للأرش لعدم الخطر فيه غالبا و عجزها عن تحمل بعض المشاق لا- يوجب الا- فوات بعض المنافع الموجب للتخير فى الرد دون الارش لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد ما يعم نقص الصفات الغير الموجب للارش و كان محققا هنا مضافا الى نقص آخر و هو كون المبيع متضمنا لمال الغير لان المفروض كون الحمل للمشتري اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ.

مسألة: الأكثر على ان الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء

بل فى التحرير لا نعلم فيه خلافا و نسبه فى المسالك كما عن غيره الى اطلاق الاصحاب لغلبتها فيهن فكانت بمنزلة الخلقة الاصلية و استدلل عليه ايضا برواية سماعه المنجبرة بعمل الاصحاب على ما ادعاه المستدل عن رجل باع جارية على انها بكر، فلم يجدها كذلك قال:

لا ترد عليه و لا يجب عليه شيء انه قد يكون تذهب فى حال مرض أو امر يصيبها.

و فى كلا الوجهين نظر:

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨٥

ففى الأول: ما عرفت سابقا من ان وجود الصفة فى اغلب افراد الطبيعة انما يكشف عن كونها بمقتضى اصل وجودها المعبر عنه بالخلقة الاصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوما فيما نحن فيه و إلا فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم انه مقتضى الخلقة الاصلية و علم كون النقص عنها موجبا لنقص المالية كما فيما نحن فيه خصوصا مع ما عرفت من اطلاق مرسله السيارى غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل اطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة.

و لا يثبت الخيار بوجودها و ان كانت نقصا فى الخلقة الاصلية.

و أما رواية سماعه فلا دلالة لها على المقصود لتعليقه (عليه السلام) عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض و قدح هذا الاحتمال اما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضمونا على البائع. و أما لأن اشتراط البكارة كناية عن عدم وطئ أحد لها فمجرد ثبوتها لا- يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار بل مقتضى تعليل عدم الرد بهذا الاحتمال انه لو فرض عدمه لثبت الخيار فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعى فعدمها نقص فى اصل الطبيعة فيكون عيبا.

و كيف كان فالاقوى ان الثيبوبة عيب عرفا و شرعا الا انها لما غلبت على الاماء لم يقتض اطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك و يظهر الثمرة فيما لو اشترط فى متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقا أو اشترط خصوص البكارة فإنه يثبت بفقدتها التخير بين الرد و الارش لوجود العيب، و عدم المانع من تأثيره و مثله ما لو كان المبيع صغيرة أو كبيرة لم تكن الغالب على صنفها الثيبوبة فإنه يثبت حكم العيب.

و الحاصل ان غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا- موضوعه فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب و لعل هذا هو مراد المشهور ايضا و يدل على ذلك ما عرفت من العلامة (قدس سره) فى التحرير من نفي الخلاف فى عدم كون الثيبوبة عيبا مع انه فى كتبه بل المشهور كما فى الدروس على ثبوت الارش إذا اشترط البكارة فلولا ان الثيبوبة عيب لم يكن ارش فى مجرد تخلف الشرط. نعم يمكن ان يقال ان مستندهم فى ثبوت الارش ورود النص بذلك فيما رواه فى الكافى و التهذيب عن يونس فى: رجل اشترى جارية على انها عذراء فلم يجدها

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨٦

قال: يرد عليه فضل القيمة إذا علم انه صادق، ثم انه نسب فى التذكرة الى اصحابنا عدم الرد بمقتضى رواية سماعه المتقدمة و أوله بما

وجهننا به تلك الرواية.

و ذكر الشيخ في النهاية مضمون الرواية مع تعليلها الدال على تأويلها، و لو شرط الثيوبه فبانت بكرا كان له الرد، لأنه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

مسألة: ذكر في التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير،

لأنه يخاف عليه من ذلك و هو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه لا- يرغب في بذل ما يبذل لغيره بازائه، و يلحق بذلك المملوك المجدر، فإنه يخاف عليه لكثرة موت المماليك بالجدرى و مثل هذين. و ان لم يكن نقصا في الخلقة الاصلية الا ان عروض هذا النقص اعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الاغلب فى النوع أو الصنف و لو كان الكبير مجلوبا من بلاد الشرك فظاهر القواعد كون عدم الختان عيبا فيه مع الجهل دون العلم و هو غير مستقيم لأن العلم و الجهل بكونه مجلوبا لا يؤثر فى كونه عيبا نعم لما كان الغالب فى المجلوب عدم الختان لم يكن اطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره فى الثيب، و يظهر الثمرة هنا ايضا فيما لو اشترط الختان فظهر اغلف فيثبت الرد و الأرش. فأخراج العلامة الثيوبه و عدم الختان فى الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب لكونه (قدس سره) فى مقام عد العيوب الموجبه فعلا للخيار.

مسألة: عدم الحيض ممن شأنها الحيض

بحسب السن و المكان و غيرها من الخصوصيات التى لها مدخليه فى ذلك عيب ترد معه الجارية لأنه خروج عن المجرى الطبيعى و لقول الصادق (عليه السلام) و قد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة اشهر و ليس بها حمل قال ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه و ليس التقييد بمضى ستة اشهر الا فى مورد السؤال فلا داعى الى تقييد كونه عيبا بذلك كما فى ظاهر بعض الكلمات ثم ان حمل الرواية على صورة عدم التصرف فى الجارية حتى بمثل قول المولى لها اسقنى ماء و اغلق الباب فى غاية البعد. و ظاهر الحلّى فى السرائر و عدم العمل بمضمون الرواية رأسا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨٧

مسألة: الاباق عيب

بلا اشكال و لا خلاف لأنه من افحش العيوب و يدل عليه صحيحه ابى همام الآتية فى عيوب السنة. لكن فى رواية محمد بن قيس انه ليس فى الاباق عهده و يمكن حملها على انه ليس كعيوب السنة يكفى حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله (عليه السلام) فى رواية يونس ان العهده فى الجنون و البرص سنة بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع و إلا فحدوثه عند المشتري ليس فى عهده البائع و لا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع، و هل يكفى المره عنده أو يشترط الاعتقاد قولان من الشك فى كونه عيبا و الاقوى ذلك وفاقا لظاهر الشرائع. و صريح التذكرة لكون ذلك بنفسه نقصا بحكم العرف و لا يشترط اباقه عند المشتري قطعا.

مسألة: الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب

يثبت به الرد و الارش (١) لكون ذلك خلاف ما عليه غالب افراد الشىء

بعض افراد العيب.

(١) مسألة: المشهور بين الاصحاب ان الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الرد و الارش.

محل الكلام هنا وفي هذه المسألة هو الخيار، و أما صحة البيع فهي مفروغ عنها،
و مع ذلك نشير إليها تبعا للمصنف، و عليه فالكلام يقع في جهات:
الأولى: في صحة المعاملة و فسادها.
الثانية: في الخيار.

الثالثة: في تحقيق حال الخبرين المذكورين في المقام.

أما الجهة الأولى: فمحصل القول فيها: ان الثفل تارة: يوجب نقصا في الزيت من حيث الوصف خاصة و ان افضى بعد التخليص الى
نقص الكم، و يكون المجموع عند العرف زيتا لا زيتا و ثفلا. لا إشكال في صحة البيع في هذه الصورة بعد تعيين وزن المظروف من
غير فرق بين زيادة الثفل و قتلته، و من غير فرق بين صورة العلم و الجهل إذ اللازم معرفة المبيع وزنا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٨

و في رواية ميسر بن عبد العزيز، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يشتري زق زيت يجد فيه دريا قال: ان كان يعلم ان
الدردي يكون في الزيت فليس عليه ان يرده و ان لم يكن يعلم فله ان يرده.

نعم في رواية السكوني عن جعفر عن ابيه ان عليا قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا
فخاصمه الى علي (عليه السلام) فقال له علي (عليه السلام): لك بكيال الرب سمننا فقال له الرجل انما بعته منه حكرة، فقال له علي
(عليه السلام):

انما اشترى منك سمننا و لم يشتري منك ربا.

و ان لم يعرف وزن الخالص بعد تخليص المبيع.

و اخرى: يوجب نقصا فيه من حيث الكم، و يكون بنظر العرف زيتا و ثفلا-لا-زيتا معيوباً. و في هذه الصورة يصح البيع في صورة
الجهل لو عين وزن المظروف، لأن وزن المبيع حينئذ معلوم، غاية الأمر بعد الظهور يكون من قبيل تبعض الصفقة.

و أما في صورة العلم فان امكن تعيين وزن الزيت صح البيع، و الا بطل للغرر، و لا يكفي تعيين وزن المجموع.

و أما الجهة الثانية: ففي مورد صحة البيع ان كان المبيع عند العرف مركبا من الزيت و الثفل يثبت خيار تبعض الصفقة، و ان كان
المبيع هو الزيت المعيوب فان كان الثفل يسيرا جدا بحيث لا يعد في نفسه عيبا لا خيار، و ان كان كثيرا بمقدار خارج عن العادة ثبت
خيار العيب.

و ان كان بمقدار جرت به العادة فتارة: يعلم المشتري بجريان العادة، و اخرى:

لا يعلم، فان علم بذلك لا خيار له، لأن الاقدام على هذه المعاملة التزام بالبراءة من ذلك العيب و النقص، فلا خيار معه،

و ان لم يعلم بذلك ثبت له الخيار، فان الغلبة و العادة الثانوية ان لم تكن عن غرض لا تكون بمنزلة الحقيقة الأصلية كما تقدم.

و أما الجهة الثالثة: فالخبران هما خبرا «١» ميسر و السكوني المذكوران في المتن.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب احكام العيوب حديث ٣- ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٩

قال في الوافي يقال اشترى المتاع حكرة اي جملة و هذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد و الارش و توجيهها بما يطابق
القواعد مشكل، (١) و ربما استشكل في اصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيرا للجهل بمقدار المبيع و كفاية معرفة وزن السمن
بظروفه خارجة بالاجماع كما تقدم أو مفروضة في صورة انضمام الطرف المفقود هنا لان الدردي غير متمول و الاولى ان يقال إن

وجود الدردي ان افاد نقصا في الزيت من حيث الوصف و ان افضى بعد التخليص الى نقص الكم نظير الغش في الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيبا و ان افرد في الكثرة و لا- إشكال في صحة البيع حينئذ، لأن المبيع زيت و ان كان معيوباً. و عليه يحمل ما في التحرير من ان الدردي في الزيت و البذر عيب موجب للرد و الارش و ان لم يفد الا نقصا في الكم فإن باع ما في العكة بعد وزنها مع العكة و مشاهدت شىء منه تكون اماره على باقيه و قال بعتك ما في هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه. فالظاهر صحة البيع و عدم ثبوت الخيار اصلا لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكة و لا يقدر الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف

اما الخبر الأول: فعن الجواهر: كون الخيار لتبعض الصفقة، بدعوى اشتغال المبيع على الزيت و غيره، مع ان المقصود هو الزيت. و فيه: ان ظاهر قوله فليس عليه ان يرد و قوله فله ان يرد صحة البيع بالنسبة الى تمام ما في الزق، إذ لا يرد بدون الملك، فالقول بتبعض الصفقة خلاف الظاهر، بل الظاهر منه كون الخيار للعب.

و ظاهر الخبر هو التفصيل بين العلم بجريان العادة على انضمام الدردي الى الزيت و عدمه لا العلم التفصيلي بوجود الدردي، و هذا ينطبق على ما ذكرناه من مقتضى القاعدة.

و أما الخبر الثاني: فظاهره كون الخيار لتبعض الصفقة و كون الرب متميزا عن السمن، لاحظ قوله فوجد فيها ربا اي وجد في العكة ربا، و قول البائع انما بعته منه حكرة اي جملة، فان ظاهر ذلك كون ما في العكة سمناً و ربا لا سمناً معيباً بما فيه من الرب و على أي حال فكما في المتن.

(١) توجيهه بما يطابق القواعد مشكل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٠

و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شىء منها بفتح رأس العكة فلا عيب و لا تبعض صفقة الا ان يقال ان اطلاق شراء ما في العكة من الزيت في قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمناً فيلحق بما سيجيء في الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص و ان باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله بعتك ما في هذه العكة فتبين بعضه دردياً صح البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقة.

قال في التحرير لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخير بين الرد و اخذ ما وجد من السمن بنسبة الثمن و لو باع ما في العكة من الزيت على انه كذا و كذا رطلا فتبين نقصه عنه لوجود الدردي صح البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على انها كذا و كذا، فظهر ناقصاً و لو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا يتمل بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت. فالظاهر عدم صحة البيع و ان عرف وزن المجموع مع العكة لأذ كفاية معرفة وزنه الظرف و المظروف، انما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما علم بوزن مجموع الظرف و المظروف لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن.

حيث انه حكم (عليه السلام) باداء السمن بكييل الرب، مع ان الخيار ان كان للعب فلا يستحق الا الرد أو الارش، و ان كان لتبعض الصفقة بطل البيع بالنسبة الى الرب، و له الرد بالاضافة الى السمن، و على التقديرين لا يستحق السمن بدل الرب، و حملة على كون المبيع كلياً و اداء العكة الخاصة و فاء خلاف الظاهر لاحظ قوله انما بعته منك حكرة فانه كالصريح في كون المعاملة واقعة على العكة الشخصية، إذ لا معنى لكون كلى السمن المبيع حكرة،

و المتعين في توجيهه بناء على كون الخيار للتبعض ان يقال: ان المراد من قوله لك بكييل الرب سمناً استحقاق ثمن ذلك المقدار من السمن،

بتقريب: ان قوله سمنا تمييز لكيل الرب لا انه مبتدأ لقوله لك و قوله بكيل الرب ايضا لا يكون مبتدأ لمكان الباء بل المبتدأ محذوف، و هو الثمن فالمعنى: لك الثمن بمقدار السمن الموازى للرب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩١

مسألة: قد عرفت ان مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن،

و لكن يختص هذه الأربعة من بيع العيوب بأنها لو حدثت الى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التخيير بين الرد و الارش هذا هو المشهور، و يدل عليه ما استفيض عن مولانا ابي الحسن الرضا (عليه السلام).
ففى رواية على بن اسباط عنه فى حديث خيار الثلاثة ان احداث السنة ترد بعد السنة، قلت: و ما احداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه.
و فى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال فى أربعة أشياء خيار سنة الجنون و الجذام و القرن و البرص. و فى رواية اخرى له عنه (عليه السلام) قال ترد الجارية مع اربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدبة. هكذا فى التهذيب.
و فى الكافي القرن الحدبة إلا أنها تكون فى الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر،
انتهى.

و مراده ان الحدب ليس خامسا لها لأن القرن يرجع الى حذب فى الفرج لكن المعروف انه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطء.
و فى الصحيح عن محمد بن على قيل و هو مجهول و احتمال بعض كونه الحلبي عنه (عليه السلام) قال يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و البرص و القرن. قال: قلت و كيف يرد من احداث، فقال: هذا اول السنة يعنى المحرم فإذا اشترت مملوكا فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة رددت على صاحبه. و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الامور فيمكن ان يدعى معارضتها لباقي الاخبار المتقدمة.
و من هنا استشكل المحقق الاردبيلي فى الجذام و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد كما ذكره فى الحدائق ردا على الاردبيلي (رحمه الله) إلا ان يريد ان التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيد فى وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه و هو هنا احتمال سهو الراوى فى ترك ذكر الجذام فإنه اقرب الاحتمالات المتطرفة فيما نحن فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٢

و يمكن ان يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الرواية انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للرد و حينئذ فيشكل الحكم بالرد فى باقى الاخبار و وجهه فى المسالك بأن عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل و يكفى فى العيب الموجب للخيار وجود مادته فى نفس الامر و ان لم يظهر فيكون سبب الخيار مقدا على سبب العتق. فإن فسح انعتق على البائع و ان امضى انعتق على المشتري.

و فيه أولاً: ان ظاهر هذه الاخبار ان سبب الخيار ظهور هذه الامراض لأنه المعنى بقوله فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة و لو لا ذلك لكفى وجود موادها فى السنة، و ان تأخر ظهورها عنها و لو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة و هذا مما لا أظن احدا يلتزمه مع انه لو كان الموجب للخيار هى مواد هذه الامراض كان ظهورها زيادة فى العيب حادثه فى يد المشتري، فلتكن مانعة من الرد لعدم قيام المال بعينه حينئذ، فيكون فى التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا عن الرد تخصيصا آخر للعمومات.

و ثانياً: ان سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرو سببه بل ينبغى ان يكون الانعتاق القهرى سببه مانعا شرعياً، بمنزلة المانع العقلى عن الرد كالموت. و لذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا اظن احدا يلتزم عدم الانعتاق الا بعد لزوم البيع خصوصاً

مع بناء العتق على التغليب هذا.

ولكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتمدة بالشهرة المحققة و الإجماع المدعى في السرائر و الغنية مشكل فيمكن العمل بها في موردها أو الحكم من أجلها بأن تقدم سبب الخيار يوجب توقف الاعتناق على إمضاء العقد و لو في غير المقام ثم لو فسخ المشتري فاعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم لا ان جذام المملوك يوجب اعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه، ثم إن زيادة القرن ليس في كلام الأ-كثر فيظهر منهم العدم فنسب المسالك الحكم في الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره في الدروس ساكتا عن الخلاف فيه.

و عن التحرير نسبه الى ابي على و في مفتاح الكرامة انه لم يظفر بقائل غير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٣

الشهيدان و ابي على و من هنا تأمل المحقق الاردبيلي من عدم صحة الاخبار و فقد الانجبار، ثم ان ظاهر اطلاق الاخبار على وجه يبعد التقييد فيها شمول الحكم لصورة التصرف لكن المشهور تقييد الحكم بغيرها و نسب إليهم جواز الارش قبل التصرف و تعينه بعده و الاخبار خالية عنه و كلاهما مشكل الا أن الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطى و الشيخ و ابن زهرة لم يذكر التصرف و لا الأرش.

نعم ظاهر الحلى الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة و ان هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونة الا ان الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض و انقضاء الخيار و لو ثبت ان اصل هذه الامراض تكمن قبل سنة من ظهورها و ثبت ان اخذ الارش للعيب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة ثبت الارش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الامراض الكامنة في المبيع لا بهذه الامراض الظاهرة فيه.

قال في المقنعة و يرد العبد و الأمة من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة و لا يرد ان بعد سنة و ذلك ان اصل هذه الامراض يتقدم ظهورها بسنة و لا يتقدم بأزيد فإن وطئ المبتاع الامة في هذه السنة لم يجز له ردها و كان له قيمة ما بينها صحيحة و سقيمة، انتهى.

و ظاهره ان نفس هذه الامراض يتقدم بسنة و لذا أورد عليه في السرائر ان هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع و يمكن ان يريد به ما ذكرنا من ارادة مواد هذه الامراض.

خاتمة: في عيوب متفرقة

قال في التذكرة: ان الكفر ليس عيبا في العبد و لا الجارية، ثم استحسّن قول بعض الشافعية بكونه عيبا في الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجس و التوثن دون التهود و التنصر، و الاقوى كونه موجبا للرد في غير المجلوب و ان كان اصلا في المماليك الا ان الغالب في غير المجلوب الاسلام فهو نقص موجب لتنفر الطباع عنه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٤

خصوصا بما حظت نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات.

نعم الظاهر عدم الارش فيه لعدم صدق العيب عليه عرفا و عدم كونه نقصا أو زيادة في اصل الخلقة و لو ظهرت الامة محرمة على المشتري برضاع أو نسب،

فالظاهر عدم الرد به لأنه لا يعد نقصا بالنوع و لا عبرة بخصوص المشتري و لو ظهر ممن ينعق عليه، فكذلك كما في التذكرة معللا بأنه ليس نقصا عند كل الناس و عدم نقص ماليته عند غيره. و في التذكرة لو ظهر ان البائع باعه وكالة أو ولاية أو وصاية أو امانة، ففي ثبوت الرد لخطر فساد النيابة احتمال.

اقول الا- قوى عدمه. و كذا لو اشترى ما عليه اثر الوقف. نعم لو كان عليه اماره قويه لم يبعد كونه موجبا للرد لقله رغبه الناس فى تملك مثله و تأثير ذلك فى نقصان قيمته عن قيمه اصل الشئ لو خلى و طبعه اثرا بينا و ذكر فى التذكرة ان الصيام و الاحرام و الاعتداد ليست عيوباً.

اقول اما عدم ايجابها الارش فلا اشكال فيه. و أما عدم ايجابها الرد ففيه اشكال إذ فوات بها الانتفاع فى مدّه طويله فإنه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً.

و قال ايضا إذا كان المملوك ناما أو ساحرا أو قاذفا للمحصنات أو شاربا للخمر أو مقامرا فى كونه هذه عيوباً اشكال اقربه العدم. و قال لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الادب أو ولد زنا أو مغنيا أو حجاما أو اكولا أو زهيدا فلا رد و يرد الدابة بالزهاده، و كون الامه عقيما لا يوجب الرد لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى.

و مراده العارض الانتفاقي لا المرض العارضى قال فى التذكرة فى آخر ذكر موجبات الرد: و الضابط ان الرد يثبت بكلمة فى المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقضا يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب فى امثال المبيع عدمه، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٩٥

القول فى الارش

اشاره

و هو (١) لغه، كما فى الصحاح و عن المصباح ديه الجراحات،

عن القاموس انه الديه و يظهر من الاولين انه فى الاصل اسم للفساد، و يطلق فى كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون فى مال أو بدن، و لم يقدر له فى الشرع مقدر، و عن حواشى الشهيد قدس سره انه يطلق بالاشتراك اللفظى على معان: منها ما نحن فيه، و منها نقص القيمة لجنايه الانسان على عبد غيره فى غير المقدر الشرعى و منها ثمن التالف المقدر شرعا بالجنايه، كقطع يد العبد. و منها اكثر الامرين من المقدر الشرعى و الارش، و هو ما تلف بجنايه الغاصب، انتهى.

و فى جعل ذلك من الاشتراك اللفظى اشاره الى ان هذا اللفظ قد اصطلح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظه مناسبته للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظه العلاقة بين كل منها و بين الآخر، فلا- يكون مشتركا معنويا بينهما و لا حقيقه و مجازا. فهى كلها منقولات عن المعنى اللغوى بعلاقة الاطلاق و التقييد و ما ذكرناه فى تعريف الارش، فهو كلى انتزاعى عن تلك المعانى، كما يظهر بالتأمل.

و كيف كان، فقد ظهر من تعريف الارش انه لا يثبت الا مع ضمان النقص المذكور (٢)

الارش -

ضمانه خارج عن الضمانين

(١) القول فى الارش، و هو بحسب المتفاهم العرفى له معنى متعارف فيما نحن فيه و هو ما به تتفاوت قيمه الصحيح و المعيب، و لا يهمننا البحث فى انه فى اللغه له معنى واحد أو معان متعدده، و كونه من قبيل الاشتراك اللفظى أو المعنوى أو الحقيقه، و المجاز و انه فى اصطلاح الفقهاء الذى يطلق على معان هل لتلك المعانى جامع ام لا لعدم ترتب اثر عليه.

(٢) قوله فقد ظهر من تعريف الارش انه لا يثبت الا مع ضمان النقص المذكور ستعرف انه ليس من ضمان اليد و لا ضمان المعاوضة بل هو خارج عن الضمانين فهو ثابت من دون ضمان الوصف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٦

ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص (١) و هو الاصل، فإن كان مضمونا بقيمته كالمغصوب و المستام و شبههما، و يسمى ضمان اليد كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة إذا وزعت على الكل، و ان كان مضمونا بعوض بمعنى ان فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى في المعاوضة و يسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص و المنقوص لا نفس قيمة العيب، لان الجزء تابع للكل في الصمان. و لذا عرف جماعة الارش في عيب المثلن فيما نحن فيه: بأنه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح، و ذلك لأن ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة بمعنى ان البائع ضامن لتسليم المبيع تاما الى المشتري فإذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته.

(١) قوله ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص فيه: ان تبعية الوصف للعين في موارد ضمان اليد و الاتلاف مسلمة و أما في مورد ضمان المعاوضة فتبعية الوصف تتوقف على كونه كالجزة و ستعرف انه ليس كذلك و المصنف (رحمه الله) ايضا يعترف به و كيف كان فالكلام في المقام يقع في امور الأول: ان ضمان الارش المتعارف هل هو من ضمان اليد، أو من ضمان المعاوضة، ام يكون خارجا عن الضمانين؟

و الا وجه هو الأخير، فان ضمان اليد انما يكون فيما إذا تلف و هو في يده لا في ما إذا كان تلفا قبل ان يقع في يده كما في المقام، و ضمان المعاوضة انما يكون فيما إذا كان ذلك الشيء مضمونا في المعاملة كالجزة و الأوصاف، و منها وصف الصحة ليست كذلك، فانها لا تقابل بالمال، و لا تكون ماخوذة في المعاملة بعنوان العوضيه، و لو ضمنا، بل هي توجب زيادة قيمة الذات، ففي المعاملات تكون بمنزلة الداعي لبذل مقدار من الثمن بازاء الذات زائدا عما يبذل بازائه لولاها،

و الضمان الثابت بمقتضى قاعدة التلّف في زمان الخيار، أو قبل القبض على فرض شمول القاعدتين لتلّف الوصف، انما هو فيما إذا كان التلّف واردا على المعقود عليه، و لا تشملان ما إذا كان العقد واردا على التالف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٧

نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء، كأكثر النصوص، يوهم ارادة قيمة العيب كلها الا انها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقريته ما فيها من ان البائع يرد على المشتري، و ظاهره كون المردود شيئا من الثمن (١) الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الاوقات كما إذا اشترى جارية بدينارين و كان معيها تسوى مائة و صحيحها تسوى ازيد، فيلزم استحقاق مائة دينار فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا بقريته عدم صدق الرد و الاسترجاع تعين كون هذا التعبير لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بنى الامر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها في اسواقها بقيمتها المتعارفة. و قد توهم بعض من لا تحصيل له ان العيب إذا كان في الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح و المعيب و منشؤه ما يترأى في الغالب من وقوع الثمن في الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع، فإذا ظهر معيها و جب تصحيحه

الثاني: ان الارش المضمون على البائع هل هو ما به يتفاوت الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية، أو يكون ملحوظا بالنسبة الى الثمن المسمى،

و بعبارة اخرى: ان اللازم هو تدارك الوصف بقيمته الواقعية ام بقيمته التي اقدمها عليها و جعلها في المعاملة قيمة له بملاحظة منشئته لزيادة قيمة الذات، و هذا معنى ان المراد بالتفاوت هل هو التفاوت الواقعي ام التفاوت بالنسبة، و الكلام فيه تارة: فيما تقتضيه القواعد،

و اخرى: فيما يقتضيه النص الخاص اما الأول: فقد ذكر في تقريب ان القاعدة تقتضى كون الارش بالنسبة الى المسمى وجوه:

(١) منها: ما عن جماعة منهم المصنف و هو: ان البائع قد تعهد وصف الصحة الذي

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٨

ببذل تمام التفاوت و الا، فلو فرض انه اشترى عبدا بجارية تسوى معيها اضعاف قيمته فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيها قطعا و كيف كان، فالظاهر أنه لا إشكال و لا خلاف في ذلك و إن كان المتراءى من الاخبار خلافه إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه.

نعم يشكل الامر في المقام من جهة اخرى و هي ان مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع انه لم يقل به احد، و يلزم من ذلك ايضا تعيين اخذ الارش من الثمن مع ان ظاهر جماعة عدم تعيينه منه معللا بأنه غرامة.

و توضيحه ان الارش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا- للثمن لا- لتتقيص الثمن حتى يصير مقابلا- للمعيب. و لذا سمي ارشا كسائر الاروش المتداركة للقائض فضمن العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين، لأن ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الفائت المضمون و مقابله إذ لا معنى له غير ضمان الشيء و اجزائه بعوضه المسمى و اجزائه

له مدخل في وجود مقدار من الثمن، و التزم به بازاء المسمى المبذول في مقابل الصحيح بما هو صحيح، و مقتضى ذلك تعيين الخروج عن عهدة الوصف بالمقدار الذي له دخل في المسمى لا بأزيد من ذلك.

و فيه: ان الأوصاف الاخر غير وصف الصحة دخيلة في المالية ايضا، و مع ذلك التزموا بانه لو التزم بوجود وصف صريحا في العقد، و تخلف ثبت حق الرد خاصة، و ليس ذلك الا من جهة ان الوصف غير مقابل بشيء من الثمن المسمى، فلا وجه لثبوت ازيد من حق الرد من قبل الالتزام الضمني.

و بالجملة: الالتزام بالوصف كان هو وصف الصحة أو غيره ليس التزاما بتداركه حتى يتوهم كون عهده عليه بمقدار دخله في المسمى.

و منها: ما في حاشية السيد الفقيه (رحمه الله) و حاصله: ان وصف الصحة كسائر الأوصاف و ان لم يكن مقابلا بالمال في عالم الانشاء الا انه مقابل به في عالم اللب، بمعنى ان زيادة بعض الثمن انما هي بلحاظ الوصف، فإذا فرض تخلفه و جب على البائع ان يغرم ما فات من المشتري

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٩

و الضمان الآخر يقتضى ضمان الشيء بقيمته الواقعية، فلا اوثق من ان يقال ان مقتضى المعاوضة عرفا هو عدم مقابلة وصف الصحة بشيء من الثمن لأنه امر معنوي كسائر الاوصاف. و لذا لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا حصل الربا من جهة صدق الزيادة و عدم عد العيب نقصا يتدارك بشيء من مقابله الا ان الدليل من النص و الاجماع دل على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف و كونه في عهدة البائع بمعنى وجود تداركه بمقدار من الثمن يضاف الى ما يقابل بأصل المبيع لاجل اتصافه بوصف الصحة، فإن هذا

الوصف كسائر الاوصاف و ان لم يقابله شىء من الثمن، لكن له مدخل فى وجود مقدار من الثمن (١) و عدمه، فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله و للمشتري أيضا اسقاط هذا الالتزام عنه.

و ما اغترم بملاحظة ذلك الوصف.

و بالجملة: ان ضمان الارش ضمان المعاوضة اللبىء، و لازمه انفساخ تلك المعاملة لا المعاوضة الحسية الانشائية، و مقتضاه جواز تغريمه بما اعطاه من غير مقابل فى عالم اللب و فيه: ان المعاوضة التى لم يجعل فى عالم الانشاء لها مبرز لا- يترتب عليها اثر من الانفساخ أو التغريم أو غيرهما.

و منها: و هو الحق، و هو: ان مقتضى الارتكاز العقلانى، و بناء العقلاء بعد ورود الدليل على ثبوت الارش ذلك، و بعبارة اخرى ان اصل ثبوت الارش و ان كان بتعبد من الشارع الا انه بعد ورود الدليل عليه، الارتكاز العرفى و بناء العقلاء على ان الملحوظ ليس هو تفاوت الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية الذى ربما يزيد على تمام الثمن، كما لو اشترى ما يسوى صحيحه مائتى دينار و معيبه مائة بعشرة دنائير، بل الملحوظ هو التفاوت بالنسبة الى الثمن المسمى،

و لعل السر فيه ان ثبوت الارش فى المقام ليس تعبدا صرفا، فلا بد له من منشأ عقلائى، و لا وجه عقلائى له سوى اقدام المتبايعين على بذل مقدار من الثمن لأجل وجوده،

فعند التخلف يكون منافيا لذلك المقدار و لعله الى ذلك نظر المصنف حيث قال.

(١) لكن له مدخل فى وجود مقدار من الثمن الى آخر ما يقيد

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٠٠

...

و أما الثانى: اى ما تقتضيه الأخبار،

فمحصل القول فيه: ان نصوص الباب على طوائف،

و قد ادعى المصنف (رحمه الله) فى كلام له قبل اسطر ظهور اغلبها فى ارادة قيمة العيب كلها،

و فى حاشية السيد: بل هو ظاهر جميعها،

و لكن الحق ان جملة منها مجملة قابلة للحمل على كل واحد من المعنيين،

و جملة منها ظاهرة فى ارادة ملاحظة التفاوت بالنسبة الى المسمى.

اما الاولى فهى طائفتان:

الاولى: ما اشتمل على اخذ ارش العيب كقوله (عليه السلام) فى خبر حماد بن عيسى: و له ارش العيب «١».

الثانية: ما اشتمل على اخذ قيمة العيب كقوله (عليه السلام) فى خبر محمد بن مىسر: و لكن يرجع بقيمة العيب. «٢» لأن للقيمة فردين جعلى و واقعى.

و أما الثانية فهى طوائف:

الاولى: ما تضمن كلمة الرد كقوله (عليه السلام) فى خبر منصور بن حازم: و لكن يرد عليه بقيمة ما نقصها العيب. «٣» فان الظاهر من

الرد عدم زيادة المردود من الثمن، بل نقصانه منه،

و لو كان اللازم رد تمام قيمة العيب لزد على الثمن فى بعض الأوقات كالمثال المتقدم.

الثانية: ما اشتمل على كلمة الفضل كخبر طلحة بن زيد: ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء. «٤» إذ لا مناسبة لهذا

التعبير الا بلحاظ ما وصل إلى البائع من الزيادة.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٧.

(٢) نفس المصدر حديث ٨.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٤) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠١

نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للاصل بعين بعض الثمن كما هو ظاهر تعريف الارش في كلام الاكثر بأنه جزء من الثمن أو بمقداره، كما هو مختار العلامة في صريح التذكرة و ظاهر غيرها و الشهيدين في كتبهما وجهان: تردد بينهما في جامع المقاصد و اقواما الثاني (١) لأصالة عدم تسلط المشتري على شيء من الثمن و براءة ذممة البائع من وجوب دفعه، لان المتيقن من مخالفة الاصل ضمان البائع لتدارك الفئات الذي التزم وجوده في المبيع بمقدار وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعي وجود هذه الصفة لا في مقابلها مضافا الى اطلاق قوله (عليه السلام)

بجزء من عين الثمن عدا ما يترأى من ظاهر التعبير في روايات الارش عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشتري،

الثالثة: ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن، الظاهر في كون المردود بعضا من الثمن، كقوله (عليه السلام) في صحيح زرارة: و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء، و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١».

و قوله (صلى الله عليه و آله) في صحيح ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «٢».

فتحصل مما ذكرناه: ان مقتضى القواعد و النصوص هو ما لا خلاف فيه بين الأصحاب من انه يلاحظ التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لا بعينه

الثالث: ان هذا الضمان هل هو بعين بعض الثمن كما عن ظاهر الأكثر،

(١) أو بمقداره كما في المتن و عن جمع من الاساطين وجهان و تنقيح القول فيه بالبحث في موردين:

احدهما: فيما يقتضيه الاصل و القاعدة.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام الخيار حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٢

الظاهر في كون المردود شيئا كان عنده اولا و هو بعض الثمن، (١) لكن التأمل التام يقضى بأن هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الى البائع و كونه من التقدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص (٢) و من ذلك ظهر ان قوله (عليه السلام) في رواية ابن سنان. و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها

ثانيهما: فيما يستفاد من النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فالارش ليس تكليفا محضا لكونه قابلا للاسقاط،

و لا كلياً ذمياً إذ لا يتصور التخيير بين الرد و اشتغال الذمة،

و لا ملكاً مشاعاً إذ الملك لا يقبل الاسقاط،

بل هو تغريم البائع بما به التفاوت، و عليه فالشك في المقام انما هو في ان البائع يستحق التغريم من الثمن المسمى، أو بما به التفاوت مطلقاً.

و على الأول للبائع الامتناع من قبول ما دفع من غير المسمى،

و على الثاني ليس له ذلك، فليس المقام من قبيل الدوران بين المتباينين، بل بين المطلق و المقيد، و وجوب دفع العوض عن وصف الصحة معلوم و خصوصية كونه من المسمى مشكوك فيها، و الأصل عدم اعتبارها.

(١) و أما المورد الثاني: فالنصوص على طوائف:

الأولى: ما تضمن اخذ ارش العيب «١».

الثانية: ما تضمن اخذ قيمة العيب «٢».

و هاتان الطائفتان مطلقتان، و مقتضى اطلاقهما كفاية التدارك من غير الثمن.

الثالثة: ما عبر فيه عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشتري «٣» و قد يتوهم دلالتها على تعيين كونه من الثمن، إذ ظاهر الرد كون المردود ما كان عنده اولاً و هو بعض الثمن.

(٢) و اجاب عنه المصنف (رحمه الله): بان هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٧.

(٢) نفس المصدر حديث ٨.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٣

محمول على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، (١) فإذا اشتغلت ذمة البائع بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن ما في ذمته عليه،

الى البائع، و كونه من النقدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص.

يتم ما افاده، على فرض حمله على الغالب: فان خصوصية النقدين ملغاة عند العقلاء، بحيث يعدونها مالياً محضاً، فان رد فرداً غير ما اخذ يصدق عرفاً انه رد نفس ما اخذ،

الا ان الكلام في وجه هذا الحمل، فانه خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينة، و عليه فبعد الاخذ باطلاقه لا مناص عن البناء على تعيين كونه من الثمن.

نعم يمكن ان يقال: ان المردود غير مذكور في النصوص المشار إليها الا- في بعضها الذي سيمر عليك، و عليه فمن الجائز كون المردود هو مالياً مقدار من الثمن، و عليه فيلائم ذلك مع الرد من غير الثمن بالتقريب المتقدم.

الرابعة: ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن، كقوله (عليه السلام) في خير ابن سنان:

و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «١».

و قوله (عليه السلام) في صحيح زرارة و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «٢».

(١) و اجاب عن ذلك في المتن: بانهما يحملان على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، فإذا اشتغلت ذمة البائع بالارش

حسب المشتري عند اداء الثمن ما في ذمته عليه.
و يرد عليه ما تقدم من انه لا وجه للحمل على الغالب.
و الحق ان يورد عليه: بانه من المحتمل كون ذكر الثمن لبيان كون التفاوت ملحوظا بالاضافة الى الثمن المسمى لا- لبيان مخرجة الثمن، فيكون مفادهما ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب احكام العيوب حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٦- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٤

ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن.

فالظاهر تعيينه من النقدين (١) لانهما الاصل في ضمان المضمونات الا ان يتراضى غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضة، و استظهر المحقق الثاني من عبارة القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما، (٢) حيث حكما في باب الصرف بأنه لو وجد عيب في احد العوضين المتخالفين بعد التفرق جاز اخذ الارش من غير النقدين و لم يجز منهما،

فتحصل: ان الاظهر كون هذا الضمان بمقدار بعض الثمن لا بعينه.

يعتبر كون الارش من النقدين

الرابع: انه على المختار من عدم تعيين الارش من عين الثمن.

(١) فهل يتعين ان يكون من النقدين كما في المتن ام لا؟

و الكلام فيه في موردين:

الأول: في بيان مراد المصنف (رحمه الله)

الثاني: في بيان ما هو الحق.

اما الأول: فمحصل ما في المتن: ان الظاهر تعيين كونه من النقدين، لأن المضمون ليس الا- المالية المحضة، و ليس في الأعيان الخارجية ما هو كذلك الا النقد،

(٢) و المحقق الثاني: استظهر من كلام العلامة عدم تعيين ذلك حيث انه ذكر ان احد العوضين المتخالفين في الصرف إذا كان معيبا و ظهر العيب بعد التفرق جاز اخذ الارش من غير النقدين و لم يجز منهما.

توضيح ما افاده: ان الارش حيث انه يكون عنده تميما للمعيب لساوى الصحيح و تميما للمعاوضة فلا يجوز عنده اداء النقد ارشا بعد التفرق عن مجلس الصرف، لأن تميم المعاملة الصرفية بعد التفرق يناهى اعتبار التقابض في المجلس، و هذا بخلاف اداء غير النقد، فانه حينئذ تنحل المعاملة الى صرفية و غير صرفية، و التفرق في الثانية لا منع عنه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٥

فاستشكل ذلك بأن الحقوق المالية انما يرجع فيها الى النقدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في احدهما (١) و يمكن رفع هذا الاشكال بأن المضمون بالنقدين هي الاموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس مالا في الذمة و إلا بطل البيع، (٢) فيما قابله من الصحيح لعدم وصول عوضه قبل التفرق و إنما هو حق لو اعمله جاز له مطالبه المال، فإذا اختار الارش من غير النقدين ابتداء و رضى به الآخر فمختاره نفس الارش لا عوض عنه.

نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعيينه عليه، كما ان لدى الخيار مطالبةً النقدين في غير هذا المقام و ان لم يكن للآخر الامتناع حينئذ. وبالجملة فليس هنا شيء معين ثابت في الذمة الا ان دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذي الخيار و يكون نفس الارش بخلاف دفع النقدين، فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين للارشية

(١) و اورد عليه المحقق الثاني (رحمه الله) بما توضيحه: ان الغرامات تتعين في النقدين في سائر الموارد، و غرامة احد النقدين اولى بان يكون منهما، و لازم ذلك عدم امكان الأداء من غير النقدين في الفرض، لأن ما يستحقه المشتري هو النقد. (٢) و اجاب المصنف (رحمه الله) عن ذلك: بانه فرق بين الغرامة الارشية و غيرها و ان في غيرها يتعين النقد، و لو تراضيا على غيره يكون هو بدلا عما يستحقه، و في الغرامة الارشية و ان كان يتعين النقد الا انه لو تراضيا على غيره كان هو عين ما يستحقه ارشالا بدله،

و يتضح ما افاده ببيان امرين:

احدهما: انه في سائر الغرامات حيث تكون الذمة مشغولة فلا بد و ان يكون لما في الذمة تعين اما بكونه هي المالية بشرط عدم الخصوصية و لا مطابق لها الا النقد، أو كونه هي المالية بشرط الخصوصية، أو كونه هي المالية لا بشرط وجود خصوصية و لا بشرط عدمها.

و لازم الاعتبار الأول عدم كفاية غير النقد الا بدلا لعدم مطابقتها بشرط شيء لما هو بشرط لا، و أما الغرامة الارشية فقد مر انه لا تشتغل بها الذمة، فلا يلزم ان يكون لها تعين،

بل لا معنى له، و حيث انه لا تعين له فيمكن ان يكون ما يتعلق به حق التبريم بشرط لا،

و هو النقد عند النزاع في الخصوصيات، و بشرط شيء عند التراضي على خصوصية خاصة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٦

ثم قد تبين مما ذكرنا في معنى الارش انه لا يكون الا مقدارا مساويا لبعض الثمن و لا يعقل ان يكون مستغرقا له، (١) لأن المعيب ان لم يكن مما يتمول و يبذل في مقابلة شيء من المال بطل بيعه و إلا فلا بد من ان يبقى له من الثمن قسط. نعم ربما يتصور ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفة التملك بناء على ان مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري ارش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن، لكن عدم الحاقه بالتلف مشكل، بناء على ان العيب إذا كان مضمونا على البائع بمقتضى قوله (عليه السلام) ان حدث في الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى تنقضى خياره كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع و المفروض انه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلا، لعدم كونه متمولا يبذل بازائه شيء من المال فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث مثل هذا بعده مضمونا على البائع الا ان يمنع ذلك و ان ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكون دركه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا

ثانيهما: انه لا كلام في صحة التراضي على غير النقدين في الغرامات، و عليه: ففي غير الغرامة الارشية يكون ما تراضيا عليه بدلا عما يستحقه الثابت في الذمة.

و أما في الغرامة الارشية، فحيث انها غير ثابتة في الذمة فلا معنى لكون ما تراضيا عليه بدلا، بل هو اداء عين ما يستحقه.

و بهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه في الحاشية عليه- فراجع و تدبر كما انه ظهر ما هو الحق في المقام، و هو تعين كونه من النقدين الا مع التراضي.

(١) الخامس: في تصور الارش المستوعب لتمام القيمة و الكلام فيه في موردين:
الأول فيما إذا ورد البيع على المعيب.

الثاني: فيما إذا كان البيع قبل حدوث العيب و كان ذلك قبل القبض أو في زمان الخيار
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٧

الحكم لا- مطلقا حتى يفسخ العقد به، و يرجع هذا الملك الموجود الغير المتمول الى البائع، بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه
اخرجه عن الملك فلا- دليل على الحاقه بالتلف، بل يبقى العين الغير المملوكة حقا للمشتري و إن لم يكن ملكا له كالخمر المتخذ
للتخليل و يأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرشا لا من باب انفساخ العقد هذا الا ان العلامة قدس سره في القواعد و التذكرة و التحرير
و محكى النهاية يظهر منه الارش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذى ذكرنا انه لا يعقل فيه استيعاب الارش للثمن.

قال في القواعد: لو باع العبد الجانى خطأ ضمن اقل الامرين على رأى،

و الارش على رأى (١) و صح البيع ان كان موسرا، و إلا تخير المجنى عليه و لو كان عمدا وقف على اجازة المجنى عليه و يضمن
الاقل من الارش و القيمة لا الثمن معها، (٢) و للمشتري الفسخ مع الجهل، فيرجع بالثمن أو الارش (٣) فإن استوعب الجنائية القيمة،
فالارش ثمنه ايضا و إلا فقدر الارش (٤) و لا يرجع لو كان عالما و له ان يفديه، كالمالك و لا يرجع به عليه،

و قبل الشروع في البحث في الموردين لا بأس بشرح ما فى القواعد،

(١) قوله ضمن اقل الامرين على رأى و الارش على رأى وجه ضمان الاقل ان زيادة الارش غير مضمونة على المولى لان جنائية العبد
لا يضمنها سيده و لا يجنى الجانى على ازيد من نفسه و وجه ضمان الارش خاصة ان الاختيار بيد المولى فيكون البيع اختيارا للارش و
التزاما بالفداء.

(٢) قوله لا- الثمن معها أى مع الاجازة، هلصحمو انه مع اجازة المجنى عليه البيع، يضمن المولى اقل الامر بن من ارش الجنائية و قيمة
العبد و لا يضمن الثمن إذ ربما زاد على القيمة و الزائد ملك للمولى لانه كسب له فى مقابل ماله و زيادة الارش ليست على المولى
لما سبق.

(٣) قوله فيرجع بالثمن أو الارش أى لو فسخ يرجع بالثمن و لو لم يفسخ يرجع بالارش.

(٤) قوله فان استوعب الجنائية القيمة فالارش ثمنه ايضا و الا فقدر الارش و قد ذكروا فى بيان مراده (قدس سره) وجوها احسنها ما
ذكره جمع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٨

و لو اقتص منه فلا رد و له الارش و هو نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا و غير جان من الثمن، انتهى.

و ذكر فى التذكرة هذه العبارة بعينها فى باب العيوب، و قال فى اوائل البيع من التذكرة فى مسألة بيع العبد الجانى و لو كان المولى
معسرا لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة ما لم يجز البيع اولا فإن البائع انما يملك نقل حقه عن رقبتة بفدائه و لا يحصل من ذمة
المعسر فيبقى حق المجنى عليه مقدما على حق المشتري و يتخير المشتري الجاهل فى الفسخ و يرجع بالثمن و به قال احمد و بعض
الشافعية أو مع الاستيعاب لان ارش مثل هذا جميع ثمنه و ان لم يستوعب يرجع بقدر ارشه و لو كان عالما بتعلق الحق به فلا رجوع الى
ان قال: و ان اوجبت الجنائية قصاصا تخير المشتري الجاهل بين الارش و الرد فإن اقتص منه احتمال تعيين الارش و هو قسط قيمة ما بينه
جانيا و غير جان و لا يبطل البيع من اصله لأنه تلف عند المشتري بالعيب الذى كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض و
المرتد

و هو ارش خيار العيب و استيفائه لتمام ما يوازي ثمنه فالمراد من ثمنه ما يوازي الثمن لا عينه.
اما الأول: فالكلام فيه تارة: في ما إذا كان النقص الوارد على العين خارجيا موجبا لسلب المالىة مع بقاء ذات المبيع كذهاب رائحة ماء الورد.

و اخرى: فيما إذا كان نقصا اعتباريا من حيث تعلق حق الجنایة به الموجب للاسترقاق أو القصاص أو دية كاملة مستوعبة لقيمة العبد.
اما فى الصورة الاولى: فالظاهر بطلان البيع، سواء كان ذلك النقص موجبا لسلب المالىة خاصة أو ذلك مع سلبه الملكية كصيورة الخل خمرا، إذ يعتبر فى صحة البيع المالىة على ما حقق فى محله.

و أما فى الثانية: فالظاهر صحة البيع و عدم بطلانه و ان كان الارش مستوعبا للقيمة،
و ذلك لأن فساد العقد اما ان يكون لنقص فى المالك، أو يكون لنقص فى المال، و شىء منهما ليس.
اما النقص فى المالك: فلأن ما ذكر وجهها له امران:

احدهما: خروج العبد عن ملك مولاه بمجرد الجنایة كما عن المحقق التستري.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٩

و قال أبو حنيفة و الشافعي يرجع بجميع ثمنه لأن تلفه لأمر استحق عليه عند البائع فجرى مجرى اتلافه، انتهى.

و قال فى التحرير فى بيع الجانى خطأ و لو كان السيد معسرا لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبه العبد، و للمشتري الفسخ مع عدم علمه فإن فسخ رجع بالثمن و ان لم يفسخ و استوعبت الجنایة قيمته و انتزعت يرجع المشتري بالثمن ايضا، و ان لم تستوعب قيمته رجع بقدر الارش و لو علم المشتري بتعلق الحق برقبه العبد لم يرجع بشىء و لو اختار المشتري ان يفديه جاز و رجع به على البائع مع الاذن و إلا فلا، انتهى.

ثانيهما: ان الجنایة توجب عدم مالكية المولى للتصرف فيه لتعلق حق المجنى عليه به.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن ظاهر بعض «١» النصوص و ان كان ذلك الا انه معارض بظاهر غيره من الأخبار «٢» و مخالف للقاعدة.

و أما الثانى: فلأن حق الجنایة يتبع العين ايا ما كانت، و لا يزول بالبيع، فلا يكون مانعا عنه.

و أما النقص فى المال: فقد ذكر له وجوه:

منها: خروجه عن المالىة.

و فيه: ان استحقاق الاسترقاق لا يوجب سلب المالىة، فان استحقاق التملك من مقتضيات المالىة، فكيف يوجب سلبها، و هل هو الا

كاستحقاق الشريك لتملك حصه شريكه من المشتري و جواز القصاص جواز لاعدام المالىة لا انه هدر لها،

و أما الحكم بديهه كاملة فهو ليس بعنوان استحقاق مالىة الجانى، بل باستحقاق ما يوازي مالىته، فلا يوجب خروجه عن المالىة.

و منها: خروجه عن الملكية.

و فيه: ان النص قد مر حاله، و الحكم بالقصاص تجوز لاجراجه عن ملكه لا انه

(١) الوسائل - باب ٤١ - من ابواب القصاص فى النفس.

(٢) نفس المصدر.

قوله و انتزعت اما راجع الى رقبه العبد أو الى القيمة إذا باع المجنى عليه واخذ قيمته و هذا القيد غير موجود فى باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته. اما ان يكون له قيمة تبذل بازائه أولا.
و على الثانى: فينبغى بطلان البيع، (١) و لو قيل ان انتزاعه عن ملك المشتري لحق كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع بعده فى نفسه ان يكون الحكم كذلك فيما لو اقتصر من الجانى عمدا.
و قد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسط من الثمن فيه.
و بالجملة فالمسألة محل تأمل و الله العالم.

مخرج، و لا- يتوقف القصاص على تملك المجنى عليه فضلا عن حكمه، و جواز الاسترقاق لا يعقل كونه مخرجا للملك لأنه بنفسه مخرج و مزيل لها، و الحكم بالدية اوضح.
و منها: ان بذل المال بازاء العبد الجانى سفهى.
و فيه: اولاً: انه لا دليل على بطلان البيع السفهى، فان الدليل «١» دل على بطلان بيع السفهى لا البيع السفهى.
و ثانياً: انه مع احتمال العفو أو التفديء بشىء يسير لا يكون الاقدام على بيعه سفهياً.
و منها: كون المال متعلقاً لحق الجنائى، و هو مانع عن صحة البيع.
و فيه: ان هذا الحق، حيث انه لا ينافى نفوذ البيع كما تقدم، فلا يكون مانعاً عنه.
(١) فتحصل: ان الاظهر صحة البيع مع كون النقص اعتبارياً و ان كان الارش مستوعباً للقيمة، و ان ما افاده العلامة متين و لا يرد عليه ما اورده المصنف (رحمه الله).
و أما الثانى: و هو حصول النقص بعد البيع قبل القبض، فعدم كونه من قبيل

(١) الوسائل - باب ١- من ابواب كتاب الحجر - النساء: ٦

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢١١

مسألة: يعرف الارش بمعرفة قيمته الصحيح و المعيب (١)

ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت و إذا لم يكن القيمة معلومه فلا بد من الرجوع الى العارف بها و هو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومه المضبوطة عند اهل البلد أو اهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله فى الصفات المقصودة كمن يخبر بأن هذه الحنطة أو مثلها يباع فى السوق بكذا. و هذا داخل فى الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة و الاخبار عن الحس و التعدد، و قد يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثره ممارسته اشباه هذا الشىء و ان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله

تلف المبيع الموجب لانفساخ العقد إذا كان النقص اعتبارياً و ان كان الارش مستوعباً للقيمة واضح مما قدمناه،
و أما ان كان النقص خارجياً، فقد يقال: انه ان اوجب سلب المالىة يكون ذلك بحكم التلف الموجب للانفساخ، فلا يتصور الارش المستوعب للقيمة.

و لكن يمكن ان يرد: بان الموجب للانفساخ تلف ذات المبيع لا مالىته. فتدبر.

نعم ان اوجب ذلك سلب الملكية ايضا امكن القول بالانفساخ من جهة انه ليس هناك شىء له اقباض كى يترقب قبضه، فتأمل فان

هذا لو تم فانما هو في ما اوجب سلب الحق، اى حق الاختصاص ايضا، و مما ذكرناه ظهر ما فى كلمات المصنف التقويم

(١) و يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب، فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت، و إذا لم تكن القيمة معلومة فلا بد من الرجوع الى العارف بها،

و قد وقع الكلام فى ان قول العارف من باب الشهادة أو الخبر.

و الوجوه التى ذكروها فى الفرق بينهما كثيرة لا يهمننا التعرض لها، إذ الشهادة لها معنيان:

احدهما: عام، و هو يشمل جميع موارد الخبر، و هى بهذا المعنى ليست مورد الحكم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٢

و هذا يحتاج الى الصفات السابقة (١) و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس و يقال له بهذا الاعتبار اهل الخبرة و قد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصائع العارف باصناف الذهب و الفضة من حيث الجودة و الرداءة مع كون قيمة الجيد و الردىء محفوظة عند الناس معروفة بينهم فقولته هذا قيمته كذا يريد به انه من جنس قيمته كذا و هذا فى الحقيقة لا يدخل فى المقوم و كذا القسم الأول فمراهم بالمقوم هو الثانى.

ثانيهما: خاص، و هو الاخبار الجازم عن حق لازم للغير من غير الحاكم، و هى بهذا المعنى لا تصور فى مورد الشك فى صدقها. و بغير هذين المعنيين لم تؤخذ موضوعه لحكم حتى يتصدى لبيانه، فالصفح عن ذلك اولى.

ثم المختار على ما حققناه فى حاشيتنا على الكفاية حجية الخبر الواحد فى الموضوعات الا ما خرج بالدليل: غاية الأمر فيما إذا كان المخبر عنه حسيا،

و ان كان حدسيا، فان كان المخبر من اهل ذلك الفن كان قوله حجة من باب حجية قول اهل الخبرة إذا عرفت هذا فاعلم: ان العارف بالقيمة تارة: يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثرة ممارسة اشباه هذا الشىء و ان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله.

و اخرى: يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر، مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة.

و ثالثة: يخبر عن القيمة المتعارفة المألوفة المضبوطة عند اهل البلد أو اهل الخبرة،

فان اخبر عن نظره و حدسه كان قوله حجة من باب انه من اهل الخبرة و يكون مقوما.

(١) قوله و هذا يحتاج الى الصفات السابقة يعنى بها التعدد و الاخبار عن الحس و العدالة و يرد عليه انه لا يعتبر فى الرجوع الى اهل الخبرة التعدد و لا كون الاخبار عن حس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٣

لكن الاظهر عدم التفرقة بين الاقسام من حيث اعتبار شروط القبول و ان احتمل فى غير الاول الاكتفاء بالواحد. (١) اما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد و أما لاعتبار الظن فى مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الأخذ بالاقبل لأصالة براءة

ذمة البائع تضييع حق المشتري فى اكثر المقامات. و أما لعموم ما دل على قبول قول العادل خرج منها ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الاول دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى لكونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع الاشباه و الانظار و قياسه عليها حتى انه يحكم لأجل

ذلك بأنه ينبغى ان يبذل بازائه كذا و كذا و ان لم يوجد راغب يبذل له ذلك ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد اهل الخبرة أو توقفهم. ففى كفاية الظن أو الأخذ بالاقبل وجهان (٢) و يحتمل ضعيفا الأخذ بالأكثر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون الا به. (٣)

(١) قوله و ان احتمل فى غير الاول الاكتفاء بالواحد بل الاظهر الاكتفاء بالواحد حتى فى القسم الاول كما مرت الاشارة إليه.

(٢) قوله ففى كفاية الظن أو الاخذ بالاقل وجهان الأوجه هو الثانى بناء على ما هو الحق من كون الارش من باب الغرامة لا الانفساخ.
(٣) وما ذكره (رحمه الله) فى وجه الاخذ بالاكثر من عدم العلم بتدارك العيب المضمون الا به و حاصله ان الشك فى المقام فى سقوط الحق الثابت و مقتضى الاستصحاب بقاءه ما لم يؤد الاكثر غير تام فان منشأ الشك المزبور الشك فى كيفية الثبوت و مع اجراء الاصل فى الثبوت و اثبات ان متعلق الحق هو الاقل لا يبقى مورد للاصل المشار إليه.

تعارض المقومين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢١٤

مسألة: لو تعارض المقومون

إشارة

فيحتمل تقديم بينة الاقل للاصل و بينة الاكثر لانها مثبتة، و القرعة لأنها لكل أمر مشتبه، و الرجوع الى الصلح لتثبيت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة، و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع،
و تخيير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح، لكن الاقوى من الكل ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، (١) لأن كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به، (٢) فإذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه و جب العمل به فى بعضه، فإذا قوم احدهما بعشرة، فقد قوم كلا من نصفه بخمسة، و إذا قوم الآخر بثمانية، فقد قوم كلا من نصفه بأربعة، فيعمل بكل منهما فى نصف المبيع، و قولاهما و ان كانا متعارضين فى النصف ايضا، كالكل، فيلزم بما ذكر طرح كلا- القولين فى النصفين، الا ان طرح قول كل منهما فى النصف مع العمل به فى النصف الآخر اولى فى مقام امتثال أدلة العمل

و لو تعارض المقومون ففيه وجوه، و بعضها اقوال:

(١) الاول: ما اختاره المصنف و نسبه الى معظم، و هو: وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، فإذا قوم احد المقومين بعشرة مثلا فقد قوم كلا من نصفه بخمسة، و إذا قوم الآخر بثمانية مثلا فقد قوم كلا من نصفه باربعة، فيعمل بكل منهما بنصف المبيع.

الثانى: تقديم بينة الأكثر.

الثالث: الرجوع الى القرعة.

الرابع: الرجوع الى الصلح.

الخامس: تخيير الحاكم.

السادس: الرجوع الى المرجحات لتعارض البينتين من الاعدية و الأكثرية و نحوهما.

السابع: تقديم بينة الأقل.

التاسع: التساقت و الرجوع الى الأصل.

اما الأول: فقد استدلل له بوجهين:

(٢) احدهما: ان كلا من الدليلين حجة شرعية يلزم العمل به، فإذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه و جب العمل به فى بعضه،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢١٥

بكل بينة من طرح كليهما أو إحداهما رأسا. و هذا معنى قولهم إن الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه أولى من طرح أحدهما رأسا.

و لذا جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة: الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيتان فى دار فى يد رجلين يدعيهما كل

منهما بل ما نحن فيه اولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى لأن الاخذ بأحد هما كلية و ترك الآخر كذلك في التكليف الشرعية الالهية لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه لرجوع الكل الى امتثال امر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس. فإن في التبعض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو في الجملة. و لعل هذا هو السر في عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شىء من الموارد.

و كل منهما و ان تعارض الآخر في بعض مضمونه ايضا الا ان طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر اولى في مقام امتثال ادلة العمل بكل بينة من طرح كليهما أو احدهما رأسا، إذ الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه اولى من طرح احد هما رأسا.

و فيه: ان المصنف (رحمه الله) قد حقق في الاصول ان قاعدة الجمع لا أساس لها، و انما يجمع بين الدليلين لو كان الجمع عرفيا، و الا فمقتضى القاعدة هو التسايط، و عليه فلا وجه لما افاده في المقام، و لا حجة في البين حتى يصدق في نصف مدلولها. فان قلت: ان ما حققه في الاصول انما هو في الأحكام التكليفية على الطريقة، و أما في باب الحقوق و الوضعيات التي تحدث المصلحة بسبب قيام الحجة على الأمر الاعتباري كالملكية فلا يجرى، بل حيث انه عند التزاحم لا يعقل اعتبار ملكية عين واحدة لشخصين بالاستقلال، و تقديم احدهما ترجيح بلا مرجح، و أما اعتبار ملكية نصفها لشخص و نصفها الآخر لشخص آخر فهو معقول و لا تزاحم بينهما من هذه الجهة، فلا بد من الاخذ به بدهاه استحالته عدم تأثير السببين في ما لا تزاحم بينهما. يرد عليك انه حيث يكون ما هو ملك بالاستقلال لشخص كل جزء منه ملكا له

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٦

و قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق، لأن مرجع بينة النفي الى عدم وصول نظرها و حدسها الى الزيادة، فبينه الاثبات المدعية للزيادة سليمة (١) و اخرى بان الجمع فرع عدم اعتضاد احدي البيتين بمرجح و اصالة البراءة هنا مرجحة و للبينه الحاكمة بالاقول.

و ثالثة: بأن في الجمع مخالفة قطعية و ان كان فيه موافقة قطعية لكن التخيير الذي لا يكون فيه الا مخالفة احتمالية اولى منه و يندفع الاول بأن المفروض ان بينة النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا، و ان بذل الزائد في مقابل المبيع سفه و يندفع الثاني بما قررناه في الاصول من ان الاصول الظاهرية لا تصير مرجحة للدلالة الاجتهادية

من جهة الانحلال لا انه ملك اشاعى له مع فرض عدم الشريك له في الملك،

فالبيتان متعارضتان حتى بالنسبة الى كل جزء، فان كلا منهما تدل على ان العين بتمامها و باجزائها ملك استقلال لمن ثبت الملكية له، و أما النصفان على الاشاعة و ان لم تكن البيتان متعارضتين بالاضافة اليهما، الا انهما ليسا مدلولي البيتين كى يقال انهما غير متزاحمتين فيهما الثاني: ان التنصيف جمع بين الحقين فيجب رعاية لهما.

و فيه: ان التنصيف فيما إذا كان حق ثابت مردد بين الشخصين كالمال المردد بين ان يكون لزيد أو عمرو لا كلام فيه، و عليه بناء العقلاء، و استفاد من بعض (١) النصوص، و يعبر عنه بقاعدة العدل و الانصاف، و هذا لا ربط له بالمقام، فان الزائد عما اتفق عليه المقومان يدور امره بين الاستحقاق و عدمه لا استحقاق البائع و استحقاق المشتري فلا مورد للتنصيف من باب الجمع بين الحقين لعدم الموضوع.

(١) و استدلل للثاني: بانه لا- تعارض بين البيتين، لان مرجح بينة النفي الى عدم وصول نظرها و حدسها الى الزيادة، فبينه الاثبات المدعية للزيادة سليمة.

وفيه: ان بينة الأقل تشهد بالقطع على عدم الزيادة واقعا.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب احكام الصلح.

منهاج الفقاهة (للمروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٧

بل تصلح مرجعا في المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق احدهما للاصل، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل. والحاصل ان بينة الزيادة تثبت امرا مخالفا للاصل و معارضتها بالأخرى النافية لها لا توجب سقوطها بالمرءة لفقد المرجح فيجمع بين النفي و الاثبات في النصفين و يندفع الثالث بأن ترجيح الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها. انما هو في مقام الاطاعة و المعصية الراجعتين الى الانقياد و التجري

و استدلل للثالث: بعموم ادلة القرعة، «١» اما لتشخيص الواقع، أو لتشخيص الدليل،

وبخصوص بعض ما ورد من النصوص في تعارض البيئات الامر بالرجوع الى القرعة الشامل باطلاقه للمقام كصحيح الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) في شاهدين شهدا على امر و جاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا و اختلفوا قال (عليه السلام): يقرع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين و هو اولى بالحق. «٢» و نحوه غيره.

و لكن يرد على الأول منهما: ان القرعة مختصة بموارد عدم تشخيص الحكم و لومع الأصل، اما لاختصاص موضوع الأدلة بذلك أو لتخصيصها بادلة الاصول و الامارات،

و عليه ففي المقام بما ان مقتضى اصالة البراءة عدم استحقاق الزائد، فلا وجه للرجوع الى القرعة، مع ان دليل القرعة مختص بما إذا كان هناك حق ثابت، و في المقام ثبوته غير معلوم كما تقدم. و يرد على الثاني: انه مختص بمورد الحكومة كما هو واضح، فلا وجه للتعدى.

و استدلل للرابع: بان كلا من المتبايعين متشبه بحجة ظاهريه، و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

(٢) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كيفية الحكم حديث ١١.

منهاج الفقاهة (للمروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٨

حيث ان ترك التجري اولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس فإن مراعاة الجميع اولى من اهمال احدهما رأسا و ان اشتمل على اعمال الآخر إذ ليس الحق فيهما لواحد معين كما في حقوق الله سبحانه ثم ان قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة لأن المأمور به هو العمل بكل من الدليلين لا بالواقع المررد بينهما إذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع فهما سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس فيجب مراعاتها و اعمال اسبابها بقدر الامكان إذ لا ينفع توفية حق واحد مع اهمال حق الآخر رأسا على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع،

وفيه: ان مجرد عدم امكان الحلف - مع ان مقتضى الأصل عدم الاشتغال بالزائد - لا دليل على كونه سببا لوجوب الصلح.

و استدلل للخامس: بامتناع الجمع و فقد المرجح.

وفيه: اولاً: انه لا ينحصر الكلام بمورد التنازع و الخصومة.

و ثانيا: انه لا وجه لتخيير الحاكم بعد عدم كون الواقع كذلك قطعا.

و استدل للسادس: بالنصوص «١».

و فيه: انها مختصة بصورة النزاع و الترافع الى الحاكم، و لا دليل على التعدى.

و استدل للسابع: بان اصالة البراءة مرجحة للبينة الحاكمة بالأقل.

و فيه: ان الأصل لا يصلح مرجحا للدليل لكونه فى طوله.

فتحصل: ان الأظهر هو القول الثامن و هو التساقت و الرجوع الى الأصل، و هو يقتضى عدم الاشتغال بالزائد.

فان قلت: انك بنيت فى الاصول على ان الأصل فى تعارض الامارات هو التخيير لا التساقت، فكيف لا تلتزم به فى المقام؟

قلت: ان ذلك فيما يمكن فيه التخيير، و فى المقام لا يصح، إذ لا معنى لتخيير البائع و المشتري معا كما لا يخفى، و ترجيح احدهما

بلا مرجح.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢١٩

ثم ان المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما فى قيمتى الصحيح فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و من الثلث لثلهما و من

الأربع ربعهما و هكذا فى المعيب. (١)

ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبة فإذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و

الآخرى ستة و احدى قيمتى المعيب اربعة و الاخرى اثنين (٢) اخذ للصحيح تسعة و للمعيب ثلاثة و التفاوت

بالثلثين فيكون الارش ثلثى الثمن. و يمكن ايضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بأن تعمل فى نصفه بقول المثبت

للزيادة. و فى نصفه الآخر بقول النافى فإذا قومه احدهما باثنى عشر و الاخرى بثمانية اخذ فى نصف الاربعة بقول المثبت و فى نصفها

الآخر بقول النافى جمعا بين حقى البائع و المشتري

طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين

(١) المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما فى قيمتى الصحيح، فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و من الثلث لثلهما، و من

الأربع ربعهما، و هكذا فى المعيب، ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للمعيب، و يؤخذ بتلك النسبة.

و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى موارد:

الأول: فى بيان مورد الكلام.

الثانى: فى بيان الطريقتين المذكورين للجمع.

الثالث: فى بيان ان الطريقتين هل يختلفان ام لا.

الرابع: فى بيان الصحيح منهما.

اما الأول: فمورد الكلام صورة التعارض، و الا فلو كان ما به التفاوت على كل من القولين هو النصف مثلا فهو خارج عن محل الكلام

لعدم التعارض لمكان اتحاد النتيجة بالنسبة الى المسمى.

و بذلك يظهر ان المثال الأول الذى ذكره المصنف (رحمه الله) و هو.

(٢) ما إذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخرى ستة، و احدى قيمتى المعيب اربعة و الاخرى اثنتين خارج عن محل الكلام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٠

لكن الاظهر هو الجمع على النهج الأول و يحتمل الجمع بطريق آخر و هو ان يرجع الى البيئنة في مقدار التفاوت و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظة القيم و هذا منسوب الى الشهيد (قدس سره) على ما في الروضة.

و حاصله قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور فإن التفاوت الصحيح و المعيب على قول كل من البيئتين بالثلثين كما ذكرنا في الطريق الاول، و قد يختلفان كما إذا كانت احدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الاخرى ثمانية و قيمة المعيب على الاول عشرة و على الثاني خمسة.

فعلى الأول: يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح اعني العشرة و نصف قيمتي المعيب و هو سبعة و نصف. فالتفاوت بالربع، فالارش ربع الثمن اعني ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر.

و على الثاني: يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على احدى البيئتين بالسدس و على الاخرى ثلاثة اثمان و بنصف المجموع اعني ستة و نصفاً من اثني عشر جزءاً و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع و قد كان في الاول ثلاثة و قد ينقص عن الاول كما إذا اتفقا على ان قيمة المعيب ستة. و قال احدهما قيمة الصحيح ثمانية، و قال الاخرى عشرة.

فعلى الأول: يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما تسعة و نسبته الى الستة بالثلث.

و على الثاني: يكون التفاوت على إحدى البيئتين ربعاً و على الاخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين، فيكون ثماناً و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس.

توضيح هذا المقام ان الاختلاف اما ان يكون في الصحيح فقط، مع اتفاقهما على المعيب، و أما ان يكون في المعيب فقط، و أما ان يكون فيهما، فان كان في الصحيح فقط كما في المثال الاخير فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً لأنك قد عرفت ان الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب الى مجموع نصفى قيمتي الصحيح المجعول قيمة متزعة و على الطريق الآخر نسبة المعيب الى كل من القيمتين المستلزمة لملاحظة اخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيئتين في العمل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢١

و المفروض في هذه الصورة ان نسبة المعيب الى مجموع نصفى قيمتي الصحيح التي هي طريقه المشهور مخالفة لنسبة نصفه الى كل من النصفين لأن نسبة الكل الى الكل تساوى نسبة نصفه الى كل من نصفى ذلك الكل و هو الاربعة و النصف في المثال لا إلى كل من النصفين «البعضين» المركب منهما ذلك الكل كالأربعة و الخمسة بل النصف المنسوب الى احد بعض المنسوب إليه كالأربعة نسبة مغايرة لنسبته الى البعض الآخر، اعني الخمسة و هكذا غيره من الامثلة.

و ان كان الاختلاف في المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين ابداً،

لأن نسبة الصحيح الى نصف مجموع قيمتي المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه الى نصف احدهما و نصفه الآخر الى نصف الأخرى كما إذا اتفقا على كون الصحيح اثنا عشر، و قالت احدهما المعيب ثمانية و قالت الاخرى ستة فإن تفاوت السبعة و الاثني عشر الذي هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنا عشر و الستة مع الاثنا عشر الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع. و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثني عشر و ان اختلفا في الصحيح و المعيب فإن اتحدت النسبة بين الصحيح و المعيب (١) على كلا البيئتين فيتحد الطريقتان دائماً كما إذا قومه احدهما صحيحاً باثني عشر و معيباً بستة و قومه الاخرى صحيحاً بستة و معيباً بثلاثة فإن نصف الصحيحين اعني التسعة تفاوتته مع نصف مجموع المعيين و هو الاربعة و نصف عين نصف تفاوتى الاثنا عشر مع الستة و الستة مع الثلاثة.

فان التفاوت على التقديرين بالثلثين. و كذا المثال الذي ذكره تحت عنوان قوله:

(١) و ان اختلفا فى الصحيح و المعيب فان اتحدت النسبة ... الخ،

و هو ما إذا قوم احدهما الصحيح باثنى عشر و المعيب بستة، و قوم الاخرى الصحيح بستة و المعيب بثلاثة، فان التفاوت على التقديرين بالنصف كما صرح به،

و الظاهر ان منشأ اشتباه المصنف (رحمه الله) عبارة الجواهر حيث ذكر المثاليين فى آخر الصورة الاولى من الصور الثلاث التى ذكرها لبيان اتحاد الطريقتين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٢٢

و الحاصل ان كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين و ان اختلفت النسبة، فقد يختلف الطريقتان و قد يتحدان و قد تقدم مثالهما فى اول المسألة.

ثم ان الاظهر بل المتعين فى المقام هو الطريق الثانى المنسوب الى الشهيد (قدس سره)

وفاقا للمحكى عن ايضاح النافع حيث ذكر ان طريق المشهور ليس بجيد، و لم يذكر وجهه و يمكن ارجاع كلام الاكثر إليه كما سيجىء. و وجه تعيين هذا الطريق ان اخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثانى.

اما للجمع بين البيئتين باعمال كل منهما فى نصف العين كما ذكرنا و أما لأجل ان ذلك توسط بينهما لأجل الجمع بين الحقين بتنصيف ما به التفاوت نفيا و اثباتا على النهج الذى ذكرناه أخيرا فى الجمع بين البيئتين كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع احدهما المررد بينهما من عند الودعى و لم تكن هنا بينة تشهد لاحدهما بالاختصاص بل و لا ادعى احدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

فعلى الأول فاللازم و ان كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب كما فعله المشهور بأن يجمع الاثنا عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم و يؤخذ نصف احدهما قيمة نصف المبيع صحيحا و نصف الأخرى قيمة للنصف الآخر منه، و لازم ذلك كون تمامه بعشرة و يجمع قيمتا المعيب أعنى العشرة و الخمسة و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما. و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة و نصف إلا- أنه لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشرة إلى المجموع من نصف الأخرى أعنى سبعة و نصف، كما نسب إلى المشهور لانه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر و جب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل من النصفين صحيحا و معيبا و اخذ الارش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه. فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح الا باعتبار ان نصفه مقوم بستة و نصفه الآخر باربعة، و كذا السبعة و النصف ليست قيمة لمجموع المعيب الا باعتبار ان نصفه مقوم بخمسة و نصفه الآخر باثنين و نصف، فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و النصف بل لا بد من اخذ تفاوت ما بين الاربعة و الاثنتين و نصف لنصف منه و تفاوت ما بين الستة و الخمسة للنصف الآخر.

و توهم ان حكم شراء شىء تغاير قيمتا نصفيه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٢٣

حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معينين مختلفين فى القيمة صحيحا و معيبا بأن اشترى عبدا و جارية باثنى عشر فظهرا معينين و العبد يسوى اربعة صحيحا و اثنين و نصفا معيبا و الجارية يسوى ستة صحيحه و خمسة معيبه فإنه لا شك فى ان اللازم فى هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتى الصفقة صحيحه و معيبه أعنى العشرة و السبعة و النصف و اخذ التفاوت و هو الربع من الثمن و هو ثلاثة إذا فرض الثمن اثنى عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه.

مدفوع بأن الثمن فى المثال لما كان موزعا على العبد و الجارية بحسب قيمتهما فإذا اخذ المشتري ربع الثمن ارشا فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته و للجارية سدسها،

كما هو الطريق المختار لأنه اخذ من مقابل الجارية أعنى سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد أعنى اربعة و

اربعة اخماس ثلاثة اثمان و هو واحد و اربعة اخماس، فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبق على السدس و ثلاثة اثمان، بخلاف ما نحن فيه، فإن المبذول في مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة امر واحد، و هو نصف الثمن، فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية و العبد في المثال المفروض بثمان مساو للآخر، بأن اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر في عقد واحد أو عقدين، فلا يجوز حينئذ اخذ الربع من اثني عشر بل المتعين حينئذ ان يؤخذ من ستة الجارية سدس و من ستة العبد اثنان و ربع، فيصير مجموع الارش ثلاثة و ربعا

و أما الثاني: فمحصل طريقة المشهور ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح، و مجموع قيمتى المعيب، و ملاحظة نسبة المجموع الى المجموع، و الاخذ من الثمن بتلك النسبة. فإذا قوم احدهما الصحيح بستة، و الاخرى باربعة، و قوم الاولى المعيب باثنين، و الاخرى بثلاثة،

يلاحظ نسبة الخمسة الى العشرة، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة و هي النصف.

و نسب الى الشهيد (رحمه الله) طريق آخر، و هو: الرجوع الى البينة في مقدار التفاوت، و بجمع بين البيئات فيه، من غير ملاحظة القيم، فالشاهد على نصف مجموع الكسرين، و المشهور على الكسر بين القيمتين المنتزعتين.

و أما الثالث: فتارة: تتحد قيمة الصحيح و تختلف قيمة المعيب، و اخرى: تتحد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٤

و هو المأخوذ في المثال المتقدم على الطريق الثاني.

و قد ظهر مما ذكرنا انه لا فرق بين شهادة البيئات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب. و ان لم يذكر و القيم، هذا كله إذا كان مستند المشهور في اخذ القيمة الوسطى العمل بكل من البيئتين في جزء من المبيع. و أما إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقين على ما ذكرنا أخيرا بأن ينزل القيمة الزائدة و يرتفع الناقصة على حد سواء فالمتعين الطريق الثاني ايضا، سواء شهدت البيئتان بالقيمتين ام شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب.

اما إذا شهدتا بنفس التفاوت، فلأنه إذا شهدت احدهما بأن التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس و هو الاثنان من اثني عشر و شهدت الاخرى بأنه بثلاثة اثمان و هو الثلاثة من ثمانية زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة اثمان و صار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا و نصف سدس، و ثمنه و هو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة و ربع، كما ذكرنا سابقا،

قيمة المعيب و تختلف قيمة الصحيح، و ثالثة: تختلف كل من القيمتين.

اما في الصورة الاولى: فالظاهر هي المطابقة الدائمة بين الطريقين، إذ قيمة الصحيح إذا كانت واحدة، و الكسر و ان كان يختلف باختلاف قيمة المعيب، لكن الكسرين متساو ان النسبة الى كل نصف من الصحيح لفرض تساوى النصفين في القيمة، فمجموع الكسرين قهرا هو كسر مجموع النصفين، فلا فرق بين ان يلاحظ الكسرين و يضافان الى الواحد، و بين ان يلاحظ قيمتى الصحيح و المعيب، و يلاحظ الكسر الواحد.

و أما في الصورة الثانية: فالظاهر هو عدم المطابقة دائما، نفرض توافقهما على ان قيمة المعيب ستة، و احدهما تقول: ان قيمة الصحيح عشرة، و الاخرى تقول: انها ثمانية، لازم ما افاده المشهور من ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح و هي ثمانية عشر، و ملاحظة مجموع قيمتى المعيب و هي اثنا عشر، و ملاحظة نسبة المجموع الى المجموع، هو كون التفاوت بالثلث، و لازم ما افاده الشهيد (رحمه الله) و هو الرجوع الى البينة في مقدار التفاوت و الجمع بين البيئات فيه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٥

وان شهدت البيئتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين حقي البائع والمشتري في مقام اعطاء الارش واخذه تعديل قيمتي كل من الصحيح والمعيب بالزيادة و النقصان بأخذ قيمة نسبته الى المعيب دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة فيؤخذ من الاثنى عشر و العشرة من الثمانية و الخمسة قيمتان للصحيح و المعيب نسبة احدهما الى الاخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة اثمان فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس.

و من هنا يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطريق الثانى بأن يريدوا من اوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكل منها من حيث نسبتها الى قيمة الآخر، فيكون مرادهم من اخذ قيمتين للصحيح و المعيب قيمة متوسطة من حيث نسبة احدهما الى الاخرى بين اقوال جميع البيئات المقومين للصحيح و الفاسد، و ليس فى كلام الاكثر انه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة، و كذلك قيم المعيب ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى.

هو كون التفاوت بنصف الخمسين الذين هما ما به التفاوت لإحدهما، و هى ما تعين قيمة الصحيح عشرة، و نصف الربع الذى هو ما به التفاوت للآخرى، و هى ما تعين قيمته ثمانية،

فيؤخذ من الثمن خمس و ثمن، و هذا اقل من الثلث، فلو كان الثمن اثنى عشر لازم ما افاده المشهور الاخذ من الثمن اربعة، و لازم ما افاده الشهيد (رحمه الله) الاخذ منه ثلاثة و نصف. فتدبر.

و أما فى الصورة الثالثة: فيظهر الحال فيها مما تقدم، و هو عدم المطابقة دائما.

و أما الرابع فالأظهر انه بناء على الالتزام بالجمع يتعين اختيار طريقة الشهيد (رحمه الله)، إذ مدرك الجمع اما لزوم الجمع بين الحقين، أو لزوم العمل بالبيئتين، و على التقديرين يتعين ما ذهب إليه الشهيد (رحمه الله).

اما على الأول: فلأن الحق يدور امره بين كل من التفاوتين: اى الربع و النصف مثلا، فلا وجه لملاحظة قيمتي الصحيح و المعيب و انتزاع قيمة متوسطة، ثم ملاحظة كسر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٦

قال فى المقنعة: فإن اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم و نحوه فى النهاية.

و فى الشرائع حمل على الأوسط و بالجملة، فكل من عبر بالأوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد، هذا مع ان المستند فى الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيئتين فى قيمة نصف المبيع. نعم لو لم يكن بينه اصلا لكن علمنا من الخارج ان قيمة الصحيح اما هذا و أما ذلك، و كذلك قيمة المعيب و لم نقل حينئذ بالقرعة و الاصل، فاللازم الاستناد فى التنصيف الى الجمع بين الحقين على هذا الوجه.

و قد عرفت ان الجمع بتعديل التفاوت لأنه الحق دون خصوص القيمتين المحتملتين و الله العالم.

القول فى الشروط التى يقع عليها العقد (١) و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها

تلك القيمة.

و أما على الثانى: فلأن الرجوع الى البيئتين انما هو لتعيين ما به التفاوت، و انما التعارض بينهما فى ذلك و هو مورد الأثر، فلا بد من الجمع بينهما فى ذلك، و لا فرق فى ذلك بين كون البيئتين قائمة ابتداء على ما به التفاوت من دون تعرض لقيمتي الصحيح و المعيب، أو كونها قائمة على القيمتين، و يكون ما به التفاوت مدلولها الالتزامى.

القول في الشروط

إشارة

(١) فصل: في الشروط المذكورة في متن العقد، و التي بناء العقد عليها. لا إشكال في أن عقد البيع قابل للشروط و إن لم يقبل التعليق، و ستعرف الفرق بينهما، و كيف كان فالشرط جائز إجماعا كما عن التذكرة و القواعد و غيرها، و عن الغنية نفى الخلاف فيه بين المسلمين، و النصوص «١» المتواترة شاهدة به، نذكر في المقام جملة منها تيمنا. لاحظ النبوي: الشرط جائز بين المسلمين «٢».

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار، و باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان، و باب ٤ من ابواب المكاتبه و غيرها.

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٧

...

و صحيح عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل «١» و صحيحه الآخر عنه (عليه السلام): المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز «٢».

و خبر اسحاق عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما «٣».

و صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام عن الشرط في الاماء لا تباع و لا تورث و لا توهب، فقال عليه السلام: يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث، و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد «٤».

و مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام في رجل اشترى جارية و شرط لاهلها ان لا يبيع و لا يهب قال (عليه السلام) يفي بذلك إذا شرط لهم «٥» الى غير ذلك من النصوص الكثيرة، و سيمر عليك الاستدلال بالكتاب أيضا له.

حقيقة الشرط

و تنقيح القول فيها بالبحث في مقامات:

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان حديث ١.

(٥) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٨

الشرط يطلق في العرف على معنيين (١) احدهما المعنى الحديثي و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شرط للامر الفلاني و ذلك الامر مشروط و فلان مشروط له أو عليه.

أى النزاع فى معنى الشرط و حقيقته- فى الشروط الابتدائية، فانه لو شملها الشرط بما له من المعنى كانت لازم الوفاء: لإطلاق الدليل، و الا فلا.

لا يقال: انه لا يجب الوفاء بها اجماعا و ان صدق عليها الشرط فلا فائدة فى هذا النزاع.

فانه يرد: بان هذا الاجماع بما أنه ليس تعبديا، و لعل مدرك المجمعين عدم صدق الشرط عليها، فلا يصلح لتقييد اطلاق الدليل.

و قد ذكروا فى مقام بيان معنى الشرط عرفا و لغة امورا،

و هى: الالتزام و الالتزام اما فى البيع و نحوه كما عن القاموس، أو مطلقا و إليه يرجع ما فى حاشية السيد من أنه جعل الزامى أى الجعل المستلزم للالتزام، و العهدة، و العلامة، و مطلق الربط، و التعليق.

(١) و المصنف (رحمه الله) ذهب الى ان له معنيين عرفيين: احدهما: الالتزام و الالتزام،

و الثانى: ما يلزم من عدمه العدم،

و أن له معنيين اصطلاحيين أحدهما: ما يستعمل فى السنة النحاء و هى الجملة الواقعة تلو أداة الشرط ثانيهما: ما يستعمل فى السنة أهل المعقول.

و الحق أن له معنى واحدا و هو: الربط و التعليق، و استعماله فى جميع الموارد انما يكون فى ذلك المعنى.

توضيح ذلك: أن الشرط- بالتحريك- بمعنى العلامة، و الدون و الرذل، و الشريف،

و جمعه أشرط، و من ذلك اشراط الساعة أى علاماتها، و أشرط الغنم أى رذالها، و أشرط الناس أى أشرافهم.

و أما الشرط- بالسكون- و جمعه شروط فهو بحسب المتفاهم العرفى ليس مطلق الالتزام، و لذا يصدق على ايجاب عمل على شخص، و لا على مطلق الجعل و الاثبات، بل المنساق الى الذهن منه هو تقييد أمر بآخر اما واقعا أو بجعل جاعل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٢٩

و فى القاموس انه الزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره، (١) و ظاهره كون استعماله فى الالتزام الابتدائى مجازا أو غير صحيح، لكن لا إشكال فى صحته لوقوعه فى الاخبار كثيرا مثل قوله (صلى الله عليه و آله) فى حكاية بيع بريرة (٢) ان قضاء الله احق و شرطه اوثق و

الولاء لمن اعتق

(١) و ما فى القاموس و غيره من مصاديق هذا المعنى العام،

كما أن اطلاقه فى السنة النحاء على الجملة الواقعة عقيب أداة الشرط- انما يكون من هذا الباب، فإن المقدم أما أن يكون شرطا واقعا أو جعليا للجزاء كما أن اطلاقه فى السنة أهل المعقول على جزء من أجزاء العلة من هذا الباب.

و بالجملة للشرط معنى واحد، و اطلاقه فى جميع الموارد من ذلك الباب، و هو: تقييد أمر بآخر. غاية الأمر أن هذا التقييد و الربط قد يكون تكوينيا كربط احراق النار بالمحاذة.

و قد يكون مجعولا بجعل تشريعى كجعل الطهارة شرطا للصلاة، و قد يكون مجعولا بجعل المتعاملين و ليس له معنى آخر.

و بذلك ظهر أن الشرط بهذا المعنى لا يصدق على الشروط الابتدائية، و هو واضح.

و قد استند المصنف (رحمه الله) فى شموله لها الى اطلاقه عليها فى موارد:

(٢) منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم في حكاية بيع بريرة: ان قضاء الله احق و شرطه اوثق و الولاء لمن أعتق، «١» فإنه أطلق الشرط على ما جعله الله تعالى ابتداء من أن الولاء للمعتق خاصة.
و فيه: أولاً: أن إطلاق الشرط عليه إنما هو من جهة أن الولاء مقيد بحسب

(١) ليس في النصوص المروية من طرقنا إلا قوله (صلى الله عليه وآله): الولاء لمن أعتق راجع الوسائل باب ٥٢ من ابواب نكاح العيب و الاماء، و باب ٧٣ من ابواب كتاب العتق، و غيرها من كتب الحديث، نعم من طرق العامة ما تضمن الجملة بتمامها، و عن دعائم الاسلام عن علي (عليه السلام) عنه (صلى الله عليه وآله): الولاء لمن أعتق و شرط الله أكد.
منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٠

و قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في الرد على مشروط عدم التزوج بامرأة اخرى في النكاح ان شرط الله قبل شرطكم. (١)
و قوله ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام للمشتري، (٢) قلت: و في غيره قال هما بالخيار حتى يفترقا.
و قد اطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض اخبار الشرط في النكاح (٣)

الجعل الإلهي بالعتق.

و ثانياً: أنه يمكن أن يكون الاستعمال مجازياً للمشكلة، نظير قوله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ) «١» مع أن المجازاة ليست من الاعتداء.

(١) و منها: قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في الرد على مشروط عدم التزوج بامرأة اخرى في النكاح: شرط الله قبل شرطكم «٢» و الجواب عنه ما تقدم في سابقه.

(٢) و منها: قوله ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام للمشتري «٣».

و فيه: أن الاطلاق فيه إنما هو باعتبار ارتباط العقد بالخيار، غاية الأمر الخيار مجعول من الشارع للمتعاقدين.

(٣) و منها: انه اطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض اخبار النكاح،

و الظاهر أن نظره الى خبر منصور بن يونس بزرج عن العبد الصالح (عليه السلام) قال: قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانته منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزوج بعد ذلك،

فكيف يصنع؟ فقال (عليه السلام): بش ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: المؤمنون عن شروطهم، «٤» فإنه لا شرط إلا ما جعله الله عليه و هو إما نذر أو عهد

(١) البقرة: ١٩١.

(٢) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٥.

(٤) الوسائل - باب ٢٠ من ابواب المهور حديث - ٤ كتاب النكاح.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣١

و قد اعترف في الحدائق بأن اطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار. (١)

و أما دعوى كونه مجازاً، فيدفعها مضافاً الى اولوية الاشتراك المعنوي و الى ان المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس الا مجرد

الالتزام استدلال الامام (عليه السلام)

بالنبوى: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذى اطلق فيه الشرط على النذر أو العهد و مع ذلك فلا حجة فيما فى القاموس مع تفرد به. و لعله لم يلفت الى الاستعمالات التى ذكرناها و الا لذكرها و لو بعنوان يشعر بمجازيتها. ثم قد يتجاوز فى لفظ الشرط بهذا فيطلق على نفس المشروط كالمخلوق فيراد به ما يلزمه الانسان على نفسه. الثانى: ما يلزم من عدمه العدم، من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود اولا

لا الى خبر ابن سنان المروى «١» فى الحاشية، فإنه ليس فيه ما يتوهم كونه نذرا أو عهدا، و لا يكون مديلا بقول رسول الله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم.

وفيه: أن إطلاق الشرط ليس باعتبار أنه نذر أو عهد، بل باعتبار إناطة الترويج عليها بذلك الالتزام المؤكد.

(١) و منها: اطلاق الشرط على البيع فى كثير من الاخبار و فيه: أنه لم يستعمل الشرط فى البيع فى شىء من الاخبار، فإن الأخبار التى ادعى صاحب الحدائق إطلاق الشرط فيها على البيع إنما اطلق فيها ذلك باعتبار أنه قد التزم كون المبيع موصوفا بوصف خاص الذى هو التزم فى ضمن البيع.

لاحظ: صحيح الحلبي: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يسلم فى وصف أسنان معلومه و لون معلوم ثم يعطى دون شرطه أو فوقه، فقال (عليه السلام): إذا كان عن طيبة نفس منك و منه فلا بأس «٢» و نحوه غيره.

(١) الوسائل - باب ٣٨- من ابواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح.

(٢) الوسائل - باب ٩- من ابواب السلف حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٢

و هو بهذا المعنى اسم جامد لا- مصدر، فليس فعلا و لا حدثا (١) و اشتقاق المشروط منه ليس على الاصل كالشارط، و لذا ليسا بمتضايين فى الفعل و الانفعال، (٢) بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب، فعلم من ذلك ان الشرط فى المعنيين نظير الامر بمعنى الشىء و أما استعماله فى السنه النجاة على الجملة الواقعة عقيب ادوات الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من افادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثانى، كما ان استعماله فى السنه اهل المعقول و الاصول، فيما يلزم من عدمه العدم، و لا يلزم من وجوده الوجود، مأخوذ من ذلك المعنى. الا انه اضيف إليه ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلا للسبب، فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين و آخرين اصطلاحيين (٣) لا يحمل عليهما الاطلاقات العرفية بل هى مرددة بين الاوليين، فان قامت قرينة على ارادة المصدر الاول أو على ارادة الجامد تعين الثانى و إلا حصل الاجمال.

قال المصنف (رحمه الله) بعد ما ذكر المعنى الثانى للشرط و هو ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود اولا:

(١) و هو بهذا المعنى اسم جامد لا- مصدر فليس فعلا- و لا حدثا و فيه: أن ضابط كون المعنى اشتقاقيا: كون المبدأ صالحا و قابلا للقيام بشىء بأحد أنحاء القيام، و عنوان ما يلزم من عدمه العدم و إن لم يكن صالحا لذلك إلا أن المبدأ فيه و هو استلزام شىء لشىء صالح لذلك، و هذا يكفى فى كونه اشتقاقيا.

(٢) و ما ذكره من عدم التضاييف فى الفعل و الانفعال بينه و بين المشروط يرد عليه: أن المشروط مضايف للشرط بالمعنى الوصفى، و لا- يعتبر فى التضاييف أن يكون مضايف ما هو على هيئة المفعول هو هيئة الفاعل، مع أن المشروط بمعنى المشروط فيه لا يكون

مضائفا للشارط، و هو بما له من المعنى و هو نفس المشروط مضاييف له،

(٣) قوله فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين و آخرين اصطلاحيين قد عرقت ان له معنى واحد، فى العرف، و اللغة، و الاصطلاح

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢٣٣

و ظهر ايضا ان المراد بالشرط فى قولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدرا. اما مستعملا فى معناه اعنى الزاما على انفسهم و أما مستعملا بمعنى ملتزماتهم. و أما بمعنى جعل الشىء شرطا بالمعنى الثانى بمعنى التزام عدم شىء عند عدم آخر، و سيجىء الكلام فى ذلك. و أما الشرط فى قوله ما الشرط فى الحيوان قال: ثلاثة ايام للمشتري قلت: و ما الشرط فى غيره؟ قال:

البيعان بالخيار حتى يفترقا. و قوله الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط أو لم يشترط، فيحتمل ان يراد به ما قرره الشارع و الزمه على المتبايعين أو احدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع، و يحتمل ان يراد به الحكم الشرعى المقرر و هو ثبوت الخيار و على كل تقدير ففى الاخبار عنه بقوله ثلاثة ايام مسامحة، نعم فى بعض الاخبار فى الحيوان كله شرط ثلاثة ايام و لا يخفى توقفه على التوجيه (١)

الكلام فى شروط صحة الشرط

إشارة

و هى امور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها احدها ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف، (٢) فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر على العاقد على تسليم العين موصوفا بها (١) قوله و لا يخفى توقفه على التوجيه و الوجه فيه انه ليس فى الحيوان شرط ثلاثة ايام بل شرط خيار ثلاثة ايام فحذف المضاف و اقيم المضاف إليه مقامه و لكن قد مر ان المراد بالشرط هو الخيار فلا حاجة الى التقدير و عليه فما فى الحاشية من ان فى العبارة سقطا فان المناسب ان يقول لا يخفى عدم توقفه على التوجيه متين.

اعتبار دخول الشرط تحت القدرة

الكلام فى شروط صحة الشرط، و هى امور.

(٢) احدها ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف فيخرج ما ليس بمقدور كصيرورة الزرع سنبلًا. كذا طفحت كلماتهم به و لكن بما أن القدرة و عدمها اللتين هما من قبيل العدم و الملكة تختصان بالأفعال،

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢٣٤

مثل صيرورة الزرع سنبلًا و كون الامة و الدابة تحمل فى المستقبل أو تلد كذا، أو كان عملا كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرا كما مثل به فى القواعد.

لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلًا و تمرا (١) و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته، كأفعال الله سبحانه

و لا تتعلقان بالأعيان الخارجية و الأوصاف، و هذا البحث لا يختص بالأفعال،

فالأولى التعبير بأن يكون ما يشترط تحت سلطانه و استيلائه،
 فيعم الأوصاف، فإنه يسلط على الوصف بسلطنته على العين.
 و كيف كان فتتقيح القول في المقام بالبحث في موارد:
 الأول: فيما إذا كان الشرط فعلا.

الثاني: ما إذا كان وصفا.

الثالث: ما إذا كان من شروط النتيجة.

أما الأول فلا كلام فيما إذا كان الفعل لأحد المتعاقدين و مقدورا له،

و الكلام إنما هو في غير ذلك من أقسامه أعم من، فعل محال من المشروط عليه، أو فعل الغير، أو فعل الله تعالى.

(١) قوله لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلًا و تمرا قد تكرر في كلماتهم المثل للشرط غير المقدور بذلك و المراد من جعل الزرع سنبلًا اما جعل الله تعالى كما صرح به الشهيد.

أو جعل المشروط عليه كما هو صريح جامع المقاصد و ظاهر الشرائع.

أو جعل الاعم من الله و من المشروط عليه كما صرح به صاحب الجواهر و على فرض كون الثاني مرادا ليس المراد به كون المشروط عليه مفيض الوجود أو كونه مجرى الفيض إذ لا يخطر شيء منهما ببال المتعاملين بل المراد اعداد المقدمات المؤدية الى ذلك.
 و حيث ان بعضها خارج عن تحت قدرته فهو شرط غير مقدور.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٥

لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لأن الالزام و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو عادة مما لا يرتكبه العقلاء، (١) و الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين أو الطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء، و الاتيان بالقيود المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز و الصحة بعيد عن شأن الفقهاء.

لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الاجارة و الجعالة، مع ان اشتراط كون الفعل سائغا يغنى عن اشتراط القدرة. (٢)

نعم اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل و ارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطا به و واقعا عليه امر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم بل اولى بالاشتراط من الوصف الخالي الغير المعلوم تحققه،
 ككون العبد كاتبًا و الحيوان حاملا، و الغرض الاحتراز عن ذلك.

و يدل على ما ذكرنا تعبير اكثرهم ببلوغ الزرع و البسر سنبلًا و تمرا أو لصيورتها كذلك، و تمثيلهم لغير المقدور بانعقاد الثمرة و إيناعها و حمل الدابة فيما بعد و وضع الحامل في وقت كذا و غير ذلك.

(١) و ما افاده المصنف (رحمه الله): من ان الالزام و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو عادة مما لا يرتكبه العقلاء، و الإتيان بالقيود المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز بعيد عن شأن الفقهاء يرد عليه: أن الشرط حقيقته ربط العقد بشيء كما اعترف به، فكما أن العقلاء يربطون عقودهم بفعل الغير على ما صرح به كذلك يربطونها بالمحال.

و بالجملة لا- كلام في عدم لزوم الوفاء بالشرط المحال، إنما الكلام في أنه هل يصح ربط العقد به أم لا بحيث يثبت للمشروط له الخيار مع عدم تحققه؟

و الأظهر جواز ذلك.

(٢) قوله مع ان اشتراط كون الفعل سائغا يغنى عن اشتراط القدرة يتم ذلك إذا كان المراد به السائغ الشرعي- و أما إذا كان المراد اعم منه و مما يسوغ عقلا فلا يتم فان المحال ايضا سائغ عقلا و لم يرد فيه منع شرعي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٦

وقال في القواعد يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلًا، و البسر تمرًا، قال الشهيد (رحمه الله) في محكي حواشيه على القواعد أن المراد جعل الله الزرع سنبلًا و البسر تمرًا، لأننا إنما نفرض فيما يجوز أن يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظمته، انتهى.

لكن قال في الشرائع ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على ان يجعله سنبلًا و الرطب على ان يجعله تمرًا، انتهى. و نحوها عبارة التذكرة لكن لا بد من ارجاعها الى ما ذكر، إذ لا يتصور القصد من العاقل الى الالتزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم الا ان يراد اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه مع التزام الايصال، فاسند الجعل الى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم. (١)

و كيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور مضافا الى عدم الخلاف فيه (٢) عدم القدرة على تسليمه (٣) بل و لا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفا به، لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق

(١) قوله فافهم الظاهر انه اشارة الى انه ان اريد باعمال المقدمات اعمالها بقيد الايصال كان من الممتنع العقلي فهو كثر على ما فر- و ان اريد به اعمالها بالمقدار المقدر لم يكن من شرط غير المقدر.

و قد استدلت لعدم الجواز و اعتبار كون الشرط مقدورا بوجوه:

(٢) احدها: الاجماع و فيه أولا: أن المخالف موجود و هو الشيخ و القاضي و غيرهما.

و ثانيا: أنه لمعلومية مدرك المجمعين و لا أقل من احتمال استنادهم الى بعض ما سيأتي- لا يعتمد عليه.

(٣) ثانيا: ما عن العلامة (رحمه الله) و هو ان الشارط لا يقدر على التسليم اى تسليم متعلق الشرط، بل البيع إذا قيد به، و القدرة على التسليم معتبرة.

و فيه: أن مدرك اعتبار القدرة على التسليم لزوم الغرر من عدمها كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٧

و لا يناط بإرادة المشروط عليه، فيلزم الغرر في العقد (١) لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه. و لذا نفى الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استنادا على عدم القدرة على تسليم المبيع، كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة.

(١) و في المقام ان ادعى انه يلزم الغرر في البيع،

فيرده: أن الشرط التزام في الالتزام لا أنه من قيود المبيع، و يكون التزام واحد متعلقا بالمبيع و الشرط و إن ادعى لزوم الغرر في الشرط، فيرده أولا: النقص بما إذا كان الشرط فعل المشتري عليه مع كونه اختياريا إذا لم يوثق بحصوله.

و ثانيا: أن الشرط الذي حقيقته ربط الالتزام بالوفاء بالعقد به، و ثبوت الخيار عند عدمه لا يلزم من عدم القدرة عليه الغرر و الخطر.

ثالثها: لزوم الغرر من عدم القدرة، و قد عرفت ما فيه:

رابعها: لزوم اللغوئية و السفاهة.

و فيه: أولا أن مجرد ذلك لا يوجب البطلان، فإن الباطل معاملة السفية لا المعاملة السفية.

و ثانيا: أنه مع ربط العقد به و تعليق اللزوم عليه لا يلزم اللغوئية و السفاهة.

خامسها: ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) و هو أن الشرط أعد لنقل ما يصح نقله بسائر العقود و ما لا يصح نقله بها، فلا بد و أن يكون مملوكا للشارط و إلا فهو من قبيل: وهب الأمير ما لا يملك.

و فيه: أنه في الشرط ليس تمليك و تملك، بل ربط للعقد به، و أنه مع عدمه للشارط الخيار، فالأظهر عدم اعتبار القدرة.

و أما المورد الثاني، و هو ما إذا كان الشرط وصفًا، فإن كان واثقًا بوجوده كان الوصف حاليًا استقباليًا صح بلا تأمل، فإنه لا غرر و لا محذور آخر،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٨

و لا- ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حاليًا لا- يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتبًا بالفعل أو حاملًا للفرق بينهما بعد الاجماع بأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي، (١) و لو لم يعلما به، فاشتراط كتابته العبد المعين الخارجي بمنزلة توصيفه به، أو بهذا المقدار يرتفع الغرر، بخلاف ما سيتحقق في المستقبل فإن الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه. و قد صرح العلامة، فيما حكى عنه ببطان اشترط ان يكون الامة تحمل في المستقبل، لأنه غرر عرفا خلافا للمحكي عن الشيخ و القاضي فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل، و بجواز الفسخ إذا لم يتحقق، و ظاهرهما كما استفاده في الدروس تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف في مسألة اعتبار القدرة في صحة الشرط

(١) و الا فقد فصل المصنف (رحمه الله): بين الحالي و الاستقبالي و حكم ببطان الثاني للزوم الغرر دون الأول، للإجماع، و لأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي، و بهذا المقدار يرتفع الغرر لكون ذلك بمنزلة التوصيف. و فيه: أولاً: أنه لو كان البناء كافياً فلم لا يلتزم به في الاستقبالي؟ و ثانياً: أن لازمه البطان مع عدم البناء في الوصف الحالي. و ثالثاً: أنه يستلزم ثبوت معنيين للشرط، أحدهما: البناء على تحقق الشرط، و الآخر عدمه.

و الحق هو التفصيل بينهما، و البناء على الصحة في الاستقبالي، و البطان في الحالي. أما الصحة في الأول، فلأن المبيع حين ما يقع البيع عليه معلوم ذاتاً و وصفا فلا غرر فيه، و لا يعتبر العلم بالأوصاف الى الأبد، و الشرط قد تقدم أن الجهل به من حيث هو لا يوجب الغرر. و أما البطان في الثاني، فلأن الجهل بالوصف الحالي موجب لكون المبيع مجهولاً و غررياً فيبطل لذلك لو لا الإجماع على الصحة على ما ادعاه المصنف (قدس سره).

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٩

و يمكن توجيه كلام الشيخ بارجاع اشترط الحمل في المستقبل الى اشترط صفة حالية موجبة للحمل، فعدمه كاشف عن فقدانها. و هذا الشرط و ان كان للتأمل في صحته مجال (١) الا- ان ارادة هذا المعنى تخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف.

ثم ان عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته فيه اصلاً، كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا، (٢) و اخرى لعدم استقلاله فيه، كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإن المقدور هو الايجاب فقط لا العقد المركب، فإن اراد اشترط المركب، فالظاهر دخوله في اشترط غير المقدور إلا أن العلامة قدس سره في التذكرة بعد جزمه بصحة اشترط بيعه على زيد قال لو اشترط بيعه على زيد، فامتنع زيد من شرائه احتمال ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء و العدم إذ تقديره بعه على زيد إن اشتراه، انتهى.

و لا- اعرف وجهها للاحتمال الأول إذ على تقدير ارادة اشترط الايجاب فقط قد حصل الشرط و على تقدير ارادة اشترط المجموع المركب ينبغي البطان، الا- ان يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء، فاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الايجاب فاتفق امتناعه

من الشراء بمنزلة تعذر الشرط، و عليه يحمل قوله في التذكرة و لو اشترط على البائع اقامة كفيل على العهدة، فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

(١) قوله و ان كان للتامل في صحته مجال لعل وجهه ان ذلك من الشروط التي لا منفعة معتد بها فيها و عدم ذلك من شروط صحة الشرط كما سيأتي فانتظر.

(٢) و أما المورد الثالث و هو ما إذا كان الشرط من شروط النتيجة فان كان مما يكفي في تحققه كل سبب و لو كان هو الشرط. لا كلام في صحته، و إن كان مما يتوقف على سبب خاص، فإن كان الشرط تحققه عن سببه لا كلام في صحته أيضا إذا كان سببه مقدورا، و إن كان تحققه من دون السبب بطل، لكونه خلاف الكتاب و السنة، و بذلك يظهر ما في كلام المصنف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٠

و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص، (١) بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة مزوجة أو الزوجة مطلقة من غير ان يراد من ذلك ايجاد الاسباب. اما لو اراد ايجاد الاسباب أو كان الشرط مما يكفي في تحققه نفس الاشتراط فلا اشكال، و لو شك في حصوله بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة، فسيأتي الكلام فيه في حكم الشرط.

الثاني: ان يكون الشرط سائغا في نفسه، (٢) فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم. (٣) و يدل عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم الا- شرطا احل حراما أو حرم حلالا، فإن الشرط إذا كان محرما كان اشتراطه و الالتزام به إحلالا للحرام، و هذا واضح لا إشكال فيه.

(١) قوله و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية ... سبب خاص قد عرفت ان شرط حصول الغاية ما بين ما هو مقدور و ما لا يصح لكونه مخالفا للكتاب و السنة لا لكونه غير مقدور.

اعتبار كون الشرط سائغا

(٢) قوله الثاني ان يكون الشرط سائغا في نفسه في الحاشية لا يخفى ان هذا الشرط راجع الى الشرط الرابع فلا وجه لعدده مستقلا الظاهر ان وجه عده مستقلا ما افاده (رحمه الله) بقوله.

(٣) لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم فانه يؤول الى اجتماع الوجوب و الحرمة في شيء واحد و ان لم يكن دليل على اعتبار عدم المخالفة للكتاب و ان شئت قلت انه يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط مع دليل ذلك الحرام فيتساقطان فلا دليل على نفوذ هذا الشرط.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤١

الثالث: ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا، أو بالنظر الى خصوص المشروط له، (١) و مثل له في الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات.

و قد صرح جماعة بان اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معين، أو ميزان معين،

من افراد المتعارف لغو. سواء في السلم و غيره، و في التذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه، و لا يزيد به المالية، فإنه لغو لا يوجب الخيار، و الوجه في ذلك ان مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له، حتى يتضرر بتعذره، (٢) فيثبت له الخيار

اعتبار أن يكون فيه غرض عقلائي

- (١) الثالث: ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء و قد استدل لاعتبار هذا الأمر بوجوده:
- (٢) الاول: ما فى المتن و تبعه غيره، و هو: ان شرط ما لا غرض للعقلاء فيه و لا يزيد به المالىة لا يعد حقا للمشروط له على المشروط عليه حتى يتضرر بتعذره.
- و بعبارة اخرى: أن الحق من الاعتبارات العقلائية كالملكية، و اعتبار استحقاق ما لا غرض عقلائي فيه من العقلاء خلف، و حيث لا حق عند العقلاء فلا موقع لوجوب الوفاء، كما لا موقع للخيار عند تخلفه.
- وفيه: ان كون شىء حقا لشخص آخر لا يتوقف على الغرض العقلائي بعد عموم دليل الشرط له.
- و بعبارة اخرى: أن مدرك نفوذ الشرط و ثبوت الخيار عند تخلفه أن كان هو بناء العقلاء بضميمة عدم ردع الشارع عنه، أو كان حديث لا ضرر «١» تم ما ذكر، و إلا فلا يتم، إذ عموم المسلمون عند شروطهم «٢» يشمل كل شرط جعله العاقل على نفسه، و لا مخصص لعمومه

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٥ - ٤ - ٣.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٢

أو يعتنى به الشارع، فيوجب الوفاء به (١) و يكون تركه ظلما، فهو نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء، و لو شك فى تعلق غرض صحيح به حمل عليه. (٢)

و من هنا اختار فى التذكرة صحة اشتراط ان لا يأكل الا الهريسة، و لا يلبس الا الخز و لو اشترط كون العبد كافرا ففى صحته أو لغويته قولان للشيخ و الحلوى من تعلق الغرض المعتد به، لجواز بيعه على المسلم و الكافر، و لاستغراق اوقاته بالخدمة و من ان الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و الاغراض الدنيوية لا تعارض الاخرية و جزم بذلك فى الدروس و بما قبله العلامة (قدس سره).

و عدم التضرر بتعذره لا يمنع من ذلك،

كما أن عدم كونه موردا لاعتبار العقلاء، لعدم كونه حقا- لا يصلح للمانع، مع أن عدم اعتبارهم ممنوع:

ثانيها: ما فى حاشية المحقق الاصفهاني (رحمه الله) و هو انصراف دليل الشرط عما لا غرض عقلائي فيه.

وفيه ان الانصراف المقيد للإطلاق هو ما أوجب عدم صدق الموضوع بنظر العرف، و فى المقام يصدق الشرط على ذلك بلا كلام.

ثالثها: أن مقداراً من الثمن يقع بإزاء الشرط، فمع عدم كونه متعلقاً لغرض عقلائي يكون بذل المال بإزائه من قبيل الأكل بالباطل فلا يجوز.

وفيه: أن الثمن لا يقع شىء منه بإزاء الشرط.

(١) رابعها: ما فى المتن ايضا و هو ان الشارع لا يعتنى بما لا غرض عقلائي فيه لىوجب الوفاء به.

وفيه: أن الشارع الأقدس بما أنه رئيس العقلاء لا يوجب الوفاء ابتداء بما ليس فيه غرض عقلائي، إلا أنه لو التزم العاقل على نفسه العمل به لا مانع من امضائه له و إيجابه الوفاء به كما هو مقتضى إطلاق الدليل،

فالأظهر عدم اعتبار هذا القيد.

(٢) قوله و لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٣

الرابع: ان لا- يكون مخالفا للكتاب و السنة، (١) فلو اشترط رقيه حر أو توريث اجنبي كان فاسدا، لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغها شيء. نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بأدلة الوفاء، بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنة، لكنه مما لا يرتاب في ضعفه.

و تفصيل الكلام في هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة موقوف على ذكر الاخبار الواردة في هذا الشرط، ثم التعرض لمعناها، فنقول ان الاخبار في هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى.

إن كان الشاك غير الشارط يبني على الصحة حملا لفعل المسلم عليه،

و إن كان هو الشارط يحمل على الصحيح، لعموم المسلمون عند شروطهم، فإنه و إن كان المورد من موارد الشبهة المصدقية إلا أن المخصص على فرض وجوده بما أنه غير لفظي لا يمنع عن التمسك بالعموم فيه،

اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب و السنة

(١) الرابع من الشروط: ان لا- يكون مخالفا للكتاب و السنة و إلا كما لو اشترط توريث اجنبي فسد لأن اشترط ما يخالف الكتاب و السنة اشترط لما لا يسوغ لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغها شيء و اعتبار هذا الشرط مما اتفق عليه النص و الفتوى، و النصوص الدالة «١» عليه مستفيضة أو متواترة، لاحظ: ما تقدم. و سيأتي طرف منها. و إليك طرف منها في المتن.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار و باب ١٣ و ١٨ من ابواب مقدمات الطلاق، و باب ٢٢ من ابواب موانع الارث، و باب

٢٠ و ٢٩ و ٣٨ من ابواب المهور، و باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان إلى غير تلكم من الأبواب المتفرقة في الكتب، و في كثير منها دلالة على لزوم الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٤

ففي النبوي المروي صحيحا عن ابي عبد الله (عليه السلام): من اشترط شرطا سوى كتاب الله عز و جل، فلا يجوز ذلك له و لا عليه

، و المذكور في كلام الشيخ و العلامة (رحمه الله)

المروي من طريق العامة قوله (صلى الله عليه و آله) في حكاية بريرة لما اشترها عائشة و شرط مواليتها عليها و لاءها

ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز و جل، فهو باطل قضاء الله احق و شرطه اوثق،

و الولاء لمن اعتق.

و في المروي موثقا عن امير المؤمنين (عليه السلام) من شرط لامرأته شرطا، فليف به لها. فإن المسلمين عند شروطهم، الا شرطا حرم حلالا أو احل حراما.

و في صحيحة الحلبي: كل شرط خالف كتاب الله، فهو مردود.

و في صحيحة ابن سنان: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل، فلا يجوز له و لا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما «مما» وافق كتاب الله.

و في صحيحته الاخرى: المؤمنون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز.
و في رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر (عليه السلام) فيمن تزوج امرأة و اصدقها و اشترطت عليه ان بيدها الجماع و الطلاق، قال:
خالفت السنة و وليت حقا ليست اهلا له، فقضى ان عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق، و ذلك السنة
و في معناها مرسله ابن بكير عن ابي عبد الله (عليه السلام) و مرسله مروان بن مسلم الا ان فيهما عدم جواز هذا النكاح.
و في رواية ابراهيم بن محرز قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) رجل قال لامرأته امرك بيدك فقال (عليه السلام): انى يكون هذا و
قد قال الله تعالى: (الرجال قوامون على النساء.

و عن تفسير العياشى عن ابن مسلم عن ابي جعفر (عليه السلام) قال قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأة تزوجها رجل، و شرط
عليها و على اهلها ان تزوج عليها،
أو هجرها، أو اتى عليها سريه، فهى طالق، فقال (عليه السلام) شرط الله قبل شرطكم، ان شاء وفى بشرطه، و ان شاء امسك امرأته و
تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: (فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَ ثَلَاثًا)، و قال: (احل لكم
مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ) الآية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٥

ثم الظاهر ان المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من احكام الدين و ان بينه على لسان رسول (صلى الله عليه و آله) (١)
فاشترط و لاء المملوك لبائعه، انما جعل فى النبوى مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى، لكن ظاهر النبوى و احدى صحيحتى ابن سنان

و تحقيق القول فى المقام إنما هو بالبحث فى جهات.

الأولى: أن الموجود فى أغلب النصوص مخالفة الكتاب، و فى بعضها مخالفة السنة،

و فى المرسل المروى عن الغنية الجمع بينهما، و المراد من السنة معلوم،

إنما الكلام فى المراد من الكتاب، فقد ذهب المصنف (رحمه الله) و تبعه جمع الى.

(١) ان الظاهر ان المراد به ما كتبه الله تعالى على عباده و ان بينه بلسان نبيه (صلى الله عليه و آله)

و بعبارة أخرى: أن المراد كتابه التشريعى فى مقابل كتابه التكوينى.

و أورد عليه المحقق الايروانى (رحمه الله): بأنه إن أراد بالظهور الظهور الابتدائى، فهو ممنوع.

و إن أراد به الظهور الثانوى بقريته عد اشترط و لاء المملوك لغير المعتق مخالفا للكتاب، مع أنه لا آية فى الكتاب تدل على ذلك،

ففيه: أن الامام (عليه السلام) لعله عرف موقع استفادة ذلك من كلام الله، فإنه الخبير بمواقع استفادة الأحكام من القرآن.

و فيه: أن مراده بحسب الظاهر هو الثانى،

و يرد على ما أفاده: أن الخبر متضمن للتوبيخ على أنه مع كون الشرط مخالفا للكتاب كيف اشترطوها؟! و من الواضح أن ما لا طريق

لعامة الناس إليه لا يمكن أن يجعل ميزانا لشروطهم، و يوبخهم على ما خالفه، و على هذا فيكون المراد بالكتاب هو الكتاب التشريعى

لا القرآن.

و يمكن أن يقال: إن المراد به هو القرآن، و لكن ما خالف السنة يكون مخالفا له بتقريب: أنه فى القرآن أمر باتباع النبى (صلى الله

عليه و آله) و المعصومين (عليهم السلام) فإذا عينوا وظيفة مخالفتها تكون مخالفة للكتاب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٦

اشترط موافقة كتاب الله فى صحة الشرط، (١) و ان ما ليس فيه أو لا يوافق،

فهو باطل و لا يبعد ان يراد بالموافقة عدم المخالفة، نظرا الى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات الغير المحرمة في النفس و المال،
فخياطة ثوب البائع مثلا موافق للكتاب بهذا المعنى، (٢)

الثانية: أن الاستفادة من النصوص نفوذ كل شرط لم يخالف كتاب الله،

(١) و قد يتوهم ان جملة منها تدل على اشتراط موافقة الكتاب في صحة الشرط و أن ما ليس فيه أولا يوافقفه فهو باطل، و هي على ما صرح به المصنف (رحمه الله) النبوي من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب الله عز و جل لم يجز ذلك عليه و لا له «١». و صحيح ابن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام): و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله «٢». و عليه وقع الكلام في أن المدار على المخالفة و عدمها أو على الموافقة و عدمها نظرا الى إمكان الواسطة بين المخالفة و الموافقة. و لكن يمكن منع دلالة الخبرين على اختصاص النفوذ بالموافق، أما النبوي، فلأن الظاهر من لفظ سوى كون الحكم في الكتاب و كون الشرط سوى ذلك، و هذا عين المخالفة. أما الصحيح، فلأن الظاهر من الصحيح كون هذه الجملة منه مسوقة لبيان إبطال الشرط المخالف الذي تضمنه صدر الحديث، مع أنه على فرض دلالتها على ذلك يمكن منع الواسطة من جهة عدم اختصاص الموافقة لخصوص الكتاب، بل تعم الموافقة لعام من عموماته، و ليس مورد لا يكون المشترط مخالفا إلا و هو موافق له كما نبه عليه المصنف (رحمه الله) (٢) و عليه فالمراد بالموافق نفس الموافق لا غير المخالف على ما افاده

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٧

ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب، (١) اما نفس المشروط و الملتزم، ككون الاجنبي وارثا و عكسه، و كون الحر أو ولده رقا، و ثبوت الولاء لغير المعق و نحو ذلك، و أما ان يكون التزامه مثلا- مجرد عدم التسرى و التزوج على المرأة ليس مخالفا للكتاب، و إنما المخالف للالتزام به، فإنه مخالف لإباحة التسرى و التزوج الثابتة بالكتاب.

و قد يقال ان التزام ترك المباح لا ينافي إباحته، فاشتراط ترك التزوج و التسرى لا ينافي الكتاب، فينحصر المراد في المعنى الاول. و فيه ان ما ذكر لا- يوجب الانحصار، فإن التزام ترك المباح، و ان لم يخالف الكتاب المبيح له، الا- ان التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له، فيكفي هذا مصداقا لهذا المعنى،

(١) الثالثة: في ان المتصف بالمخالفة هل هو الشرط نفسه و هو الالتزام أو الشرط بالمعنى المفعولي؟ و المصنف (رحمه الله) اختار أن المراد هو الجامع بينهما.

و الحق أن المراد به خصوص الالتزام، و ذلك لوجوه:

أحدها: ظهور الشرط في نفسه في ذلك.

ثانيها: أن المخالفة إنما تكون بين المتجانسين و لا مناسبة بين الحكم الشرعي و الملتزم به، فلا يتصف الملتزم به بكونه مخالفا للحكم و إن اتصف بكونه مخالفا له بخلاف الالتزام و الالتزام، فإنهما من سنخ الأحكام، و يمكن فرض المخالفة بينهما و بين الحكم. ثالثها: أن في بعض النصوص أسند الوفاء الى الشرط، «١» و معلوم أنه يستند الى نفس الالتزام، و لا يستند الى الملتزم به، و لا يقال ف

بخطأة الثوب بخلاف بالالتزام به.

رابعها: أن في بعض النصوص حمل عنوان الباطل على الشرط، «٢» و بديهي أن

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار حديث ٥.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٨

مع ان الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج و التسرى مخالفا للكتاب، مستشهدا عليه بما دل من الكتاب على اباحتها، كالصريحة في هذا المعنى، (١) و ما سيجيء من تأويل الرواية بعيد، مع ان قوله (عليه السلام) في رواية اسحاق ابن عمار: المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ظاهرا. بل صريح في فعل الشارط، (٢) فإنه الذي يرخص باشتراطه الحرام الشرعى و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعى إذ المراد من التحريم و الاحلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع، و اصرح من ذلك كله المرسل المروى في الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة.

الفعل لا يتصف به و لا يقال: أن خطأة الثوب باطله بخلاف الالتزام.

(١) خامسها: انه في النبوى اسند الجواز الى الشرط، و المراد به بقرينة تعديه ب.

(على) مضافا الى ظهوره في نفسه - هو الجواز الوضعى، إذ الجواز التكليفى لا يتعدى ب.

(على) و لا- يقال: إن شرب الماء مباح لفلان على فلان و لو كان الحكم ضررا عليه بخلاف الجواز الوضعى و النفوذ، و معلوم أنه لا معنى لكون الملتزم به جائزا بهذا المعنى، بخلاف الالتزام.

(٢) سادسها: النصوص المتضمنة لاستثناء الشرط المحرم و المحلل: «١» فان المحرمية و المحللية وصفان للالتزام دون الملتزم به، فإن فعل الحرام ليس محللا للحرام، بل هو فعل الحرام، بخلاف التزام الشارط بفعله فإنه تحليل له، و هناك قرائن اخر.

و بالجملة ظهور النصوص بملاحظة القرائن المشار إليها في أن المراد بالشرط هو الالتزام - مما لا ينبغي إنكاره.

فالمتحصل من هذه النصوص أن الالتزام إذا كان مخالفا للكتاب كالتزام بحرمة ما حله الشارع. أو حلية ما حرمه، أو ثبوت الولاء لمن جعل الله تعالى الولاء لغيره، أو كون الأجنبى وارثا أو نحو ذلك لا يكون نافذا، و أما إذا لم يكن الالتزام مخالفا له و كان الملتزم به مخالفا فهو غير مشمول لهذه النصوص.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٩

ثم ان المراد بحكم الكتاب و السنة، الذى يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له: (١) هو: ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: ان حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه (٢) و مجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه، و لازم ذلك من عدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم،

و بين ثبوت حكم آخر له، إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع. و مثال ذلك اغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها، حيث ان تجويز الفعل و الترك انما هو من حيث ذات الفعل، فلا- ينافى طرو عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك، كأكل اللحم، فإن الشرع قد دل على اباحتها في نفسه، بحيث لا ينافى عروض التحريم له إذا حلف على تركه، أو امر الوالد بتركه أو

عروض الوجوب له

نعم إذا كان الملتزم به فعل الحرام أو ترك الواجب يمكن ان يقال: إن الشارع الأقدس أمر بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ونهى عن الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف، و عليه فالإلزام بما حرمه وترك ما أوجبه بنفسه مخالف للكتاب، وهذا بخلاف الإلزام بفعل المباح أو تركه.

لا- يقال: إنه في خبر العياشي عد من الشرط المخالف للكتاب: شرط ترك الزوج والتسرى، مستشهدا له بما دل من الكتاب على إباحتهما «١».

فانه يقال: إنه لا بد من حمل الخبر على أن مورده شرط عدم ثبوت سلطنة الزوج على الزوج والتسرى، وهذا خلاف الكتاب المثبت للسلطنة في المقامين.

(١) الرابعة: في بيان المراد من الحكم الذي يعتبر عدم مخالفة الشرع معه المصنف (رحمه الله) لما التزم بشمول الشرط للملتزم به كغيره أشكال عليه الأمر في شرط فعل المباح الذي لا إشكال في نفوذه، مع أنه مخالف للكتاب بهذا المعنى وقد التجأ الى تقسيم الحكم الى قسمين:

(٢) احدهما: ما يثبت للشئ مع قطع النظر عن عروض عنوان آخر لذلك الموضوع

(١) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب المهور حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٠

إذا صار مقدمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده. وقد يثبت له لامع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه، (١) ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له. وهذا نظير اغلب المحرمات والواجبات.

فإن الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع الا عن بعض العنوانات كالضرر والخرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الخرج والضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين، فيعمل بالراجع بنفسه أو بالخارج إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب، إذ المفروض انه لا تنافي بين حكم ذلك الشئ في الكتاب والسنة، وبين دليل الالتزام بالشرط وجوب الوفاء به. وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفا للكتاب والسنة. (٢)

مثال ذلك: المباحات والمستحبات والمكروهات، حيث إن تجويز الفعل والترك إنما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافي طرو عنوان كالشرط يوجب المنع عن الترك أو الفعل.

(١) ثانيها: ما يثبت له لامع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة كأغلب الواجبات والمحرمات.

(٢) ثم افاد انه إذا ورد الشرط على ما كان من قبيل الاول لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب، وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان مخالفا للكتاب، وهذا هو الفارق بين شرط فعل الحرام أو ترك الواجب، وبين شرط فعل المباح أو تركه.

وفيه: إن ما أفاده (رحمه الله) ثبوت أمر ممكن، ولكن في مقام الأثبات لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه، فإن لسان دليل الحرام متحد مع لسان دليل المباح والمكروه، فان كان للأول إطلاق كان للثاني أيضا والا فلا، ولكن على ما حققناه تنحل هذه العويصة بلا حاجة الى هذه التكاليف.

توضيحه: أن المشروط إما أن يكون من الأحكام الخمسة أو من الاعتباريات

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥١

و لكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول، (١) كترك التزوج و ترك التسرى، فإنهما مباحان من حيث انفسهما، فلا ينافى ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة، كالحلف و الشرط و امر السيد و الوالد، و حينئذ فيجب اما جعل ذلك الخبر كاشفا

أو من الأعمال فعلا أو تركا، فان كان من الأحكام التكليفيه كاشتراط وجوب شيء أو حرمة أو إباحته و هو غير متصف بذلك كان هذا شرطا مخالفا للكتاب و السنة و غير نافذ و إن كان من الاعتباريات، فتارة يكون ذلك مجعولا للشارع ابتداء من دون تسيب من المكلف إليه ككون شخص وارثا أو ثابتا له الولاء، و اخرى يكون تسيبيا.

فإن لم يكن تسيبيا كان شرطه من دون أن يكون مجعولا- شرعا كوارثية الأجنبي و ثبوت الولاء لغير المعتق و سلطنة المرأة على الطلاق و نحو تلكم- مخالفا للكتاب.

و إن كان تسيبيا فإن كان الشرط هو اعتبار الشارع لم يكن نافذا: لانه خارج عن تحت القدرة، و إن كان هو ذلك الأمر في اعتبار الملتزم، فإن كان الشارع جعل له سببا خاصا كما في الطلاق كان شرطه لاعن سببه مخالفا للكتاب، و إلا فلا،

و إن كان من الأعمال فإن كان ذلك فعل حرام أو ترك واجب كان مخالفا للكتاب، و هو ما دل على لزوم الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و النهي عن الأمر بالمنكر و النهي عن المعروف، مع أنه شرط غير سائغ الذي مر عدم نفوذه.

و إن كان فعل المباح أو المكروه، أو ترك المستحب أو المباح- كان نافذا و لم يكن مخالفا للكتاب.

قال المصنف بعد تقسيمه الحكم الى القسمين، و التزامه بأن المخالف للمشروع هو ما يخالف الثاني:

(١) و لكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول و الظاهر أن نظره الشريف الى ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) في رجل تزوج امرأة و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سريه فهي طالق،

فقضى في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفي لها بما اشترط و ان شاء امسكها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٢

عن كون ترك الفعليين في نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط و ان كان في انظارنا نظير ترك اكل اللحم و التمر و غيرهما من المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم، لكن يبعده استشهاد الامام (عليه السلام) لبطلان تلك الشروط باباحة ذلك في القرآن و هو في معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط و أما الحمل على ان هذه الأفعال مما لا يجوز وقوع الطلاق عليها (١) و انها لا توجب الطلاق، كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة، إذ الكتاب دال على إباحتها و انها مما لا يترتب عليه حرج و لو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل، و يشهد لهذا الحمل، و ان بعد، بعض الأخبار

و اتخذ عليها و نكح عليها «١».

و ما رواه محمد بن مسلم عنه (عليه السلام) و هو بمضمون الأول، إلا أن في ذيله استدلال الامام (عليه السلام) بآيات ثلاث، مبيحة للتزوج و التسرى و الهجران إن أتت بسبب ذلك «٢»

و قريب منهما غيرهما «٣».

و هذا الايراد كما يرد على ما أختاره المصنف (رحمه الله) يرد على المختار و هو أن شرط فعل المباح ليس مخالفا للكتاب.

و في المقام يشكل الأمر من ناحية اخرى أيضا و هي: أنه في هذا المورد يدل خبر منصور بزرج عن عبد صالح (عليه السلام) فيمن يتزوج و يجعل لله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها: قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: المؤمنون

عند شروطهم) ٤ (على الجواز.

فمورد الكلام أمران:

أحدهما: في وجه امتياز هذا المباح عن سائر المباحات.

ثانيهما: في الجمع بين الأخبار المتعارضة.

(١) و المصنف (رحمه الله): حمل الاخبار المانعة على ان هذه الافعال مما لا يجوز تعلق وقوع

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ١، و بمضمونه خبر ابن سنان في ذلك الباب.

(٢) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب المهور حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٣

الظاهرة في وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام، مثل رواية منصور بن يونس قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): ان شريكا لي كان تحته امرأة فطلقها، فبانت منه فأراد مراجعتها، فقالت له المرأة لا والله لا أتزوجك ابدا حتى يجعل الله لي عليك ان لا تطلقني و لا تتزوج علي، قال و قد فعل؟ قلت: نعم، جعلني الله فداك، قال: بش ما صنع ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل و النهار، ثم قال اما الآن فقل له فليتيم للمرأة شرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: المسلمون عند شروطهم. فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على ارادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل. (١)

الطلاق عليه، و أنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارع، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة.

وفيه: أن خبر محمد بن مسلم من جهة ما فيه من التمسك بالآيات الثلاث المرخصة للامور المذكورة كالصريح في أن الشرط هو، ترك الزوج، و التسرى، و الهجر،

(١) و الظاهر انه الى هذا نظر المصنف (رحمه الله) في امره بالتأمل و ربما يقال: إنه يحمل الأخبار المانعة على كون الإباحة في هذه الامور لا تقبل التغير بالشرط.

و لكن يرد عليه: مضافا الى استشهاد الامام (عليه السلام) لبطلان الشرط بإباحة تلکم في القرآن و هو في معنى إعطاء الضابطة لبطلان الشرط - أنه يجدي في امتياز هذا المباح عن سائر المباحات لا في الجمع بين الأخبار المتعارضة.

و الحق أن يقال: إن الأخبار المانعة محمولة على ما لو كان الشرط عدم السلطنة على الزوج و التسرى و الهجر، و الخير الدال على الجواز محمول على اشتراط ترك الزواج خارجا،

و إن قيل: إن هذا تبرعى لا شاهد له،

يتعين أن يلتزم بالتخصيص، و أن شرط المباح نافذ إلا في هذا المورد،

أو يطرح خبر الجواز، لأشهرية معارضه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٤

ثم انه لا إشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعي الى القسمين المذكورين و ان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأول، و إنما الاشكال في تمييز مصداق احدهما عن الآخر في كثير من المقامات، (١) منها كون من احد ابويه حر رقا، (٢)

فإن ما دل على انه لا يملك ولد حر قابل لأن يراد به عدم رقية ولد الحر بنفسه، بمعنى ان الولد ينعقد لو خلى و طبعه تابعا لأشرف الابوين، فلا ينافى جعله رقا بالشرط في ضمن عقد، و ان يراد به ان ولد الحر لا يمكن ان يصير في الشريعة رقا،

فاشتراطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة الدالين على هذا الحكم.

و منها ارث المتمتع بها (٣) هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعة أو عقد آخر ام لا؟ فإن الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه في ضمن عقد آخر،

و عدم مشروعية اشتراط ارث اجنبي آخر في ضمن عقد مطلقا، فيشكل الفرق حينئذ بين افراد غير الوارث و بين افراد العقود، و جعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب و ما منعوا عنه مخالفا

(١) و قد اشكل الامر على جماعة في تمييز مصداق احدهما عن الآخر في كثير من المقامات و إن كان على، ما ذكرناه من ضابط المخالفة ينحل هذا الأشكال في الفروع الآتية و إليك جملة من تلك الفروع:

(٢) منها: كون من احد ابويه حر رقا: مقتضى ما ذكرناه من الضابط بطلان اشتراط رقية الحر فإنها من الاعتبارات المجعولة شرعا ابتداء،

إلا أنه وردت روايات دالة على جواز اشتراطها، «١»

و بإزائها ما يدل على عدم الجواز، «٢» فإن قدمنا الطائفة الثانية لا كلام،

و أما إن قدمنا المجوزة فبدلالة الاقتضاء يستكشف أن الرقية و لو في هذا المورد من الاعتبارات الشرعية التسيبية التي يتسبب إليها بالشرط.

(٣) و منها: ارث المتمتع بها مقتضى ما ذكرناه بطلان اشتراط وارثيتها، و صحة اشتراط إعطاء مقدار من المال بعد وفاته لها فإنه يدخل في الوصية، و لعله بذلك يجمع

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب العتق و باب ١٠ من ابواب كتاب المكاتب.

(٢) الوسائل - باب ٧٥ - من ابواب كتاب العتق.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٥

ال- ان يدعى ان هذا الاشتراط مخالف للكتاب الا في هذا المورد أو ان الشرط المخالف للكتاب ممنوع الا في هذا المورد، و لكن عرفت و هن الثاني، و الاول يحتاج الى تأمل.

و منها انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية، (١) و اشتهر عدم جوازه في عقد الاجارة، فيشكل ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين عدم ضمانه في نفسه، من غير اقدم عليه بحيث لا ينافي اقدمه على الضمان من اول الامر أو عدم مشروعية ضمانه و تضمينه و لو بالاسباب، كالشرط في ضمن عقد تلك الامانة أو غير ذلك.

و منها اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر، (٢) فانهم اختلفوا في جوازه و الاشتهر على الجواز، و جماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج، و كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره، و اورد عليهم بعض المجوزين: بأن هذا جار في جميع الشروط السائغة، من حيث ان الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا أو تركا.

بين النصوص المتعارضة الدال بعضها على أنها ترث مع الاشتراط، «١» و الدال آخر على أنها لا ترث و إن اشترط، «٢»

و على التقديرين لا وجه للفرق بين افراد غير الوارث و افراد العقود.

(١) و منها: انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية و اشتهر عدم جوازه في عقد الاجارة، مقتضى القاعدة التي أسلفناها: بطلان اشتراط الضمان مطلقا،

و لكن وردت الروايات الخاصة الدالة على الضمان مع الاشتراط، في العارية «٣»

و بها يخصص ما دل على عدم الضمان في العارية «٤».

(٢) ومنها: اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر إذا اشترط عدم كون اختيار المكان بيد الزوج كان الشرط مخالفا للكتاب، و إذا

اشترط أن لا يخرج بالزوجة من بلد اختارته صح الشرط و لم يكن مخالفا له

(١) الوسائل - باب ٣٢ من ابواب المتعة، و باب ١٧ من ابواب ميراث الأزواج.

(٢) نفس المصدر.

(٣) الوسائل - باب ١ من ابواب كتاب العارية:

(٤) نفس المصدر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٦

و بالجملة فموارد الاشكال في تمييز الحكم الشرعي القابل لتغيره بالشرط بسبب تغير عنوانه عن غير القابل كثيرة، يظهر للمتتبع، فينبغي للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذي يراد تغيره بالشرط و التأمل فيه، حتى يحصل له التمييز و يعرف ان المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق المنافي لقوله (صلى الله عليه و آله): الولاء لمن اعتق. أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافي لقوله (عليه السلام) إذا افترقا وجب البيع أو عدمه لهما في المجلس، مع قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا. الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكما، فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة، فيرجع الى عموم: المؤمنون عند شروطهم، و الخارج عن هذا العموم و ان كان هو المخالف واقعا للكتاب و السنة، لاما علم مخالفته الا ان البناء على أصالة عدم المخالفة (١) يكفي في احراز عدمها واقعا، كما في سائر مجارى الاصول، و مرجع هذا الاصل الى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط (٢) مثلا نقول ان الاصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن، لا من حيث هو لو خلى، و طبعه، و لم يثبت في

و قد عرفت أنه بناء على ما ذكرناه لا يبقى مورد للشك، إذ لو كان الحكم على خلاف الشرط ثابتا و لو بحكم الاطلاق كان مخالفا له، و إلا فلا، و لو شك في وجوده الأصل عدمه.

و لكن المصنف (رحمه الله) لما قسم الحكم الى قسمين: قسم قابل للتغير، و قسم غير قابل له: اشكل عليه الأمر في بعض الموارد،

(١) و كيف كان فقد ذهب المصنف (رحمه الله) الى ان مقتضى الاصل في الموارد المشكوك فيها إجراء حكم الشرط الصحيح.

و ذكر في وجهه ما حاصله: أن موضوع أدلة النفوذ أمران: أحدهما: الاشتراط و هو محرز بالوجدان، ثانيهما: عدم المخالفة و هو يحرز بالأصل و هو.

(٢) أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل التغير بالشرط و فيه: أن ترتب عدم المخالفة على عدم كون الحكم بنحو لا يقبل التغير ليس شرعا،

بل هو عقلي فلا يثبت ذلك بإجراء الأصل فيه، مع أن هذا العنوان - أي كون الحكم غير قابل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٧

صورة الزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن، لكن هذا الاصل انما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم في اطلاقه، بحث يشمل صورة الاشتراط، كما في اكثر الادلة المتضمنة للاحكام المتضمنة للرخصة و التسليط.

فإن الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذي لا ينافي طرو خلافه، لملمزم شرعي، كالنذر و شبهه من حقوق الله و

الشرط و شبهه من حقوق الناس. اما ما كان ظاهره العموم، كقوله لا يملك ولد حر، فلا مجرى فيه لهذا الاصل، ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين (١) بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه في الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب، و ان التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار، ذكر ان المتعين في هذه المورد: ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، و يرجع الى المرجحات

للتغير- لم يؤخذ موضوعا لحكم من الأحكام، فلا يكون جاريا في نفسه.

و ربما يقال في تقريب هذا الأصل: وجهان آخران:

أحدهما: أنه لا ريب في كون الأحكام تدريجية بحسب البيان، فقبل بيان الحكم الذي يحتمل كونه مخالفا للشرط لم يكن هذا الشرط مخالفا للكتاب، و بعد بيانه يشك في ذلك، فيجری استصحاب العدم النعتي.

و فيه: أنه إن اريد إجراء الأصل في الشرط المتحقق في ذلك الزمان فهو لا ينفع بالنسبة الى هذا الشرط، و إن اريد اجراؤه في هذا الشرط كان استصحابا تعليقيا.

ثانيهما: استصحاب عدم المخالفة الأزلي، و لا بأس به بناء على المختار من جريانه.

(١) هو الفاضل النراقي في عوائده: قال انه في موارد اشتراط ما هو مخالف للكتاب يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط و دليل ذلك الفعل، و يرجع الى المرجحات.

و ما أفاده مركب من أمرين مترتين.

أحدهما: أن الشرط المخالف للكتاب منحصر بما إذا كان المشروط حكما مخالفا

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٨

و ذكر ان المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع، قال و ما لم يكن فيه مرجح، يعمل فيه بالقواعد و الاصول، و فيه من

الضعف ما لا يخفى مع ان اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط، بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح (١)

لأن الشرط ان كان فعلا يجوز تركه، كان اللازم مع تعارض ادلة وجوب الوفاء بالشرط، و ادلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد

المرجح الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا يلزم. بل لا يصح و ان كان فعل محرم أو ترك واجب لزم الرجوع الى

اصالة بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط. فالتحقيق ما ذكرنا من ان من الاحكام المذكورة في الكتاب و السنة ما يقبل

التغيير بالشرط لتغيير عنوانه، كأكثر ما ترخص في فعله و تركه. و منها ما لا يقبله كالتحريم، و كثير من موارد الوجوب و أدلة الشروط

حاکمة على القسم الأول دون الثاني، فإن اشتراطه مخالف لكتاب الله، كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك، و قد تفتن (قدس

سره)

لما ذكرنا في حكم القسم الثاني و ان الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفتن بحيث كاد أن يرجع عما ذكره أولا من التعارض بين

ادلة وجوب الوفاء بالشرط، و ادلة حرمة شرب الخمر، فقال: و لو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة، كما

يطلق عليه عرفا لم يكن بعيدا، انتهى.

لما ثبت في الكتاب ككون أمر الطلاق بيد المرأة، و الولاء لغير المعتق و نحو ذلك،

و هذا ينطبق على ما ذكرناه و اخترناه.

ثانيهما: أنه بناء على الاختصاص المذكور يقع التعارض بين الدليل المثبت للحرمة أو الوجوب و دليل نفوذ الشرط، فلا بد من إعمال

قواعد التعارض، و لكن قد مر أن شرط فعل الحرام أو ترك الواجب يؤول الى الشرط المخالف للكتاب بالتقريب الذي قدمناه بلا

وصول النوبة الى أعمال قواعد التعارض.

(١) و اورد عليه المصنف (رحمه الله) بانه يلزم مما ذكره اعمال قواعد التعارض و الرجوع الى الأصل حتى فى صورة اشتراط ترك المباح، و لا يلتزم بذلك أحد.

وفيه: أن الدليل المثبت للحكم غير الازامى للشئء بعنوانه الأولى لا يصلح

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٥٩

و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعية المدلول عليها فى الكتاب و السنة على قسمين، يظهر لك معنى قوله (عليه السلام) فى رواية اسحاق بن عمار المتقدمه: المؤمنون عند شروطهم الا- شرطا حرم حلالا- أو احل حراما، فإن المراد بالحلال و الحرام فيهما ما كان كذلك بظاهر دليله حتى مع الاشتراط، نظير شرب الخمر و عمل الخشب صنما أو صورة حيوان، و نظير مجامعة الزوج التى دل بعض الاخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها اعنى الاباحة، متى اراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة، و نظير التزوج و التسرى و الهجر حيث دل بعض تلك الاخبار على عدم ارتفاع اباحتها باشتراط تركها معللا بورود الكتاب العزيز باباحتها. أما ما كان حلالا لو خلى و طبعه بحيث لا ينافى حرمة أو وجوبه بملاحظة طرو عنوان خارجى عليه أو كان حراما، كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه، الا تغيير عنوان الحلال و الحرام

الموجب لتغير الحل و الحرمة، فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام، ألا ترى انه لو نهى السيد عبده، أو الوالد ولده عن فعل مباح، اعنى مطالبة ماله فى ذمة غريمه، أو حلف المكلف على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعا من حيث طرو عنوان معصية السيد و الوالد، و عنوان حث اليمين عليه تحريما لحلال، فكذلك ترك ذلك الفعل فى ضمن عقد يجب الوفاء به و كذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر محرم فى نفسه. و كذلك امتناعها من المجامعة، و لا ينافى ذلك حليتها باشتراط عدم اخراجها عن بلدها، أو باشتراط عدم مجامعتها، كما فى بعض النصوص.

و بالجملة، فتحريم الحلال و تحليل الحرام، انما يلزم مع معارضة ادلة الوفاء بالشرط لأدلة اصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله.

اما إذا كان دليل الحكم لا يفيد الا ثبوته لو خلى الموضوع و طبعه، فإنه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له الا مجردا عن ذلك العنوان

للمعارضة مع ما يثبت الحكم الازامى له بالعنوان الثانوى، لأن اللاقتضاء لا يعارض ماله الاقتضاء، فينحصر التعارض- لو سلم- بما لو اشترط ترك الواجب أو فعل الحرام.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٦٠

ثم انه يشكل الامر فى استثناء الشرط المحرم للحلال (١) على ما ذكرنا فى معنى الرواية بأن ادله حلية اغلب المحللات بل كلها، انما تدل حليتها فى انفسها لو خليت و انفسها، فلا تنافى حرمتها من اجل الشرط، كما قد تحرم من اجل النذر و أخويه. و من جهة اطاعة الوالد و السيد و من وجه صيرورتها علة للمحرم و غير ذلك من العناوين الطارئة لها.

نعم، لو دل دليل حل شئء على الحلية المطلقة، نظير دلالة ادلة المحرمات بحيث لا يقبل طرو عنوان مغير عليه اصلا، أو خصوص الشرط من بين العناوين، أو دل الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك، كما دل بعض الاخبار بالنسبة الى بعض الافعال، كالتسرى، و التزوج، و ترك الجماع من دون ارادة الزوجة، كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه. لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد فى مورد، و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك، إذ مورد الشك حينئذ محكوم بصحة الاشتراط. و مورد ورود الدليل على عدم تغيير حل الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطة مع

ان الامام علل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرماً للحلال،

كما عرفت في الرواية التي تقدمت في عدم صحة اشتراط عدم التزوج والتسرى،

معللاً بكونه مخالفاً للكتاب الدال على اباحتها.

نعم، لا يرد هذا الاشكال في طرف تحليل الحرام، لأن ادلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم، على وجه لا يتغير بعنوان الشرط والنذر وشبههما، بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على ارادة الحرام في نفسه لو لا الشرط وليس كذلك في طرف المحرم للحلال، فإننا قد علمنا ان ليس المراد الحلال لو لا الشرط لأن تحريم المباحات لاجل الشرط فوق حد الاحصاء، بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات وترك المحرمات مستلزم لتحريم الحلال فعلاً أو تركاً.

(١) محصله: ان شرط المباح والحلال نافذ بلا كلام فما معنى عدم نفوذ الشرط المحرم للحلال؟

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦١

وربما يتخيل أن هذا الاشكال مختص بما دل على الإباحة التكليفية، كقوله تحل كذا وتباح كذا، اما الحلية التي تضمنها الاحكام الوضعية، كالحكم بثبوت الزوجية أو الملكية أو الرقية أو أضرارها، فهي أحكام لا تتغير لعنوان أصلاً، فإن الانتفاع بالملك في الجملة والاستمتاع بالزوجة، والنظر الى امها و بنتها من المباحات التي لا تقبل التغيير. ولذا ذكر في مثال الصلح المحرم للحلال ان لا ينتفع بماله أو لا يطأ جاريته.

وبعبارة اخرى: ترتب آثار الملكية على الملك في الجملة، و آثار الزوجية على الزوج كذلك من المباحات التي لا تتغير عن اباحتها،

و إن كان ترتب بعض الآثار قابلاً لتغير حكمه الى التحريم، كالسكنى فيما لو اشترط اسكان البائع فيه مدة،

واسكان الزوجة في بلد اشترط ان لا يخرج إليه، أو وطئها مع اشتراط عدم وطئها اصلاً، كما هو المنصوص و لكن الانصاف انه كلام

غير منضبط، فإنه كما جاز تغير اباحة بعض الانتفاعات كالوطى في النكاح، والسكنى في البيع الى التحريم لأجل الشرط كذلك

يجوز تغير اباحة سائرهما الى الحرمة، فليس الحكم بعدم تغير اباحة مطلق التصرف في الملك والاستمتاع بالزوجة، لاجل الشرط الا

للاجتماع أو لمجرد الاستبعاد. والثاني غير معتد به و الاول يوجب ما تقدم من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطة، مع ان هذا العنوان

اعني تحريم الحلال و تحليل الحرام، انما وقع مستثنى في ادلة انعقاد اليمين. و ورد انه لا يمين في تحليل الحرام و تحريم الحلال. و قد

ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً، معللاً بأنه ليس لك ان تحرم ما احل الله.

و من المعلوم ان اباحة العصير لم يثبت من الاحكام الوضعية، بل هي من الاحكام التكليفية الابتدائية.

و أما ما دل على عدم نفوذ شرط التسرى «١» و نحوه- فنفس ذلك الدليل يكفي لعدم نفوذ الشرط في ذلك المورد بلا حاجة الى

هذا الضابط، فهذا لا يترتب عليه فائدة في مورد أصلاً.

و ملخص القول في المقام: أنه قيل في تفسير تحريم الحلال الذي تضمنه الخبر «٢» امور

(١) الوسائل - باب ٣٨- من ابواب المهور كتاب النكاح

(٢) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٢

و بالجملة فالفرق بين التزوج والتسرى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللاً بأنه خلاف الكتاب الدال على اباحتها و بين

ترك الوطى الذي ورد جواز اشتراطه، و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه معللاً بأنه من تحريم

الحلال و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه في غاية الاشكال، و ربما قيل في توجيه الرواية، و توضيح معناها ان معنى قوله الا- شرطا حرم حلالا- أو احل حراما، اما ان يكون الا شرطا حرم و جوب الوفاء به الحلال و أما ان يكون الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال و الاول مخالف لظاهر العبارة مع منا قضته لما استشهد به الامام (عليه السلام) في رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوج، بل يلزم كون الكل لغوا إذ ينحصر مورد المسلمون عند شروطهم، باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات،

فيبقى الثاني، و هو ظاهر الكلام، فيكون معناه الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال بأن يكون المشروط هو حرمة الحلال، ثم قال فإن قيل: إذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله، فيجعله حراما عليه، قلنا لا نريد ان معنى الحرمة طلب الترك من المشروط بل جعله حراما ذاتيا، اى مطلوب الترك شرعا و لا شك ان شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراما شرعيا. ثم قال فإن قيل الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن ايجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا فلا يحرم و لا يحلل. قلنا ان اريد انه لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيا بحكم الشرط فهو ليس

الاول: ما أفاده المصنف (رحمه الله) و هو ان المراد بالتحليل: الترخيص، و بالتحريم: المنع،

و لكن المراد بالحلال و الحرام هو ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط، و قد تقدم توجيه التفصيل بين الأحكام و ما يرد عليه، فراجع.

و ما ذكره في المقام تكرر لما سبق فلا مورد لاطالة الكلام في ذلك و نقده و انما المهم ذكر ما افاده المحققان النراقي و القمي، و توجيه ما افاده و ما يرد عليهما.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٣

كذلك، بل حكم الشرط ذلك، و هو معنى تحريم الشرط و تحليله، (١) و على هذا فلا اجمال في الحديث، و لا تخصيص في ذلك كالنذر و العهد و اليمين، فإن من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ينعقد و لو نذر ان يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا أو يحرم ذلك على نفسه شرعا لم ينعقد، انتهى.

اقول: لا- أفهم معنى محصلا لا اشتراط حرمة الشيء أو حليته شرعا، فإن هذا امر غير مقدور للمشروط و لا يدخل تحت الجعل، فهو داخل في غير المقدور، (٢)

و لا معنى لاستثناءه عما يجب الوفاء به، لأن هذا لا يمكن عقلا الوفاء به، إذ ليس فعلا خصوصا للمشروط و كذلك الكلام في النذر و شبهه.

و العجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام في كون المحرم و المحلل نفس الشرط، و لم يلاحظ كون الاستثناء من الافعال التي يعقل الوفاء بالتزامها و حرمة الشيء شرعا لا يعقل فيها الوفاء و النقض. و قد مثل جماعة للصالح المحلل للحرام بالصالح على شرب الخمر و للمحرم للحلال بالصالح على ان لا يظأ جاريته و لا ينتفع بماله و كيف كان، فالظاهر بل المتعين أن المراد بالتحليل و التحريم المستنديين إلى الشرط هو الترخيص و المنع، نعم المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط لاما كان حلالا- لو خلى، و طبعه، بحيث لا- ينافى عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط. و قد ذكرنا أن المعيار في ذلك وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشيء أو حرمة، و بين وجوب الوفاء بالشرط و عدم وقوعه.

(١) الثاني: ما عن المحقق النراقي، و حاصله: ان فاعل حرم و احل في قوله (عليه السلام): الا- شرطا حرم حلالا أو أحل حراما: هو الشرط، و هذا لا يتحقق إلا بكون الملتزم به حرمة الحلال أو حلية الحرام،

و أما اشتراط ترك الحلال فهو شرط ترك التصرف دون حرمة الحلال.

و أورد عليه المصنف (رحمه الله) بإيرادين:

(٢) احدهما: ان الحكم الشرعى امره بيد الشارع و غير مقدور للمكلف و لا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٦٤

ففى الأول يكون الشرط على تقدير صحته مغيرا للحكم الشرعى.

و فى الثانى يكون مغيرا لموضوعه، فحاصل المراد بهذا الاستثناء فى حديثى الصلح و الشرط، انهما لا يغيران حكما شرعيا، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح و الشرط، كالنذر و شبهه. و أما تغييرهما لموضوع الاحكام الشرعية ففى غاية الكثرة، بل هما موضوعان لذلك. و قد ذكرنا ان الاشكال فى كثير من الموارد فى تمييز احد القسمين من الاحكام عن الآخر، و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء

يدخل تحت الجعل، و لا معنى لاستثناءه عما يجب الوفاء به، لعدم إمكان الوفاء به عقلا.

وفيه: أولا أن شرط النتيجة لا يعتبر فيه إلا كونها واقعة بسبب الشرط و لو لا الاستثناء لكننا ملتزمين بأن شرط حرمة الحلال نافذ، و كنا نستفيد كونها مما يقع بالسبب من عموم دليل نفوذ الشرط الشامل له.

و ثانيا: أن بطلان هذا الشرط من جهة اخرى غير هذه الجهة لا يكون مضرا.

و ثالثا: أن الشرط المحرم للحلال لا ينحصر بشرط حرمة ما يكون حلالا تكليفا،

بل يشمل ما لو اشترط حرمة ما هو حلال وضعا كعدم كون الطلاق بيد الزوج و نحو ذلك من الاعتباريات، و من المعلوم أن المشروط حينئذ هو ذلك الأمر فى اعتبار نفسه، و لو لا هذا الاستثناء و ما دل على أن الشرط المخالف للكتاب لا يكون نافذا لكننا ملتزمين بنفوذه.

ثانيهما: أن استثناء الشرط المحرم إنما يكون من الشرط الذى يجب الوفاء به، و ليست الحرمة و الحلية من أفعال المكلف، كى يجب الوفاء بهما.

وفيه: أن الوفاء لا يختص بشرط الفعل، فإنه بمعنى الإنهاء و عدم النقص، و هذا يتصور فى شرط النتيجة أيضا، و سيأتى زيادة توضيح لذلك إن شاء الله تعالى.

فتحصل: أن ما أفاده المحقق النراقى حق لا ريب فيه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٦٥

يقرب من هذا التفسير الذى تكلمنا عليه، ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسألة، (١) فإنه بعد ما ذكر من امثلة الشرط الغير الجائز فى نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات.

و من امثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات: فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات كأن يشترط تسليم الاظفار بالسن ابداء، و ان لا يلبس الخبز ابداء و لا يترك النوافل، فإن جعل المكروه أو المستحب واجبا، و جعل المباح حراما الا برخصة شرعية حاصله من الاسباب الشرعية، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه.

و يستفاد ذلك من كلام على (عليه السلام) فى رواية اسحاق بن عمار: من اشترط لامرأته شرطا، فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو احل حراما، قال (قدس سره).

فإن قلت: ان الشرط كالنذر و شبهه من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم، بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب، فإن بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح. و أما لو اشترط فى ضمن عقد آخر يصير واجبا، فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثلة. قلت الظاهر

من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعدة، و هو تعلق الحكم بالحل أو الحرمة ببعض الافعال على سبيل العموم، من دون النظر إلى خصوصية فرد. فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلي، و كذا حلية المبيع، فالتزوج و التسرى امر كلي حلال، و التزام تركه مستلزم لتحريمه و كذلك جميع احكام الشرع من التكاليف و الوضعية و غيرها انما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلي فيها، فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو ان يحدث المشترط قاعدة كلية و يبدع حكما جديدا. و قد اجيز في الشرع البناء على الشروط الا شرطا اوجب ابداع حكم كلي جديد مثل تحريم التزوج و التسرى و إن كان بالنسبة الى نفسه فقط.

(١) الثالث: ما عن المحقق القمي (رحمه الله) و قد جعله المصنف (رحمه الله) قريبا مما افاده المحقق النراقي، مع أن بينهما بونا بعيدا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٦

و قد قال الله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) و كجعل الخيرة في الجماع و الطلاق بيد المرأة.

و قد قال الله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) و فيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة اشكال، (١) فما ذكر في السؤال من وجوب البيع الخاص الذي يشترطانه في ضمن عقد ليس مما يوجب احداث حكم للبيع و لا تبديل حلال الشارع و حرامه، و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب الى ان قال (قدس سره).

و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط، لما يشترطانه من الشروط الجائزة،

ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال، أو ايجاب جائز، على سبيل القاعدة. بل الذي يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلي هو وجوب العمل على ما يشترطانه و هذا الحكم، ايضا

محصل ما افاده المحقق القمي (رحمه الله): أن معنى تحريم الحلال جعل المباح حراما و هو إنما يكون فيما لو اشترط ترك المباح رأسا بالمرّة، و أما لو اشترط تركه في الجملة فهو ليس من تحريم الحلال.

و بعبارة اخرى: أن تحريم الحلال إنما هو بتأسيس القاعدة و اشتراط ترك ما حلله الشارع و هو الكلي دون الجزئيات، فإن الأحكام الشرعية متعلقة بالطبائع دون الجزئيات،

فاشترط ترك المباح رأسا تحريم للحلال، و أما اشتراط ترك بعض الأفراد الذي لا يكون الحلية مجعولة له فليس من تحريم الحلال. و فيه: أولا: أن الحكم و إن كان مجعولا على الكلي، إلا أنه من جهة كونه مرآتا للأفراد و فعليه الحكم إنما تكون بفعليه موضوعه و تحققه خارجا، فالفرد الخارجي محكوم بالحلية الفعلية، فلا محالة يكون تحريمه تحريما للحلال.

و بعبارة اخرى: لا فرق بين الكلي و الجزئي من هذه الجهة.

و ثانيا: أن ما افاده يجري في تحليل الحرام أيضا و هو لم يلتزم بذلك فيه.

(١) قوله و فيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة اشكال لا ينبغي الاشكال في صحته على مسلك المحقق القمي (رحمه الله): فانه ليس تحريما لما هو محكوم بالحلية و مجعول له ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٧

من جعل الشارع. فقولنا العمل على مقتضى الشرط الجائر واجب، حكم كلي شرعي، و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام و عكسه، بل انما هو صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه و للنظر في مواضع من كلامه مجال، فافهم و الله العالم الشرط الخامس ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد، (١) و إلا لم يصح لوجهين:

احدهما: وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه

الشرط المنافي لمقتضى العقد

(١) الشرط الخامس: ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد و الا لم يصح كما هو المشهور بين الأصحاب. قال في محكى الغنية: من الشروط الفاسدة بلا خلاف: أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد. و في القواعد: من المخالف للمشروع اشترط ما ينافى مقتضى العقد. و عن غير واحد دعوى الإجماع عليه. و ملخص القول في المقام أن شرط الفعل خارج عن الشرط المنافي لمقتضى العقد، و هو واضح.

و أما شرط النتيجة فتارة يشترط خلاف مضمون العقد أو ما يتقوم به، كأن يبيع بشرط أن لا يملك أو بلا ثمن، و اخرى يشترط خلاف ما هو من لوازم مقتضى العقد. أما الأول، فإن كان المنافي مقصودا في عرض قصد العقد فحيث إن قصد المتنافيين من العاقل الملتفت محال فلا يعقل القصد الى البيع و الشرط معا.

نعم إن لم يكن قاصدا جدا للشرط، بل كان هازلا به بطل الشرط خاصة.

و إن قصد الشرط بعد ما قصد العقد بأن قصد البيع حقيقة ثم بدا له أن يعقبه بعدم الثمن مثلا، فإن لم يرفع اليد عما قصده أولا كان قصد الشرط محالا فيختص هو بالبطلان منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٨

و بين الشرط الملمزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط (١) فلا بد اما ان يحكم بتساقط كليهما. و أما ان يقدم جانب العقد، لأنه المتبوع المقصود بالذات، و الشرط تابع و على كل تقدير لا يصح الشرط. الثاني: ان الشرط المنافي مخالف للكتاب و السنة (٢) الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشترط تخلفه عنه مخالف للكتاب. و لذا ذكر في التذكرة ان اشترط عدم بيع المبيع منافع لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله (صلى الله عليه و آله) (الناس مسلطون على أموالهم) و دعوى أن العقد إنما يقتضى ذلك مع عدم اشترط عدمه فيه لا مطلقا خروج عن محل الكلام.

و أما الثاني، فإن كان اللازم حكما غير قابل للزوال و الانفكاك كاللزام الحكمي الثابت في بعض العقود كان الشرط باطلا، لكونه خلاف الكتاب و السنة.

و إن كان حقا قابلا لذلك، فإن لم يكن مما يعتبر فيه لفظ خاص كشرط الخيار في البيع صح البيع و الشرط، و إلا- أى كان مما يعتبر فيه لفظ خاص - بطل الشرط و هو واضح، هذا هو حق القول في المقام. و قد ذكر المصنف (رحمه الله) وجهين لاعتبار هذا الشرط:

(١) احدهما: انه بعد وقوع التنافي بين ما يقتضيه العقد و ما يقتضيه الشرط يستحيل الوفاء بالعقد المقيد بهذا الشرط، فإما أن يحكم بتساقطهما أو يقدم جانب العقد،

لأن العقد مقصود بالذات، و الشرط تابع، فكأنه مرجح لجانب العقد.

و فيه أولا: أنه لو تم لاختص بالقسم الأول، كما أن الوجه الثاني في كلامه مختص بالقسم الثاني، فهما لا يتواردان على مورد واحد.

و ثانيا: أنه لا يتم من جهة ما عرفت من عدم معقولية القصد الجدى بالنسبة اليهما،

فلا تصل النوبة الى استحالة الوفاء.

هذا إذا قصد هما في عرض واحد، وإلا وجب الوفاء بالعقد دون الشرط كما تقدم.

(٢) ثانيهما: ان الشرط المنافي مخالف للكتاب و السنة الدالين على ذلك اللازم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٩

إذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه و خلوه عن الشرائط و القيود حتى لا ينافي تخلفه عنه لقيده و شرط يشترط فيه هذا كله مع تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط، فلا اشكال في اصل الحكم، و إنما الاشكال في تشخيص آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد في نظر العرف أو الشرع، و تميزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعترى العقد، و ان اتضح ذلك في بعض الموارد، لكون الأثر كالمقوم العرفي للبيع أو غرضاً اصلياً، كاشتراط عدم التصرف اصلاً في المبيع، (١) و عدم الاستمتاع اصلاً بالزوجة حتى النظر و نحو ذلك، الا أن الأشكال في كثير من المواضع خصوصاً بعد ملاحظة اتفاقهم على الجواز في بعض المقامات، و اتفاقهم على عدمه فيما يشبهه، و يصعب الفرق بينهما و ان تكلف له بعض مثلاً المعروف عدم جواز المنع عن البيع و الهبة في ضمن عقد البيع، و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل، أو وقفه حتى

و فيه: مضافاً الى ما تقدم: أنه يتم في بعض اللوازم دون جميعها، مع أن الكلام إنما هو في اعتبار شرط غير ما تقدم، فلا يصح الاستدلال له به.

و قد يقرب الدليل العقلي المتقدم بتقريب آخر، و هو ما عن المحقق النراقي (رحمه الله)، و هو:

أن الشرط المنافي مستلزم لفساد العقد و عدم ترتب مقتضاه، و هو يستلزم فساد الشرط، لكونه واقعا في ضمن عقد غير صحيح.

و فيه: ما تقدم من عدم معقولية هذا الشرط و العقد فلا تصل النوبة الى البحث في الصحة و الفساد.

و مما ذكرناه ظهر أنه لا يبقى الأشكال في تشخيص الصغريات بحسب الأدلة، إذ المقوم حاله معلوم، و اللازم قد تقدم حاله في الشرط السابق،

و لكن تبعاً للشيخ (رحمه الله) نتعرض للموارد التي توهم كونها من موارد الشبهة.

(١) منها: اشتراط عدم التصرف في المبيع نظراً الى ان الاثر كالمقوم العرفي للمبيع أو غرضاً أصلياً.

و لكن التصرف في الجملة في المبيع من لوازم الملكية لا من مقوماتها، بل ربما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٠

على البائع و ولده، كما صرح به في التذكرة، و قد اعترف في التحرير بأن اشتراط العتق، مما ينافي مقتضى العقد، و انما جار لبناء العتق على التغليب. و هذا لو تم لم يجز في الوقف خصوصاً على البائع و ولده، فإنه شرط مناف كالعتق ليس مبني على التغليب، و لأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف و الاشكال في ان الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد ام لا منها اشتراط عدم البيع، (١) فإن المشهور عدم الجواز، لكن العلامة في التذكرة: استشكل في ذلك بل قوى بعض من تأخر عنه صحته.

و منها ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك، لصحيفة رفاعه في الشركة في الجارية قال: و منعه ابن ادریس لأنه مناف لقضية الشركة (٢) قلنا: لا نسلم ان تبعية المال لازمة لمطلق الشركة، بل للشركة المطلقة، و الاقرب تعدى الحكم الى غير الجارية من المبيعات انتهى

يتخلف عنها كما في المحجور عليه، و كونه غرضاً أصلياً لا يوجب البطلان، و عليه فإن شرط عدم جواز التصرف بطل، لكونه مخالفاً للكتاب، و إن اشترط عدم التصرف خارجاً صح العقد و الشرط.

(١) و منها: اشتراط عدم البيع و المشهور بين الاصحاب و ان كان عدم جواز هذا الشرط إلا أنه لعدم كونه إجماعياً، لوجود المخالف، و عدم كونه تعديداً لو كان إجماعياً لاستناد المجمعين الى ما سيمر عليك لا يكون ذلك مدركا. و قد استدلل للبطلان بكونه خلاف مقتضى العقد، فإنه يقتضى السلطنة على المبيع بالتصرف فيه بالبيع و شبهه، فاشتراط عدم البيع مناف لذلك.

و فيه: أن هذا يتم لو اشترط عدم السلطنة على البيع، و لعله مورد نظر المشهور، و الوجه فيه حينئذ كونه مخالفاً للكتاب، و أما لو اشترط عدم البيع خارجاً فلا محذور فيه.

(٢) و منها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه ... و منعه ابن ادریس لانه مناف لمقتضى الشركة و تقريب كون هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد: أن مقتضى الشركة كون العين لهما و الثمن تابع للعين بمعنى أن من له العين ينتقل تمام الثمن إليه بمقتضى المعاوضة و البيع المقتضى لدخول العوض في كيس من خرج العوض عن ملكه، كما أن من له النصف ينتقل إليها بمقتضى المعاوضة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧١

و منها ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان في العارية، و عدم جوازه في الاجارة، (١) مستدلين بأن مقتضى عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر، فاورد عليهم المحقق الاردبيلي، و تبعه جمال المحققين في حاشية الروضة: بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك انما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية.

نصف الثمن إليه، فاشتراط ان يكون له أقل من النصف الذي هو معنى كون الربح لهما و عدم الخسران عليه - مناف لمقتضى العقد. و لكن إن قلنا بأنه لا يعتبر في البيع دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه العوض - لا اشكال في هذا الشرط من هذه الجهة فانه لا مانع من خروج العين عن كيس أحد الشريكين و دخول مقدار من الثمن في كيس صاحبه.

و إن بنينا على أنه يعتبر في البيع ذلك فيمكن تصحيح الشرط بوجهين:

أحدهما: إرجاع هذا الشرط الى أن يتدارك أحدهما خساره صاحبه من نفس العين أو من مال آخر بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة.

نعم بناء على بطلان الشرط الغررى يبطل هذا الشرط، للغرر.

ثانيهما: إرجاعه الى اشتراط أن لا يبيع حصه شريكه بأقل من ثمنه، فإذا فرضنا الخسران في معاملة بمقدار ربع الثمن، كما لو كان المال المشتري قيمته ثلاثون دينارا فبيع بعشرين، فمرجع الشرط المذكور الى بيع حصه أحدهما بخمسة عشر و حصه الآخر بخمسة، و هذا أيضا لا محذور فيه من هذه الجهة، و لا يكون منافيا لمقتضى العقد.

(١) و منها: ما اشتهر بينهم من عدم جواز اشتراط الضمان في الاجارة و الكلام في شرط الضمان يقع في جهتين:

الاولى في أنه هل يكون منافيا لمقتضى عقد الاجارة أم لا؟

الثانية: في كونه خلاف الكتاب و السنة و عدمه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٢

و منها اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها، (١) فقد جوزها جماعة لعدم المانع و للنص، و منعه آخرون، منهم: فخر الدين في الايضاح مستدلا: بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة في الاستمتاع و الاسكان. و قد بالغ حتى جعل هذا قرينه على حمل النص على استحباب الوفاء.

أما الجهة الاولى فالحق أنه لا يكون منافيا له، فإن عقد الإجارة تمليك للمنفعة بعوض و أجنبي عن العين، و يكون لا اقتضاء بالنسبة إليها.

و أما الجهة الثانية، فملخص القول فيها- و إن تقدم- أن العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة لا يكون ضامنا لها إما لما دل على أن صاحب البضاعة مؤتمن و المستعير مؤتمن، «١» مع أنه ليس فيهما إلا- الاستيلاء على المال بإذن المالك الموجود في الإجارة، أو لانصراف حديث اليد «٢» عن ذلك، أو لغير ذلك.

و عليه فإن اشترط الضمان يكون مخالفا لهذا الحكم الشرعي، نعم إن أراد بالشرط تمليك ما يعادل قيمة المال من غير أن يراد الضمان، أو ملكية ذلك بنحو شرط النتيجة لم يكن فيه محذور و يكون نافذا. و بما ذكرناه ظهر أن ما استدل به على البطلان من كونه خلاف مقتضى العقد، و ما أورد عليه بأن العقد يقتضى عدم الضمان لو لا الشرط- في غير محلها.

(١) و منها اشترط عدم اخراج الزوجة من بلدها و قد استدل لكونه مخالفا لمقتضى العقد: بأن عقد الزواج يقتضى سلطنة الزوج على الاستمتاع و الإسكان، فاشترط عدمه مخالف لذلك.

و لكن يرد عليه: أن عقد الزواج يقتضى الزوجية فقط، و السلطنة من أحكامها، فهو شرط غير مناف لمقتضى العقد، و أما من حيث منافاته للكتاب فقد تقدم، فراجع.

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب العارية.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٣

و منها مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه، (١)

و عدم توارثهما مع الشرط أو لا معه، فإنها مبنية على الخلاف في مقتضى العقد المنقطع، قال في الايضاح ما ملخصه بعد اسقاط ما لا يرتبط بالمقام: انهم اختلفوا في ان هذا العقد يقتضى التوارث ام لا؟

و على الأول: فقيل المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو، فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط، لأن كل ما تقتضيه الماهية من حيث هي هي،

فيستحيل عدمه مع وجودها، و قيل: المقتضى اطلاق العقد اى العقد المجرد عن شرط نقيضه، اعنى الماهية بشرط لا شىء، فيثبت الارث ما لم يشترط سقوطه.

و على الثانى: قيل: يثبت مع الاشرط و يسقط مع عدمه، و قيل: لا يصح اشرطه، انتهى.

و مرجع القولين الى ان عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد أو ماهيته،

و اختار هو هذا القول الرابع، تبعا لجده و والده (قدس سره)، و استدل عليه اخيرا بما دل على ان من حدود المتعة ان لا ترثها و لا ترثك، قال: فجعل نفى الارث من مقتضى الماهية

(١) و منها: مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه الكلام فيها من حيث كون هذا الشرط مخالفا للكتاب قد تقدم و أما من حيث كونه مخالفا لمقتضى العقد.

فقد استدل له فخر المحققين بما دل على أن من حدود المتعة أن لا ترثها و لا ترثك، «١»

قال: فجعل نفى الأثر من مقتضى الماهية.

وفيه: أن مقتضى عقد المتعة تحقق الزوجية المنقطعة لا غير و هو لا يقتضى التوارث و لا عدمه، و معنى قوله: من حدود المتعة الى آخره، أى من أحكامها المترتبة عليه.

و مما ذكرناه يظهر: أنه ليس مورد يشك في كون الشرط فيه منافيا لمقتضى العقد بالمعنى الأول، بل و بالمعنى الثانى، و أنه لو شك في ذلك يرجع الى أصالة عدم المخالفة فيحكم بالصحة.

(١) الوسائل - باب ٣٢ - من أبواب المتعة حديث ٨.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٤

و لا جل صعوبة دفع ما ذكرنا من الاشكال في تميز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات اطلاقه. التجأ المحقق الثانى مع كمال تبحره في الفقه، حتى ثنى به المحقق فارجع هذا التمييز عند عدم اتضاح المنافاة و عدم الاجماع على الصحة أو البطلان الى نظر الفقيه فقال: اول المراد بمنافى مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الاثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو، بحيث يقتضيه و رتب عليه على انه اثره و فائدته التى لاجلها وضع، كانتقال العوضين الى المتعاقدين، و اطلاق التصرف فيهما فى البيع، و ثبوت التوثق فى الرهن و المال فى ذمة الضامن بالنسبة الى الضمان،

و انتقال الحق الى مذمة المحال عليه فى الحوالة و نحو ذلك، فإذا شرط عدمها أو عدم البعض اصلا نافي مقتضى العقد.

ثم اعترض على ذلك بصحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معيناً، و اجاب بكفاية جواز الانتفاع وقتاً ما فى مقتضى العقد، ثم اعترض بأن العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض مناف له.

ثم قال و دفع ذلك لا تخلو عن عسر، و كذا القول فى نحو خيار الحيوان مثلاً،

فإن ثبوته مقتضى العقد، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافياً له. ثم قال و لا يمكن ان يقال: ان مقتضى العقد ما لم يجعل الا لاجله، كانتقال العوضين، فإن ذلك ينافى منع اشتراط ان لا يبيع المبيع مثلاً، ثم قال و الحاسم لمادة الاشكال: ان الشروط على اقسام: منها ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة أو فساد.

و منها ما وضع فيه المنافاة للمقتضى، كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع أو وضع مقابله و لا كلام فيما وضع.

و منها ما ليس واحداً من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول: وضوح المنافاة ان كان بالعرف، كاشتراط عدم الانتقال فى العوضين،

و عدم انتقال المال الى ذمة الضامن و المحال عليه، فلا يتأتى معه انشاء مفهوم العقد العرفى، و ان كان بغير العرف فمرجعه الى الشرع من نص أو اجماع على صحة الاشتراط أو عدمه، و مع عدمهما وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذلك الاثر المشترط عدمه، فإن دل عليه على وجه يعارض باطلاقه أو عمومه دليل وجوب الوفاء به. بحيث لو اوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه حكم بفساد الشرط، لمخالفته حيثئذ للكتاب و السنة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٥

و ان دل على ثبوته للعقد لو خلى و طبعه، بحيث لا ينافى تغير حكمه بالشرط،

حكم بصحة الشرط. و قد فهم من قوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) ان السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التى لا تتغير فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة منافياً لهذا الاثر و لم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافياً. و قد فهم الفقهاء من قوله البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإن افترقا وجب البيع. عدم التنافى، فاجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذى هو من الآثار الشرعية للعقد، و كذا على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق و لو شك فى مؤدى الدليل وجب الرجوع الى أصالة ثبوت ذلك

الاثر على الوجه الثانى، فيبقى عموم ادلة الشرط سليما عن المخصص، وقد ذكرنا هذا فى بيان معنى مخالفة الكتاب و السنة. الشرط السادس: ان لا يكون الشرط مجهولا (١) جهالة يوجب الغرر فى البيع، لأن الشرط فى الحقيقة كالجزم من العوضين، كما سيجىء بيانه، قال فى التذكرة:

و كما ان الجهالة فى العوضين مبطله، فكذا فى صفاتهما، و لو احق المبيع. فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البيع، انتهى.

الشرط المجهول

(١) و من الشروط و هو الشرط السادس فى المتن و ذكره جماعة:

أن لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر فى البيع قال فى محكى التذكرة: كما أن الجهالة فى العوضين مبطله فكذا فى صفاتهما و لو احق المبيع، فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البيع. انتهى.

و لكن الشهيد فى محكى الدروس قال: لو جعل الحمل جزءا من المبيع فالأقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع. انتهى.

و تحقيق القول فى المقام بالبحث فى جهات:

الأولى: أن جهالة الشرط هل هى كجهالة أحد العوضين الموجبة لبطان البيع،

لصيورته غرريا توجب بطان الشرط من حيث هو أم لا؟

الثانية: أن جهالة الشرط المستلزمة لغررية الشرط هل توجب غررية البيع ام لا؟

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٧٦

و قد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الاجل المشروط فى الثمن، بل لو فرضنا عدم سراية الغرر فى البيع، كفى لزومه فى أصل الشرط بناء على ان المنفى، مطلق الغرر، (١) حتى فى غير البيع. و لذا يستندون إليه فى أبواب المعاملات حتى الوكالة،

فبطان الشرط المجهول ليس لابطاله البيع المشروط به، و لذا قد يجزم ببطان هذا الشرط مع الاستشكال فى بطان البيع، فإن العلامة فى التذكرة، ذكر فى اشتراط عمل مجهول فى عقد البيع. ان فى بطان البيع وجهين مع الجزم ببطان الشرط، لكن الانصاف ان جهالة الشرط يستلزم فى العقد دائما مقدارا من الغرر الذى يلزم من جهالته جهالة احد العوضين، و من ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة فى مواضع من التذكرة، من الفرق فى حمل الحيوان، و بيض الدجاجة

الثالثة: أنه إذا فسد البيع لغررية الشرط هل يبطل الشرط أيضا أم لا؟

الرابعة: أنه هل هناك فرق بين شرط ما هو تابع و غيره أم لا؟

أما الجهة الاولى فقد استدل لمبطلتها بوجوه.

(١) الاول: المرسل: نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن الغرر «١».

و أورد عليه تارة بضعف السند،

و اخرى بأن النهى إذا تعلق بالمعاملة نفسها يكون إرشادا الى الفساد، و أما إذا تعلق بعنوان آخر شامل لها يكون ظاهرا فى الحرمة النفسية، و حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما تقدم،

و المقام من قبيل الثانى، فإن الغرر بمعنى الخدعة، فالنهي عنه لا يدل على أزيد من الحرمة.

و لكن يمكن دفع الأول: باستناد الأصحاب إليه فى أبواب المعاملات حتى الجعالة،

فإنهم أفتوا بمضريه الجهل المستلزم للغرر، ولا مدرك لهم سوى المرسل، واحتمال التعدي عن البيع - بعيد. ودفع الثاني: بما تقدم في الجزء الرابع من هذا الشرح من أن الغرر ليس بمعنى الخديعة، بل هو بمعنى الخطر فيكون المنهي عنه المعاملة المستلزمة للخطر، فيكون ظاهرا في الإرشاد الى الفساد.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦، وعن الشهيد نحوه، و سبقهما الشيخ في الخلاف، فإنه استدل به في غير موضع منه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٧

و مال العبد المجهول المقدر بين تمليكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الامور، بأن يقول بعثتها على انها حامل، أو على ان لك حملها، و بين تمليكها على وجه الجزئية، بأن يقول بعثتها و حملها، فصحح الاول لأنه تابع، و ابطال الثاني لأنه جزء، لكن قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءا من المبيع فالاقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع. و قال في باب بيع المملوك و لو اشتراه و ماله صح، و لم يشترط علمه، و لا التفصي من الربا ان قلنا انه يملك و لو أحلناه اشتراطا، انتهى.

و الصحيح أن يورد عليه بأن دعوى انصراف الحديث الى المعاملة المستقلة قريه،

بل لا يصدق الخطر و الغرر على مثل الشرط الذي لم يجعل يازائه شيء، و لا يكون مقابلا بالمال:

الثاني: التعدي من البيع الى كل ما هو غررى.

و فيه: أن التعدي يتوقف على إحراز عدم دخل الخصوصية و لم يحرز، مع أنه على فرض التعدي يتعدى الى كل ما هو مبنى على المغابنة كالإجارة، و لا يتعدى الى الشرط،

و الإجماع عليه من جهة احتمال كون المدرك النبوي لا يصلح دليلا للتعدي.

الثالث: أن جهالة الشرط تستلزم غررية البيع و بطلانه، فإذا بطل البيع بطل الشرط، إذ لا شرط موضوعا أو حكما إلا في ضمن عقد صحيح، و سيأتي الكلام في ذلك، فالأظهر عدم المبطلية.

و أما الجهة الثانية فقد استدل لمبطلية جهالة الشرط للبيع في المتن:

بأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين. ذكر ذلك في صدر المسألة و فيه: إن أوصاف المبيع لا بد و أن تكون معلومة كما تقدم في خيار الرؤية مفصلا،

فشرط وصف في المبيع مع الجهل به موجب للبطلان.

و أما شرط الفعل أو النتيجة سواء أ كان الشرط متعلقا بالغرض المعاملى - ام لم يكن كذلك، بل كان نسبة عقد البيع إليه نسبة الظرف الى المظروف فقط بأن كان إيقاعه في ضمن العقد، لخروجه عن الابتدائية الى الضمنية، فجهالته لا توجب غررية البيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٨

و المسألة محل اشكال، و كلماتهم لا يكاد يعرف التيامها، حيث صرحوا بان للشرط قسطا من احد العوضين، و ان التراضى على المعاوضة وقع منوطا به،

و لازمه كون الجهالة فيه قادحة، و الاقوى اعتبار العلم، لعموم نفي الغرر الا- إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع، (١) كبيض الدجاج. و قد مر بما ينفذ هذا المقام في شروط العوضين و سيأتي بعض الكلام في بيع الحيوان ان شاء الله.

فإن الشرط التزام و غير مربوط بالبيع و بما يتقوم به، و لا يوجب خطرا فيه بما هو بيع،

و كونه كذلك بالإضافة الى الغرض العقدي- لا يوجب كون البيع الانشائي كذلك.

و أما الجهة الثالثة فقد تقدم تنقيح القول فيها و عرفت أنه لا شرط موضوعا إلا في ضمن العقد.

و أما الجهة الرابعة فلا كلام في أن الشرط مطلقا تابع للعقد في مقام الأثبات و الإنشاء، و لكن ربما يكون المشروط مستقلا في عالم

الثبوت، و ربما يكون تابعا في ذلك المقام بالتبعية الذاتية العرفية كتبعية بيض الدجاجة لها و المفتاح للدار و نحو ذلك،

و الذي وقع محل الكلام إنما هو القسم الأول،

و أما الثاني فلا اشكال في أن الجهل به لا يضر، لأن التابع يملك بتبع المتبوع و إن لم يلتفت إليه فضلا عما التفت إليه و ذكر مع عدم

الإحاطة به.

(١) قوله إلا إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع اورد عليه السيد (قدس سره) بان هذا مناف لما ذكره من انه يستلزم دائما

مقدارا من الغرر مع ان الشرط في الغالب يعد تابعا غير مقصود بل هو كك دائما و لكن قد ظهر مما ذكرناه في الجهة الرابعة دفع هذا

الايراد فان التبعية التي ارادها في هذه العبارة هي التبعية بالمعنى الثاني و ما ذكره (رحمه الله) من ان الشرط تابع دائما انما هو التبعية

بالمعنى الاول فلاحظ و تدبر.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٩

الشرط السابع ان لا يكون مستلزما لمحال، (١) كما لو شرط في البيع ان يبيعه على البائع، فإن العلامة قد ذكر هنا انه مستلزم للدور. (٢)

قال في التذكرة: لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه اياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا و وصفا أو لا و إلا جاء الدور لأن يبيعه له

يتوقف على ملكيته له المتوقفة على يبيعه فيدور اما لو شرط ان يبيعه على غيره، فإنه يصح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب و السنة، لا

يقال ما التزمه من الدور آت هنا لأننا نقول الفرق ظاهر،

يعتبر أن لا يكون الشرط مستلزما للمحال

(١) من الشروط: و هو السابع في المتن ان لا يكون مستلزما لمحال كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع.

البحث في هذه المسألة يقع في جهتين:

الاولى: في أصل الحكم بلحاظ النص و الفتوى.

الثانية: في تطبيق الفساد على القواعد.

أما الجهة الاولى فسيأتي الكلام فيها في حكم الشرط الفاسد، و في النقد و النسيئة.

و أما الجهة الثانية فقد استدلل للبطلان المنسوب الى المشهور بوجهين:

(٢) الاول: ما عن العلامة (رحمه الله) من لزوم الدور و تقريبه من وجهين:

أحدهما: ان يبيعه له يتوقف على ملكيته، و ملكيته تتوقف على حصول الشرط و هو يبيعه له فيلزم الدور،

و لا- ينتقض باشتراط يبيعه من غيره، فإنه في نفسه معقول، و لا- يكون الشرط متوقفا على الملك، لجواز أن يكون جاريا على حد

التوكيل. و الفضولي.

وفيه: أن هذا الوجه يتم على أحد المسلكين و هما كون الشرط من قبيل الشرط المصطلح عند أهله و هو ما يلزم من عدمه العدم، و

بعبارة اخرى: ما هو من أجزاء العلة،

و توقف الملك على انقضاء زمان الخيار من غير فرق بين المتصل منه و المنفصل، إذ على الاول يكون حصول البيع الأول متوقفا على

البيع الثاني، و توقف الثاني على الأول واضح

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٠

لجواز ان يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى.
و سيأتي تقرير الدور مع جوابه في باب النقد و النسيئة. و قد صرح في الدروس بأن هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد الى البيع (١) و يرد عليه و على الدور النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه و على عقبه، فقد صرح في التذكرة بجوازه، و صرح بجواز اشتراط رهن البيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

و على الثاني ما لم يتحقق الشرط و لم يصير البيع لازما لا يحصل الملك، و ما لم يحصل الملك لا يصح البيع الثاني، فإنه من قبيل البيع للمالك، و المبنيان فاسدان.

أما الأول: فلأن الشرط في المقام غير الشرط المصطلح، بل هو التزام في ضمن التزام، و لا يكون البيع معلقا على الشرط، بل لزومه متوقف عليه.

و أما الثاني، فلأن الملك يحصل بتمامية البيع، و لزومه يتوقف على انقضاء زمان الخيار، و على هذا فالبيع الأول و الملكية الحاصلة منه لا يتوقفان على البيع الثاني فلا دور ثانيهما: أن الشرط لا بد و أن يكون مقدورا و مملوكا للشارط، و هذا منتف في المقام، فإنه حين الاشتراط يكون المبيع ملكا للبائع، و لم ينتقل بعد الى المشتري، فاشترط بيعه على نفسه مرجعه الى اشتراط بيع المال على مالكة و هو غير معقول.

و فيه: أن الشرط بيعه منه بعد ما انتقل عنه و صار ملكا للمشتري، و هذا في ظرفه معقول و مقدور له، و لا يعتبر أن يكون الشرط حين الاشتراط معقولا و مقدورا.

(١) الثاني: ما عن الشهيد (رحمه الله) من عدم القصد لان مثل هذا الشخص لا يريد قطع علاقة الملك عن نفسه و العقد متقوم بالقصد.

و فيه: أنه إن اريد بذلك أنه لا غرض عقلائي له في هذا البيع،

فيرد عليه أولا: أنه لا يعتبر في صحة العقد وجود الغرض العقلائي.

و ثانيا: أنه ربما يكون موجودا من التخلص عن حث النذر و غيره.

و إن اريد به أنه لا قصد جدى به، فيرد عليه: أن شرط عود الملك مؤكدا لشرط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨١

الشرط الثامن ان يلتزم به في متن العقد (١)، فلو تواطئا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف و سيأتي لأن المشروط عليه ان انشاء الزام الشرط على نفسه قبل العقد كان الزاما ابتدائيا لا- يجب الوفاء به قطعا، و ان كان اثره مستمرا في نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء و بعده نظير بقاء اثر الطلب المنشئ في زمان الى حين حصول المطلوب، و ان وعد بايقاع العقد مقرونا بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد، فلم يحصل ملزم له. نعم يمكن ان

خروجه، إذ لو لا خروجه عنه لم يكن معنى لعوده إليه،

فالانصاف أنه لا محذور في هذا البيع من حيث القاعدة.

نعم ورد النص على البطلان في بعض فروض المسألة، و سيأتي الكلام فيه.

يعتبر ذكر الشرط في متن العقد

(١) قوله الشرط الثامن ان يلتزم به في متن العقد و لا يخفى أن محل الكلام غير الشروط الارتكازية العقلانية ككون المبيع صحيحا، و نحو ذلك التي تكون بسبب تعاهدها عند العقلاء مدلوله للعقود التراما و لو لم تذكر في متن العقد، كما أن محل الكلام ليس هو الشرط الذي غفل عنه حين العقد، فإنه لا شبهة في عدم لزوم الوفاء به، بل محل الكلام الشرط الذي تواطى المتعاقدان عليه قبل العقد أو أنشأه و كانا متوجهين إليه حين العقد و هو على قسمين: الأول: ما لا يكون من قصدهما بناء العقد عليه و لا يوقعانه مبنيا عليه، لا كلام في عدم لزوم الوفاء به، فإن الشرط من الامور الانشائية، و لا يتحقق بدون الانشاء الاعتبار النفساني.

الثاني: ما يقع العقد مبنيا عليه، و هذا هو مورد البحث، و فيه أقوال:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٢

نعم يمكن ان يقال: ان العقد إذا وقع مع تواطؤهما على الشرط. كان قيذا معنويا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الا مع العمل بذلك الشرط، و يكون العقد بدون تجارة لاعن تراض، إذ التراضى وقع مقيدا بالشرط، فانهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين، فلا فرق بين ان يقول بعتك العبد بعشرة،

و شرطت لك ماله بين تواطؤهما على كون مال العبد للمشتري، فقال بعتك العبد بعشرة قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري، هذا مع ان الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم، هو ما لم يقع العقد مبنيا عليه، فيعم محل الكلام و على هذا، فلو تواطئا على شرط فاسد فسد العقد المبنى عليه و ان لم يذكر فيه نعم لو نسيا الشرط المتواطؤ عليه، فوقعوا العقد غير بانين على الشرط، بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد، و عدم لزوم الشرط هذا،

و لكن الظاهر من كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور في متن العقد، و عدم اجراء احكام الشرط عليه، و ان وقع العقد مبنيا عليه، بل في الرياض عن بعض الأجلة حكاية الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط، لا في عقد (١) بعد ما ادعى هو قدس سره الاجماع على انه لا حكم للمشروط إذا كانت قبل عقد النكاح و تتبع كلماتهم في باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى

أحدها: صحة العقد و الشرط.

ثانيها: صحة العقد و بطلان الشرط.

ثالثها: بطلان الشرط و العقد.

و قد استدلل للثاني بوجوه:

(١) الاول: الاجماع و فيه أولا: أنه غير متحقق، لأن ما ذكره المصنف (رحمه الله) من كلمات القوم لا يدل على ذلك، إذ ما ذكره من عدم لزوم الوفاء بالشرط لا في عقد مما لا كلام فيه و هو غير المفروض و هو الشرط المبنى عليه العقد، و ما ذكره في باب الربا و المرابحة إنما يكون مع مجرد المقاوله و الاطمينان بالعمل على طبقها لامع تقييد العقد به، و ما ذكره في عقد النكاح إنما هو محمول على سبق المقاوله خاصة أو على كونه من قصد الزوج فقط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٣

فتراهم يجوزون في باب الربا و الصرف الاحتيال في تحليل معاوضة احد المتجانسين بازيد منه ببيع الجنس بمساويه، ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك في العقد، فإن الحيلة لا تتحقق الا بالتواطى على هبة الزائد بعد البيع و الترام الواهب بها قبل العقد مستمرا الى ما بعده. و قد صرح المحقق و العلامة في باب المرابحة بجواز ان يبيع الشىء من غيره بثمان زائد، مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع

ليجيز بذلك الثمن عند بيعه مرابحة إذا لم يشترط ذلك لفظاً. و معلوم ان المعاملة لاجل هذا الغرض لا يكون الا مع التواطى و الالتزام بالنقل ثانياً، نعم خص في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بان المشتري ينقله إليه

و ثانياً: أنه ليس إجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأى المعصوم (عليه السلام).

الثانى: الأخبار الواردة فى باب النكاح المتضمنة لعدم العبرة بالشرط السابق على عقد النكاح، و أنه يهدم ما كان قبله من الشروط. و فيه أن تلك النصوص تدل على عدم العبرة بالشرط السابق، و هذا مما لا كلام فيه، إنما الكلام فى ما أوقعا العقد مبنيًا على ذلك الشرط السابق الذى هو حقيقة الشرط،

لأنه من مقولة المعنى و اللفظ مبرز له، و هذه النصوص لا تدل على عدم الاعتبار بذلك.

و بالجملة أن مفاد هذه النصوص اعتبار وقوع النكاح مبنيًا على ما تواطأ عليه،

و هذا مما لا شك فيه، و ليس فيها ما يشهد بكون العبرة باللفظ المذكور فى ضمن العقد.

الثالث: أن الشرط من الانشائيات، فتحققه يتوقف على الانشاء و الإيجاد، و لا يكون موضوع الحكم بدون الانشاء،

و فيه: أن هذا بديهي، و لكن انشاءه إنما هو بالاعتبار النفساني و اللفظ مبرز لذلك،

و الكلام إنما هو فى اعتبار المبرز.

الرابع: ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) و حاصله: أن الانشائيات و منها: الشرط لا بد و أن تبرز بمبرز و إلا لا يعتنى بها عند العقلاء و لا يرتبون الأثر عليها.

نعم لا يعتبر مبرز خاص، و لذا يعتنى بما هو من قبيل الشروط الضمنية حيث

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٤

من دون التزام ذلك و ايقاع العقد على هذا الالتزام لكنه تقييد لإطلاق كلماتهم خصوصاً مع قولهم إذا لم يشترط لفظاً.

و بالجملة، فظاهر عبارتى الشرائع و التذكرة ان الاشتراط و الالتزام من قصد هما و لم يذكرهما أى الاشتراط و الالتزام لفظاً لا أن النقل من قصد هما فراجع، و أيضاً فقد حكى عن المشهور أن عقد النكاح المقصود فيه الأجل و المهر المعين إذا خلى عن ذكر الأجل ينقلب دائماً. نعم ربما ينسب الى الخلاف و المختلف: صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع، لكن قد تقدم فى خيار المجلس النظر فى هذه النسبة الى الخلاف،

بل المختلف فراجع، ثم ان هنا وجهاً آخر لا يخلو عن وجه، و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط. لأن الشرط من أركان العقد المشروط، بل عرفت أنه كالجزم من أحد العوضين، (١) فيجب ذكره فى الايجاب و القبول كأجزاء العوضين. و قد صرح الشهيد فى غاية المراد بوجود ذكر الثمن فى العقد و عدم الاستغناء عنه بذكره سابقاً، كما إذا قال بعنى بدرهم فقال: بعثك. فقال المشتري قبلت

إن تعاهدها عند العرف يوجب صيرورتها من المدلولات العرفية للفظ و إن لم يقصدها المتعاقدان، و الشرط الذى تبانيا عليه لا يكون مدلولاً للفظ أبداً، إذ تبانى المتكلم و المخاطب على معنى لا يوجب صيرورة اللفظ دالاً عليه بنحو من الدلالة، فلا يعتنى به و فيه: أن ما أفاده من اعتبار الابرز فى الانشائيات مما لا إشكال فيه فى الجملة، إلا أن المتيقن من ذلك ما هو مستقل فى الاعتبار كالبيع و شبهه، و أما ما يكون تابعا و من ضمائم إنشائى آخر فلا دليل على اعتبار الابرز بالاضافة إليه، فالأظهر هو القول الثانى.

و لكن الانصاف أن دعوى كون موضوع الأحكام التكليفيه و الوضعيه فى باب الانشائيات و المعاملات هو ما ابرز بقول أو فعل قريبه،

و الاحتياط سبيل النجاء.

(١) و أما الثالث: فقد استدلل له المصنف (رحمه الله) بأنه إذا كان مقصود هما انشاء البيع المشروط يكون الشرط من أركان العقد المشروط، بل قد مر أنه كالجزم من أحد العوضين فيجب ذكره في الايجاب و القبول، و إلا فسد العقد بفساد ركنه. وفيه: أنه لو تم ذلك لزم منه عدم تحقق البيع المشروط لا بما أنه عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٥

و سيأتي في حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى.

و قد يتوهم هنا شرط تاسع، و هو تنجيز الشرط (١) بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد العوضين، فإن مرجع قوله بعثك هذا بدرهم، على ان تخطى لى ان جاء زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع و بين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدي الى البيع بثمانين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه، و يندفع بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء، لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة، و مجرد رجوعهما في المعنى الى امر واحد لا يوجب البطلان. و لذا اعترف بعضهم بان مرجع قوله: انت و كيلى إذا جاء رأس الشهر في ان تباع.

و دعوى: أن المقصود هو المشروط فوقوع غيره و وقوع لما لم يقصد مندفعاً بان الشرط ليس من قيود البيع، بل يكون إنشاء البيع مطلقاً، و لزوم الوفاء به معلقاً على الشرط.

يعتبر التنجيز في الشرط

(١) قال المصنف: قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط و الكلام فيه يقع في جهتين:

الاولى: في أن التعليق في الشرط هل يوجب بطلانه أم لا؟

الثانية: في أنه هل يوجب بطلان البيع أم لا؟

أما لجهة الاولى، فإن كان مدرك اعتبار التنجيز في العقود استحالة التعليق في الانشاء أو انصراف أدلة الامضاء عن المعلق، أو اعتبار الجزم في الانشاء بطل الشرط المعلق، لجريان هذه الوجوه بعينها فيه.

و إن كان المدرك هو الإجماع كما ذكرناه في الجزء الرابع من هذا الشرح لم يبطل، إذ القدر المتيقن منه العقود، بل البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٦

و أنت و كيلى في ان تباع إذا جاء رأس الشهر الى واحد مع الاتفاق على صحة الثاني، و بطلان الاول.

نعم ذكر في التذكرة: انه لو شرط البائع كونه احق بالمبيع لو باعه المشتري،

ففيه اشكال، لكن لم يعلم ان وجهه تعليق الشرط، بل ظاهر عبارة التذكرة، و كثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط و هو الخيار معلقاً على رد الثمن، و قد ذكرنا ذلك سابقاً في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط و هو الخيار معلقاً على رد الثمن و

قد ذكرنا ذلك سابقاً في بيع الخيار

و أما الجهة الثانية، فقد استدلل لبطلان البيع بوجهين:

الأول: أن التعليق في الشرط موجب للتعليق في البيع، فإن شرط الشرط شرط، فما علق عليه الشرط في الحقيقة يكون معلقاً عليه نفس البيع، المشروط.

و فيه أولا: أن التعليق إنما يكون في متعلق الشرط و الملتزم به لا في الشرط و الالتزام، مثلا: الشرط في قول: بعتك هذا بدرهم على أن تخطب ثوبى أن جاء زيد، هو الخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة.
و ثانيا: أن الشرط ليس جزء من أحد العوضين، بل هو التزام في ضمن التزام،
فالتعليق فيه لا يسرى الى البيع.

الثاني: أن مرجع التعليق في الشرط الى البيع بثمنين و هو الدرهم على تقدير، و مع الضميمة على تقدير آخر.
و الجواب عن ذلك يارجاع التعليق الى متعلق الشرط لا يكفى، فإن المحذور هو اختلاف الثمن على التقديرين،
بل الحق في الجواب هو المنع عن كون الشرط جزء للثمن، و قد تقدم تنقيح القول في ذلك.
و عن المحقق النائيني الاستدلال لصحة الشرط المعلق: مضافا الى أنها مقتضى العمومات: بما ورد في امرأة مكاتبه أعانها ولد زوجها
على أداء مال كتابتها مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق من نفوذ الشرط و صحته مستشهدا بعموم: المسلمون عند
شروطهم، و لا بأس به،
فتحصل ان الأظهر صحة العقد و الشرط.
منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٧

مسألة: في حكم الشرط الصحيح (١)

إشارة

و تفصيله: ان الشرط اما ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي، ككون العبد كاتبا، و الجارية حاملا، و نحوهما. و أما ان يتعلق
بفعل من افعال احد المتعاقدين أو غيرهما، كاشتراط إعتاق العبد، و خياطة الثوب، و أما ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل، (٢)
كاشتراط تملك عين خاصة و انعتاق مملوك خاص و نحوهما، و لا إشكال في انه لا حكم للقسم الاول الا الخيار،
مع تبين فقد الوصف المشروط

حكم الشرط الصحيح

(١) مسألة في حكم الشرط الصحيح و تفصيله: أن الشرط إما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي، و إما أن يتعلق بفعل من
أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما، و إما أن يتعلق بما هو من قبيل الغاية و النتيجة.
(٢) و ظاهر المصنف و المحقق النائيني (رحمه الله) انه في موارد شرط النتيجة يكون المشروط هو اعتبار الشارع، و عليه قسما الشرط
الى أقسام ثلاثة: شرط الوصف، شرط الغاية و النتيجة شرط الفعل.
و لكن الظاهر أن متعلق الشرط فيها هو الاعتبار النفساني للمتعاقدين الذي هو تحت اختيارهما دون الاعتبار الشرعي الخارج عن تحت
قدرتهما، و عليه ففي تلك الموارد أيضا يكون من قبيل شرط الفعل، غاية الأمر يكون الفعل المشروط قسمين: أحدهما: ما هو من
قبيل الاعتبار النفساني الذي يوجد بنفس الشرط و الالتزام،
ثانيهما: ما لا يوجد به كالخياطة.

حكم شرط الوصف

و كيف كان فالكلام في موارد:

الأول: ما إذا كان الشرط متعلقا بصفة من الصفات.

و الكلام فيه يقع فى جهتين:

الاولى: فى بيان مراد المصنف، و أنه هل يكون ملتزما بفساد شرط الوصف أو

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٨٨

إذ لا يعقل تحصيله هنا، فلا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم. (١)

صحته؟ لا يبعد القول بأنه ملتزم بعدم صحته من جهة قوله:

(١) فلا- معنى لوجوب الوفاء فيه. و عموم: المؤمنون مختص بغير هذا القسم فإنه استدلال لبطلان شرط النتيجة بمثل ذلك، و حكمه

بالخيار لعله من جهة إرجاع شرط الوصف الى التوصيف، و الخيار من باب تخلف الوصف لا تخلف الشرط، و قد صرح المصنف

(رحمه الله) فى مسألة اشتراط المقدورية برجوع شرط الوصف الى التوصيف.

الثانية: فى بيان ما هو الحق،

و قد استدلال لبطلان شرط الوصف بوجوه:

الأول: عدم المعقولة، فإن الوصف إما حاصل أولاً، و على التقديرين لا معنى للترامه.

و ما أفاده السيد الفقيه من أن الالتزام بالوصف الحالى و إن كان لا يعقل حقيقة عقلية إلا أن الالتزام العرفى يمكن تعقله و تحققه، فإننا

نراهم يلتزمون بأمثال ذلك، فيقولون على عهدتى أن يفعل فلان كذا. أو أن يكون البيع متصفاً بكذا غريب، فإن ذلك من العرف إنما

هو فى مقام الأخبار، و تثبت ما أخبر عنه، و لا دخل له بما هو من قبيل الانشاء.

و فيه: أن الشرط لا يكون منحصراً فى الالتزام و الالتزام، بل قد يكون تقييداً محضاً لا للبيع، بل للالتزام بالمعاملة، و من الواضح معقولة

تعليق الالتزام بالمعاملة على ما هو خارج عن تحت القدرة و الاختيار.

الثانى: أن الالتزام بالوصف إن كان معقولاً لا معنى لصحته، إذ لا يتحقق شيء به،

و لا يترتب عمل حتى يكون صحته بمعنى تأثيره فيه، و الخيار حكم الشرط الصحيح لا أنه مصحح للشرط.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٨٩

و أما الثالث: فإن أريد باشتراط الغاية اعنى الملكية و الزوجية و نحوهما اشتراط تحصيلهما باسبابهما الشرعية فيرجع الى الثانى و هو

اشتراط الفعل و ان أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط، فإن دل الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية ٢ الا بسببها الشرعى

الخاص، كالزوجية و الطلاق و العبودية و الاعتاق و كون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل و نحو ذلك كان الشرط فاسداً، لمخالفته

للكتاب و السنة، كما انه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه ولاك، كاله، و الوصاية، و كون مال العبد، و حمل الجارية و ثمر الشجرة

ملكاً للمشتري، فلا اشكال. و أما لو لم يدل دليل على احد الوجهين، كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين،

كالمثلة المذكورة ملكاً لأحدهما أو صدقة أو كون العبد الفلانى حراً و نحو ذلك.

و فيه انه إذا كان الالتزام بالوصف صحيحاً كان معناه تعليق الالتزام بالبيع عليه،

و مع عدمه لا يكون ملزماً بالوفاء بالعقد، و لو كان موجوداً يكون ملزماً به، و هذا هو الأثر المهم.

الثالث: أن شرط الوصف حيث أنه لا يقدر على تحصيله لا معنى لوجوب الوفاء به،

فعوموم المسلمون عند شروطهم (١) لا يشمل.

و فيه: أنه و إن تقدم فى الجزء الثالث فى مبحث المعاظة: ان مفاد: المسلمون عند شروطهم: وجوب العمل بالشرط تكليفاً، و لا يكون

ذلك متكفلاً لحكم وضعى من الصحة و الزوم، و عليه فلا يشمل شرط الوصف إلا أنه لا ينحصر الدليل بذلك و مقتضى قوله (صلى

الله عليه وآله): الشرط جائز بين المسلمين «٢» أى نافذ صحة هذا الشرط،
فالأظهر صحته و نفوذه.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار.

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨ كتاب البيوع بيع الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٠

ففى صحة هذا الشرط اشكال (١) من اصالة عدم تحقق تلك الغاية. الا بما علم كونه سببا لها و عموم المؤمنون عند شروطهم، (٢) و نحوه لا يجرى هنا، لعدم كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به، و من ان الوفاء لا يختص بفعل ما شرط بل يشمل ترتيب الآثار عليه، نظير الوفاء بالعهد، و يشهد له تمسك الامام (عليه السلام) بهذا العموم فى موارد كلها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبه التى اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابة مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق،

حكم شرط النتيجة

المورد الثانى فى شرط الغاية و النتيجة.

(١) قال المصنف فى صحة هذا الشرط اشكال و محل الكلام فى هذا المقام: هو اشتراط الغاية و النتيجة بالمعنى المتقدم المعقول، و هو اشتراط اعتبار الشارط لا الشارع لاعن أسبابها و مبرزاتها الخاصة، بل بنفس الاشتراط، و عليه فإن علم كون غاية خاصة لا يعتبر فيها لفظ مخصوص و سبب خاص لا إشكال فى صحة الشرط و نفوذه، لا.

(٢) لقوله (عليه السلام): المسلمون عند شروطهم، «١»

لما عرفت من كونه متضمنا لبيان حكم تكليفي و الشرط فى الفرض ليس فعلا يترقب كى يجب الوفاء به،

بل لقوله (عليه السلام): الشرط جائز بين المسلمين. «٢» و الأدلة الخاصة الدالة على أن الشرط الذى لا يخالف كتاب الله يجوز على المشترط و إن علم أنه يعتبر فيها سبب خاص و ليس الشرط منه - لا كلام فى فساده، لكونه خلاف الكتاب و السنة.

و أما إن لم يدل دليل على أحد الوجهين، فإن بنينا على جريان أصالة عدم المخالفة يحكم بالصحة و النفوذ، لأن أدلة نفوذ الشرط دلت على نفوذ كل شرط و صحته خرج عنها الشرط المخالف للكتاب، فلو شك فى شرط أنه مخالف أم لا إذا جرى هذا الأصل يدخل ذلك فى المستثنى منه، و تشمله أدلة النفوذ، و على ذلك فإشكال المصنف (رحمه الله) فى صحة هذا الشرط مع بنائه على جريان الأصل المشار إليه لا وجه له

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار.

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨ كتاب البيوع، بيع الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩١

...

و إن بنينا على عدم جريانه فحيث إنه يشك فى كون الشرط مخالفا للكتاب،
فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام فى الشبهة المصدقية فلا يجوز،

فيرجع الى أصالة عدم تحقق تلك الغاية.

و للسيد الفقيه و المحقق النائيني (رحمه الله) كلام في المقام، و هو- أن الشك في كون شرط مخالفا للكتاب من قبيل الشبهة الحكمية بحسب الغالب دون المصادقية.

و محصل ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) أن الشك في كون شرط كذلك و إن كان قد يتفق من جهة الشبهة المصادقية، كما لو شك في أن من يشترط ملكية المصحف له كافرا إلا أن الغالب كون منشأ الشك: الشك في الحكم الشرعي، و أن الحكم الفلاني هل يكون مجعولا في الشريعة حتى يكون اشتراط خلافه مخالفا للكتاب أم لا؟ أو أن السبب لهذا الأمر الاعتباري هل هو شيء خاص أم كل ما يكون مبرزا له؟ فتكون الشبهة حكمية أو مفهومية لا مصادقية؟ و لا مانع من التمسك بالعموم في تلك الموارد.

ثم أورد على نفسه: بأن العام حيث خصص بالمخصص المتصل بإجمال المخصص يسرى الى العام، فلا يتمسك به و أجاب عنه: بأن هناك عمومات لم تخصص، و واضح أن إجمال ما اتصل به المخصص لا يسرى الى ما لم يتصل به.

و فيه: ان الميزان في كون الشبهة مصادقية لا يتمسك فيها بالعموم، أو حكمية يتمسك فيها به الى ملاحظة المشكوك فيه بالإضافة الى العام، فإذا كان الشك من جهة حكمية و لكن بالإضافة الى العام الذي يتمسك به مصادقية لا يجوز التمسك به،

و المقام من هذا القبيل، فإن الشك في الحكم الفلاني أو أن الغاية المخصوصة هل جعل لها سبب خاص أم لا؟ و إن كان حكما إلا أن ذلك بالإضافة الى عموم دليل الشرط مصادقية

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٢

مضافا الى كفاية دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد (١) و أما توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة، فهي دعوى غير مسموعة مع وجود افراد اتفق على صحتها، كما في حمل الجارية و مال العبد و غيرهما. و دعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع مدفوعة، لعدم صلاحية ذلك للفرق (٢)

فإن المخالف للكتاب مفهومه مبين، و حكمه واضح لا شك في شيء منهما، و الشك إنما يكون مصادقيا من هذه الجهة، فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام في الشبهة المصادقية فلا يجوز،

و لكن حيث عرفت أنه تجرى أصالة عدم المخالفة، ففي مورد الشك يرجع الى عموم دليل نفوذ الشرط.

و يشهد لصحة هذا الشرط و تمامية الاستدلال بالعموم: ما تضمن عدم الخيار للمكاتبة التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابة مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق، مستشهدا بهذا العموم.

(١) و قد استدلل لصحة هذا الشرط بدليل الوفاء بالعقود و فيه: أن الشرط ليس جزء للعقد، بل هو التزام في التزام.

و لكن مع تسليم المبني لا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني (رحمه الله) بقوله:

إذا كان دليل المؤمنون مختصا بشرط الفعل كان دليل أوفوا أولى بالاختصاص،

لصراحتة في التكليف الموجب للاختصاص،

فإن دليل المؤمنون، بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه لا عدم انفكاك الشرط عن المؤمن و هذا ليس صفة في الشرط، بل صفة في المؤمن لا محالة، يكون ظاهرا في كونه متضمنا لحكم تكليفي بخلاف آية الوفاء.

نعم يرد عليه إيراد آخر و هو: ما ذكرناه في مبحث المعاطاة من أنه لو كان الامر بالوفاء إرشاديا يكون إرشادا الى اللزوم لا- إلى الصحة، فراجع.

(٢) قوله مدفوعة لعدم صلاحية ذلك للفرق لا كلام في ان التابع ان كان تابعا بنفسه كالزوائد المتصلة في الحيوان مثل صوفه و وبره يملك بتبع العين و لو لم يشترط بل و لو لم يلتفت إليه حين العقد- كما انه لو صار تابعا بالاشتراط يصير من لواحق المتبوع و يملك

بتبعه كما فى الدابة و حملها

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٩٣

مع انه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة فى بيع اخرى، كما يظهر من المحقق الثانى فى شرح عبارة القواعد فى شرائط العوضين و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه، و ان انضم الى معلوم. و كيف كان، فالاقوى صحة اشتراط الغايات التى لم يعلم من الشارع اناطتها بأسباب خاصة، كما يصح نذر مثل هذه الغايات (١) بان ينذر كون المال صدقة أو الشاة اضحية أو كون هذا المال لزيد.

و حينئذ فالظاهر عدم الخلاف فى وجوب الوفاء بها بمعنى ترتب الآثار، و انما الخلاف و الاشكال فى القسم الثانى و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل. (٢)

و الكلام فيه يقع فى مسائل:

الاولى: فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى (٣) ظاهر المشهور هو

و هذا لا ينافى توقف حصول الملكية على سبب خاص إذا لمعاوضة حقيقة و انشاء بين المتبوع و عوضه فما افاده المصنف (رحمه الله) غير تام.

(١) قوله كما يصح نذر مثل هذه الغايات لا يخفى ان من استشكل فى شرط النتيجة كصاحب الجواهر (رحمه الله) استشكل فى نذر النتيجة ايضا اللهم الا ان يقال ان هذا ايراد عليه بلحاظ ما عن سيد المدارك من اسناد صحة هذا النذر الى قطع الاصحاب.

وجوب الوفاء بالشرط

(٢) المورد الثالث: فى شرط الفعل، و الكلام فيه فى طى مسائل:

(٣) الاولى: ظاهر المشهور وجوب الوفاء من حيث التكليف و ظاهر الشهيد فى اللمعة عدم وجوب الوفاء.

لا يخفى أن نزاع الشهيد و غيره حيث حكم الشهيد بعدم وجوب الوفاء به تكليفاً،

و أن أثره فى شرط الفعل خصوص الخيار و قلب اللازم جائزاً، و حكم غيره بوجوب الوفاء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٩٤

...

إنما هو النزاع فى أن الشرط هل هو التعليق كما عليه الشهيد، أو الالتزام كما عليه غيره؟

فالأولى صرف عنان الكلام الى ذلك،

ثم الكلام فى الدليل على وجوب الوفاء.

أما المقام الأول، فمحصل ما أفاده الشهيد (رحمه الله) أن العقد له إطلاقان: أحدهما من حيث فعلية الصحة، الثانى من حيث اللزوم.

و بعبارة اخرى: أن العقد بالتحليل منحل الى الالتزام بالملكية مثلاً، و الالتزام بعدم رفع اليد عنه و الوفاء بالالتزام الأول.

و الشاهد عليه: أن بعض القيود لا معنى لرجوعه الى العقد بالإطلاق الأول كما لا معنى لكونه قيماً لأحد العوضين كشرط الخيار، فإنه

لا يعقل إلا أن يكون قيماً للعقد بالإطلاق الثانى، إذ لا خيار إلا فى فرض الصحة و الملكية، و الشرط إن جعل قيماً للعقد بالإطلاق

الأول بطل العقد، و لكن المجمعول فى باب الشرط هو كونه قيماً له بالإطلاق الثانى، أى الالتزام بالوفاء بالعقد.

و عليه فإن كان المشروط من قبيل الغايات يحصل بمجرد الاشتراط، و يلزم بلزوم العقد، و إن كان من قبيل الأفعال فلا محالة يتوقف

لزوم العقد عليه، وهذا معنى جعل العقد عرضة للزوال، وهذا يختص بخصوص شرط الفعل وهو واضح. وبهذا البيان اندفع جميع ما أورده المصنف (رحمه الله) عليه التي مبناها تعليق أصل العقد على المشروط. ولكن الذى يرد على الشهيد (رحمه الله) أنه وإن كان حقيقة الشرط قائمة بالتعليق وبدونه لا يصدق عليه الشرط، إذ مجرد كون الالتزام الشرطى فى ضمن الالتزام البيعى بلا ربط لأحدهما بالآخر لا يوجب صدق عنوان الشرط، فلا بد وأن يكون العقد مرتبطا به، فالتعليق مأخوذ فى حقيقة الشرط،

إلا أن المتعارف بين الناس فى موارد اشتراط الفعل للالتزام بالفعل أيضا، بل ربما يكون هو المقصد الأسمى، وعلى أى تقدير ما افاده لا يصلح دليلا على عدم وجوب الوفاء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٩٥

الوجوب لظاهر النبوى: المؤمنون عند شروطهم (١) و العلوى من شرط لامراته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم (٢) الا شرطا حرم حلالا- أو حلال حراما و يؤكد الوجوب ما ارسل فى بعض لكتب من زيادة قوله الا من عصى الله (٣) فى النبوى بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه لا من الشارط،

و لا ينافى معه، كى يعارض الأدلة التى ستمر عليك.

(١) و أما المقام الثانى فيشهد بوجوب الوفاء: قوله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم «١».

و تقريب دلالته على الحكم التكليفى: أن ظاهر كون المؤمن عند شرطه ملازمته إياه و قيامه بمقتضاه، و الأخبار بالتحقق يناسب إرادته و البعث نحوه، و حيث إنه متضمن لكون المؤمن عند شرطه لا عدم انفكاك الشرط عن المؤمن فلا يناسب ذلك الوضع، بل يناسب التكليف كما مر تحقيقه فى مبحث المعاطاة.

و أما تقريب دلالته على الوجوب دون الندب فبأمر:

الأول: ما حقق فى محله من أن دلالة الجملة الخبرية على الوجوب أقوى من دلالة الأمر عليه.

(٢) الثانى: انه استدلل بمثله على الامر بالوفاء لاحظ: العلوى: من شرط لامراته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم. «٢» و نحوه غيره:

الثالث: جعل المؤمن موضوعا: فإن مفهوم القضية أن من لا يفى بشرطه لا يكون مؤمنا و لا يكون كذلك إلا بكونه عاصيا و خارجا عما هو وظيفة المؤمن.

(٣) الرابع: ما فى بعض الروايات من زيادة قول: الا من عصى الله فانه استثناء من المشروط عليه قطعاً، لكونه استثناء ممن يجب عليه الوفاء و القيام بالشرط و هو المشروط عليه

(١) الخلاف ج ٢ ص ٨.

(٢) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب المهور كتاب النكاح.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٩٦

هذا كله مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد (١) بعد كون الشرط كالجزم من ركن العقد خلافا لظاهر الشهيد فى اللمعة، و ربما ينسب الى غيره حيث قال انه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنما فائدته جعل العقد عرضة للزوال، و وجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره فى تفصيله المحكى فى الروضة عنه (قدس سره)

دون الشارط، و ظاهر العصيان هو المخالفة للتكليف، و احتمال إرادة المعصية بنفس الالتزام فيكون مساوقاً لأخبار استثناء ما خالف الكتاب متوقف على حرمة الالتزام بالمعصية، و بخلاف حكم الله، و لا دليل عليه.

و قد استدلل لعدم دلالة على الوجوب، بل دلالة على الندب بوجهين:

الأول: ما افاده جمع و هو: أن تعليق الوفاء على الايمان دليل الفضل و الندب، بل عن المحقق الايرواني (رحمه الله) أن ذلك كاشف عن عدم صوغ القضية في إنشاء الحكم و إلا فأى اختصاص للمؤمن في ذلك فتحمل القضية على ظاهرها و هو الأخبار. و فيه: ما عرفت من أن مفهومه أن من لا يفى بشرطه غير مؤمن، و هذه المبالغة تناسب وجوب الوفاء كما لا يخفى.

الثاني: أن الحمل على الوجوب مستلزم للتخصيص الكثير، لعدم وجوب الوفاء بالشروط الفاقدة لأحد شروطها الثمانية، و لعدم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة في العقود الجائزة بالذات، أو لكونها خيارية.

و فيه: أن الشرط الفاسد خارج عن تحت ذلك الدليل على جميع التقادير، و الشرط في ضمن العقد الجائز يجب الوفاء به، و جواز العقد لا ينافي وجوبه كما تقدم غير مرة، فالأظهر وجوب الوفاء.

(١) قوله مضافاً الى عموم وجوب الوفاء بالعقد قد مر عدم صحة الاستدلال به على ذلك فان الشرط ليس جزءاً لأحد العوضين و بما حققناه يظهر ما في سائر كلمات المصنف (رحمه الله) في المقام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٧

في بعض تحقیقاته، و هو ان الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد كافياً في تحققه، و لا يحتاج بعده الى صيغته، فهو لازم لا يجوز الاختلال به كشرط الوكالة و ان احتاج بعده الى امر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزاً و جعل السرفيه ان اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب و القبول فهو تابع لهما في اللزوم و الجواز و اشتراط ما سيوجد امر منفصل عن العقد و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن و هو معنى قلب اللازم جائزاً، انتهى.

قال في الروضة بعد حكاية هذا الكلام: و الاقوى اللزوم مطلقاً، و ان كان تفصيله اجود مما اختاره هنا.

اقول ما ذكره (قدس سره) في بعض تحقیقاته لا- يحسن عده تفصيلاً في محل الكلام مقابلاً لما اختاره في اللمعة، لأن الكلام في اشتراط فعل سائغ، و انه هل يصير واجبا على المشروط عليه ام لا، كما ذكره الشهيد في المتن، فمثل اشتراط كونه وكيلاً ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له، فلا- يقال انه يجب فعله أو لا- يجب. نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد مما لا خلاف فيه،

إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد أى ثبوت الخيار و عدم ثبوته.

و بالجملة، فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد. نعم، كلام الشهيد في اللمعة اعم منه و من كل شرط لم يسلم لمشرطه، و مراده تعذر الشرط، و كيف كان،

فمثل اشتراط الوكالة أو الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام، إذ لا كلام و لا خلاف في وجوب ترتيب آثار الشرط عليه، و لا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار،

و لا في ان المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار، و ان شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات لا المبادئ.

و مما ذكرنا يظهر ان تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح، لانه انما ذكر ذلك في مسألة اشتراط الخيار.

وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم، في التذكرة لو اشترى عبدا بشرط ان يعتقه المشتري صح البيع و لزم الشرط عند علمائنا اجمع، ثم ان ما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٨

ذكره الشهيد (قدس سره) من ان اشتراط ما سيوجد امر منفصل، و قد علق عليه العقد الخ لا يخلو عن نظر، إذ حاصله ان الشرط قد علق عليه العقد في الحقيقة، و ان كان لا تعليق صورة، فحاصل قوله بعتك هذا العبد على ان تعتقه، ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالاعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة.

و فيه مع ان المعروف بينهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين، و ان القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى ايضا، ان رجوعه الى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد و ان لم يكن في صورة التعليق ان لازم هذا الكلام اعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزا.

الثانية: في انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى، فهل يجبر عليه لو امتنع؟ (١) ظاهر جماعة ذلك.

و ظاهر التحرير خلافه، قال في باب الشروط: ان الشرط ان تعلق بمصلحة المتعاقدين، كالاجل و الخيار و الشهادة و التضمين و الرهن، و اشتراط صفة مقصودة كالكتابة، جاز و لزم الوفاء، ثم قال: إذا باع بشرط العتق صح البيع و الشرط، فإن اعتقه المشتري و إلا ففى اجباره و جهان: اقربهما عدم الاجبار، انتهى.

فى جواز الإيجاب و عدمه

(١) الثانية: في انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع؟ فيه أقوال أربعة:

الأول: جواز الإيجاب.

الثاني: عدمه.

الثالث: التفصيل بينما كان حقا للبائع فلا يجوز الإيجاب و بين ما كان حقا لغيره فيجوز كما يظهر من الصيمرى.

الرابع: ما يظهر من العلامة، و هو: الفرق بين ما يكون من متعلقات المعاملة كالرهن و الكفيل و تعجيل الثمن فيجوز الإيجاب، و بين ما يكون أجنبيا عنها كاشتراط العتق فلا يجوز

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٩

و قال فى الدروس يجوز اشتراط سائغ فى العقد، فيلزم الشرط فى طرف المشتري عليه، فإن اخل به فللمشتري الفسخ، و هل يملك اجباره عليه فيه نظر،

انتهى.

و لا معنى للزوم الشرط الا و جوب الوفاء به، و قال فى التذكرة فى فروع مسألة العبد المشتري عتقه: إذا اعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه - الى ان قال:

و ان امتنع أجبر عليه، إن قلنا إنه حق لله تعالى، و إن قلنا إنه حق للبائع لم يجبر، كما فى شرط الرهن و الكفيل، لكن يتخير البائع فى الفسخ لعدم سلامة ما شرط، ثم ذكر للشافعى وجهين فى الإيجاب و عدمه. إلى أن قال: و الأولى عندى الإيجاب فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلا فأهمل، انتهى.

و يمكن ان يستظهر هذا القول: اعنى الوجوب تكليفا مع عدم جواز الاجبار من كل من استدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون، مع قوله بعدم وجوب الاجبار، كالشيخ فى المبسوط، حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله (عليه السلام) المؤمنون عند

شروطهم، ثم ذكر ان في اجباره على الاعتاق لو امتنع قولين: الوجوب لأن عتقه قد استحق بالشرط، و عدم الوجوب و إنما يجعل «يحصّل» له الخيار، ثم قال: و الاقوى هو الثانى، انتهى.

فإن ظهور النبوى فى الوجوب من حيث نفسه، و من جهة القرائن المتصلة و المنفصلة مما لا مساغ لإنكاره. بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ و من تبعه فى عدم افساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهرا على ارادة الوجوب منه، إذ لا تنافى بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده، فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط فى البيع على صحته.

ثم ان الصيمرى فى غاية المرام قال: لا-خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق لأنه غير مخالف للكتاب و السنة، فيجب الوفاء به، قال: و هل يكون حقا لله تعالى أو للعبد، أو للبائع؟ يحتمل الاول. الى ان قال: و يحتمل الثالث و هو مذهب العلامة فى القواعد و التحرير، لأنه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق،

و هو يدل على انه حق للبائع، و على القول بأنه حق لله يكون المطالبة للحاكم و يجبره مع الامتناع و لا يسقط باسقاط البائع منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠٠

و على القول بكونه للبائع بكون المطالبة له و يسقط باسقاطه، و لا يجبر المشتري، و مع الامتناع يتخير المشتري بين الامضاء و الفسخ، و على القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق، و مع الامتناع يرافعه الى الحاكم ليجبره على ذلك، و كسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير، انتهى.

و ظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعد ما لاجبار: ان كل شرط يكون حقا مختصا للمشتري لا كلام و لا خلاف فى عدم الاجبار عليه، و هو ظاهر اول الكلام السابق فى التذكرة، لكن قد عرفت قوله اخيرا و الاولى ان له اجباره عليه و ان قلنا انه حق للبائع، و ما بعد ما بين ما ذكره الصيمرى و ما ذكره فى جامع المقاصد و المسالك من انه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام فى ثبوت الاجبار حيث قال: و اعلم ان فى اجبار المشتري على الاعتاق وجهين احدهما العدم، لأن للبائع طريقا آخر للتخلص و هو الفسخ. و الثانى له ذلك، لظاهر قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله و هو الأوجه، انتهى.

و فى المسالك جعل احد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء مستدلا له بأصالة عدم وجوب الوفاء، و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و استدلل له بعموم الأمر بالوفاء بالعتق (و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله)، و ظاهره وحدة الخلاف فى مسألتى وجوب الوفاء و التسلط على الاجبار. كما ان ظاهر الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء، بل و على عدم الاجبار فيما كان حقا مختصا للبائع، و الأظهر فى كلمات الاصحاب وجود الخلاف فى المسألتين، و كيف كان،

فالاقوى ما اختاره جماعة من ان للمشروط له اجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعتق و الشرط، (١)

و محل الكلام إنما هو الإيجاب المالكى لا الإيجاب من ناحية وجوب الأمر بالمعروف.

(١) و قد استدلل لوجوب الاجبار فى المتن: بما دل على وجوب الوفاء بالعتق و الشرط، بتقريب: أنه كما يكون مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لما انتقل من

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠١

فإن العمل بالشرط ليس الاكتسليم العوضين، فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه. و ما فى جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار

الآخر إليه فيكون مالكا فيجبر طرفه على تسليمه، كذلك يكون المشروط له مالكا. على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه.

و الظاهر أن هذا مراده (قدس سره) لاما افيد من أن مقتضى وجوب الوفاء لزوم التسليم و العمل، فيجبر لو امتنع الموهوم وحدة الخلاف في المسألتين، فإنه (قدس سره) قد فر من ذلك آنفا.

و فيه: أن آية الوفاء بالعقد «١» لا- تدل على نفوذ الشرط، و لزوم العمل، به، فضلا عن كون العمل ملكا للمشروط له، و دليل الوفاء بالشرط قد مر أنه يدل على الحكم التكليفي لا الملكية.

فالحق- أن يقال: إن جواز الإيجاب مبنى على استفادة الاستحقاق من أدلة الشروط و عدمها، إذ بناء على الاستحقاق يجوز الإيجاب لكونه ممتنعا عما يستحقه الغير،

و بناء على التكليف المحض لا يجوز، من غير فرق على التقديرين بين القول بوجوب الوفاء و عدمه.

و يمكن الاستدلال للاستحقاق بوجوه:

منها: أن المستفاد من الأدلة و المقطوع به بين الأصحاب جواز إسقاطه، و الحكم لا يقبل الأسقاط.

و منها: قوله (عليه السلام) المتقدم: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، «٢» فإن ظاهر الكلام الاختصاص الملكي و الحقي.

و منها: بناء العقلاء على ذلك، و عليه فيجوز الإيجاب.

(١) المائدة: ٢.

(٢) الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٢

بأن له طريقا الى التخلص بالفسخ (١) ضعيف في الغاية، فإن الخيار انما شرع بعد تعذر الاجبار دفعا للضرر.

و قد يتوهم ان ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختيارا، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و صدور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه، فلا ينفع في الوفاء بالشرط. (٢)

و يندفع بأن المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الاجبار،

و إنما يعرض له من حيث انه فعل واجب عليه، فإذا اجبر فقد اجبر على نفس الواجب. نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا منه لم ينفع اجباره في حصول الشرط.

و قد استدل لعدم الجواز بوجهين:

(١) الاول: ما عن جامع المقاصد من ان له طريقا الى التخلص بالفسخ و فيه: أن مقتضى هذا الوجه لو تم عدم تعيين الإيجاب، و الكلام إنما هو في جوازه مع أنه لا يتم، فإن الخيار شرع بعد تعذر الإيجاب كما سيأتي.

(٢) الثاني: ان الشرط هو الاتيان بالعمل من عند نفسه فالفعل الحاصل بسبب الإيجاب ليس عملا بالشرط، فالشرط غير قابل لأن يجبر عليه.

و فيه: أنه لا ريب في كونه هو الإتيان باختياره أما لاعن كره فهو لا نظر له إليه.

و قد استدل للثالث: بأن البائع يمكنه الفسخ استدرأكا لحقه بخلاف غيره، إذ لا طريق له إلا الإيجاب.

و قد ظهر اندفاعه مما ذكرناه في رد ما عن جامع المقاصد آنفا.

و استدل للرابع: بأن ما هو من متعلقات المعاملة يكون بمنزلة العوضين في جواز الإيجاب على تسليمه بخلاف غيره.

و قد ظهر جوابه مما ذكرناه فالأظهر جواز الإيجاب.

ثبوت الخيار مع عدم تعذر الإيجاب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٣

الثالثة: في انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الاجبار، (١) فيكون مخيراً بينهما ام لا يجوز له الفسخ الا مع تعذر الاجبار: ظاهر الروضة و غير واحد هو الثاني، و صريح موضع من التذكرة هو الأول، قال: لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو في الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإن اخل به لم يبطل البيع لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع و بين الزامه بما شرط، انتهى.

(١) الثالثة: في انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الاجبار ام لا؟

و اعترض المحقق النائيني (رحمه الله) على المصنف الذي عنون هذه المسألة بأنها بعينها هي المسألة السابقة باختلاف يسير و تفاوت في العبارة قال: لعله سهو من قلمه.

و فيه: أن الكلام في المسألة السابقة كان في جواز الإيجاب و عدمه، و في هذه المسألة إنما يكون في تقدمه على الفسخ و عدمه، فالفرق بين المسألتين واضح.

و أورد المحقق الايرواني (رحمه الله) عليه: بأن عنوان هذه المسألة عجيب، فإن عدم تعقل اجتماع حق الإيجاب و الخيار بمكان من الوضوح، فإن الإيجاب في موضوع عموم الشرط و شموله لما يصدر جبراً، فلا يكون تخلف مهما أمكن الفرد الإجباري منه، و موضوع الخيار صورة تعذر الشرط بجميع أفرادها، و أنى يجتمع هذان الأمران.

و فيه: أن موضوع الخيار ليس صورة تعذر الشرط خاصة، بل امتناع من عليه الشرط عن العمل به، فإن المجعول هو الشرط من حيث هو، و إنما يجبر عليه في المرتبة اللاحقة و هي الامتناع عن العمل به، فالامتناع موضوع للحكمين، و كيف كان ففي المسألة قولان:

أحدهما: أن له ذلك مع التمكّن من الإيجاب.

و الآخر: أنه ليس له ذلك.

و قد استدلل للثاني بوجهين:

الأول: أن هذا الخيار على خلاف القاعدة، و دليله حديث الضرر و هو لا- يجرى إلا مع تعذر الإيجاب، إذ لا ضرر مع التمكّن من الإيجاب، فلا خيار، و على هذا حمل كلام المصنف (رحمه الله)

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٤

و لا نعرف مستندا للخيار مع التمكّن من الاجبار لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً الا أن يقال: ان العمل بالشرط لازم على المشروط عليه يجبر عليه إذ ابني المشروط له على الوفاء بالعقد.

و يرد عليه:

مضافاً الى ما عرفت من ان حديث الضرر لا يصلح دليلاً للخيار في مورد من الموارد،

و إلى أن الدليل لا ينحصر به كما سيمر عليك انه يمكن أن يقال: إن جواز الإيجاب لا يوجب رفع الضرر، بل الراجع هو الإيجاب نفسه، و عليه فلزوم البيع مع امتناع المشروط عليه من العمل بالشرط ضرري يرفعه الحديث، و ليس المرفوع خصوص حكم ضرري لا يتمكن من رفعه.

الثاني: أن المتيقن من الإجماع الصورة المذكورة.

و فيه: أن المدرك ليس هو الإجماع.

و الحق أن يقال: إن الشرط و إن كان التزاما إلا أن قوامه بتقيد العقد به، و ليس التزاما مستقلا، و معنى تقيد العقد به ما تقدم من تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على تحقق الشرط، فبامتناعه عنه يتحقق شرط الخيار فيثبت، فالأظهر ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار.

و استدل السيد (قدس سره) لذلك بخبر أبي الجارود- المنجبر ضعفه بالشهرة- عن أبي جعفر (عليه السلام): إن بعث رجلا على شرط فإن أتاك بمالك و إلا فالبيع لك. (١) بتقريب أن المراد من مالك مالك من الشرط، و من قول (عليه السلام): و إلا فالبيع لك، كون أمره بيدك.

و فيه: أن ما علق عليه الخيار هو الإتيان بالشرط و هو أعم من الاختياري و الاجباري.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٥

و أما إذا اراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذي وقع عليه، فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما، (١) و هذا الكلام لا يجري مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد، لأن كلا منهما قد ملك ما في يد الآخر، و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فيجبران على ذلك بخلاف الشرط، فإن المشروط حيث فرض فعلا كالاتاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضا نقضه، فتأمل.

و قد ذكر المصنف (رحمه الله) بعد ما اختار عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الإيجاب ووجها لثبوت نتيجة الخيار في عرض الإيجاب. (١) و حاصله: ان المشروط عليه إذا امتنع عن العمل بالشرط يكون امتناعه ذلك امتناعا عن العمل بالعقد المشروط، و نقضا للعقد، إذ ليس الشرط كامتناع احدهما عن تسليم احد العوضين حيث إن مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لمال الآخر، فالامتناع عن التسليم ليس نقضا للعقد، و هذا بخلاف الشرط، فإن الوفاء به إنما يكون بإيجاده و مع عدمه يكون ذلك نقضا للعقد المشروط، فللمشروط له أيضا نقضه فيرجع ذلك الى التقايل.

و بهذا البيان اندفع ما أساء به الأدب المحقق الايرواني (رحمه الله) فراجع.

و لكن يرد عليه (قدس سره) أن عدم العمل بالشرط ليس حلاله حتى يكون بضميمة حل المشروط له هو التقايل، بل هو عبارة عن ترك العمل مع بقاء الشرط كما هو الحال في الامتناع عن تسليم أحد العوضين طابق النعل بالنعل. و بالجملة إنه كما يكون للعقد وفاء: ان حقيقى و عملى و كذلك له نقضان، كذلك يكون للشرط بلا تفاوت بينهما.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٦

ثم على المختار من عدم الخيار الا- مع تعذر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر اجباره، (١) الظاهر ذلك لعموم ولاية السلطان على الممتنع (٢) فيندفع ضرر المشروط له بذلك. الرابعة: لو تعذر الشرط فليس للمشترط الا الخيار، (٣) لعدم دليل على الارش،

(١) قوله فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر اجباره الظاهر ان له ذلك لا لثبوت الولاية المطلقة له فان ذلك باطل كما اسلفناه و لا لأن الشرط اعم من فعل المشروط عليه و غيره.

(٢) بل لان الحاكم ولي الممتنع و ان شئت قلت ان حفظ مال الناس و متعلق حقهم مما يعلم ان الشارع الاقدس لا يرضى بتركه فهو من الامور الحسينية يتولاه الحاكم و يمكن ان يستشهد له بما دل «١» على ان من لا ينفق على زوجته بجبره الحاكم على ذلك و ان لم يمكن يطلقها الحاكم، مع ان الطلاق امره اضيق من سائر الانشائيات.

حكم تعذر الشرط

(٣) الرابعة: لو تعذر الشرط فلا كلام في ثبوت الخيار، فهل للمشروط له امضاء العقد واخذ شيء بإزاء الشرط، كما عن العلامة (رحمه الله) في التذكرة حيث حكم بثبوت الأرش فيما إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق، و تبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد،

قال: إن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد و بين الامضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا و قيمته بشرط التدبير. انتهى،

أم ليس له أخذ شيء كما عن الدروس و غيره،

أم هناك تفصيل بين الشروط كما التزم به العلامة في بعض كتبه؟ وجوه.

و تنقيح القول في المسألة أن الظاهر من العلامة قدس سره تقسيم الشروط الى أقسام:

(١) كتاب النكاح - باب ١ - من ابواب النفقات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٧

فان الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا و شرعا انما هي بين المالين و التقييد امر معنوي لا يعد مالا و ان كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه و ثبوت الارش في العيب لاجل النص، (١) و ظاهر العلامة ثبوت الارش إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق.

و تبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد و بين الامضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا و قيمته بشرط التدبير، انتهى.

الأول: ما يكون من الأوصاف التي لا توجب إلا زيادة الرغبة في موصوفها من دون أن توجب زيادة في قيمة الموصوف بوجه، و اختار فيه تعين الخيار.

الثاني: ما يكون من الأوصاف التي توجب زيادة المالية في الموصوف، و اختار فيه تخيير المشروط له بين الفسخ و الرجوع بالتفاوت و الأرش.

الثالث: ما يكون من الأفعال التي يبذل بإزائها المال كخياطة الثوب أو الغايات،

و ذهب فيه الى تخيير المشروط له بين الفسخ و المطالبة به، أو بعوضه و قيمته الواقعية.

و المصنف (رحمه الله) في عنوان المسألة تبع العلامة مع إلغاء القسم الأول الواضح حكمه،

فالكلام يقع في موردين:

الأول: في ما إذا كان الشرط من الأوصاف الدخيلة في المالية و كان متعذرا، و الحق به السيد (قدس سره) ما إذا كان من الأفعال و لكن كان متعذرا من الأول، لاما إذا طرأ عليه التعذر.

الثاني: في ما إذا كان من الأفعال المتمولة أو الغايات.

(١) اما الاول فقد استدل المصنف (رحمه الله) لعدم ثبوت الارش بما حاصله: ان الارش إما أن يكون تعديدا، أو يكون على القاعدة، و الأول يحتاج الى دليل التعبد و هو مفقود،
و الثانى يتوقف على وقوع شىء من المال بإزاء الشرط و هو ليس، فإن الشرط- و هو القيد
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠٨

و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت الى القيمة لا تمام التفاوت لأن للشرط قسطا من الثمن، فهو مضمون به لا بتمام قيمته، كما نص عليه فى التذكرة و ضعف فى الدروس قول العلامة بما ذكرنا من ان الثمن لا يقسط على الشروط و اضعف منه ثبوت الارش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط و ان لم يتعذر، كما عن الصيمرى و لو كان الشرط عملا من المشروط عليه يعد مالا و يقابل بالمال، كخياطة الثوب فتعذر. ففى استحقاق المشروط له لأجرته و مجرد ثبوت خيار له وجهان: قال فى التذكرة لو شرط على البائع عملا سائعا، تخير المشتري بين الفسخ و المطالبة به، أو بعوضه. ان فات وقته، و كان مما يتقوم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا فأتاه به غير مصبوغ و تلف فى يد المشتري، و لو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ و الامضاء مجانا، انتهى.
و قال ايضا لو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له

خارج عن المعاملة، و التقيد و إن كان داخلا فيها لكنه ليس مالا و إن كان سببا لازدياد مالية المال.
و أورد عليه المحقق الايروانى (رحمه الله) بأن التقيد و إن كان بنفسه لا يعد مالا لكن الذات على صفة التقيد مال يبذل بإزائه- بما له من التقيد- المال، فإن الكتابة مجردة و إن لم تعد مالا لكن ذات الكاتب على صفة الكتابة مال، و هذا عين معنى تقسيط الثمن.
و فيه: أن المقيد ينحل الى ذات المقيد و تقيده، و التقيد أمر انتزاعى لا يقابل بالمال و لكن الذى يرد على المصنف (رحمه الله) و يوجب عدم إمكان تصحيح ما أفاده المحقق الايروانى (رحمه الله) وجهها لثبوت الأرش بوجه: أن الشرط على ما تقدم ليس قيذا للانشاء،

لاستحالتها، و لا- للمنشأ لكونه موجبا للتعليق المبطل، و لا لأحد العوضين، فإن العين الخارجية لا تقبل التقيد، بل هو للالتزام بالوفاء بالعقد، و عليه فلا مورد لما أفاده المحقق المشار إليه و لا إلى ثبوت الأرش.
و قد استدل لثبوته مضافا الى ما مر. بوجهين
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠٩

ثوبه، فتلف الثوب تخير البائع بين الفسخ و الامضاء بقيمته الفاتت، ان كان مما له قيمة و إلا مجانا، انتهى.
و الظاهر ان مراده بما يتقوم ما يتقوم فى نفسه سواء كان عملا- محضا، كالخياطة أو عينا كمال العبد المشترط معه، أو عينا و عملا كالصبغ لا ما له مدخل فى قيمة العوض، إذ كل شرط كذلك و ما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه، و ان كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقا قيذا غير مقابل بالمال، (١) فإن المبيع هو الثوب المخيط و العبد و ماله

أحدهما: ما أفاده السيد الفقيه، و حاصله: أن الشرط و إن لم يكن مقابلا بالمال فى عالم الانشاء إلا أنه مقابل به فى عالم اللب، و لا منافاة بين أن يكون مال واحد تماما مقابلا لشىء فى عالم و بعضه مقابلا لشىء آخر فى عالم آخر الذى هو فى طول ذلك العالم.
و بعبارة اخرى: يكون قيذا فى مرحلة و جزء فى مرحلة اخرى، و عليه فمقتضى كون التمام فى مقابل العين فى عالم الانشاء جواز إمضاء المعاملة على ما هى عليه، و إسقاط حق الشرط، و مقتضى كون البعض فى مقابل الشرط فى عالم اللب جواز استرداده لعدم وصول عوضه و هو الشرط إليه، و هذا معنى تخيره بين الفسخ و الأرش.
و فيه: أنه فى باب المعاملات لا يعنى بما لم يقع فى حيز الانشاء.

و بعبارة اخرى: أن تمام المناط فيها عالم الانشاء و إلا الالتزامات و البنائات القلبية غير المنشأة لا يترتب عليها أثر، فمجرد الجزئية في عالم اللب لا يؤثر شيئاً.

ثانيهما: إدراج المورد تحت عنوان العيب، إذ المبيع مثلاً لوحظ فيه وصف الانضمام بوصف أو عمل، و تعذره يوجب نقصاً في المبيع. وفيه: ما تقدم في حقيقة العيب من أن العيب هو نقص وصف الصحة خاصة، فراجع، فالأظهر عدم ثبوت الأرش.

و أما المورد الثاني فقد ذهب جمع من الأساطين الى أن المشروط له يستحق اجرة ذلك العمل و عوضه الواقعي.

(١) و المصنف (رحمه الله) استشكل فيه من ناحية ان الشرط مطلقاً قيد غير مقابل بالمال

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٠

المصاحب للمال لا الثوب و الخياطة و العبد و ماله. و لذا لا يشترط قبض ما بازاء المال من التقدين في المجلس لو كان من احدهما (١) و سيجيء في المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء.

الخامسة: لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء، (٢) فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ، فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه أو من اصله وجوه يأتي في احكام الخيار

و المعاوضة واقعة بين العوضين أنفسهم.

و لكن الظاهر أن من يقول باستحقاق الاجرة لا يستند الى كون مقدار من العوض بإزائه حتى يرد عليه ذلك، بل الى أن المشروط له يملك على المشروط عليه ذلك الفعل، أو تلك الغاية، فيجوز له مطالبة عوضه كائناً ما كان، فأيراد الشيخ (رحمه الله) في غير محله. و لكن يرد عليه: أنه لا دليل على الملكية، إذ غاية ما يستفاد من الدليل وجوب الوفاء بالشرط حقياً، و أما ثبوت الملكية فمما لم يدل عليه دليل، و بناء العقلاء على أخذ العوض غير ثابت، فالأظهر أنه ليس له ذلك.

(١) قوله و لذا لا- يشترط قبض ما بازاء المال ... لو كان من احدهما مراده انه لو باع العبد و اشترط كون ماله معه و كان ماله من التقدين و الثمن منهما لا- يجب التقابض في المجلس بالنسبة الى ماله من باب كونه يبيع صرف و لو كان الشرط مقابلاً بالمال أي بالثمن و جب ذلك.

التلف لا يمنع عن الفسخ

(٢) الخامسة: لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف أو بنقل، أو رهن، أو استيلاء فهل يمنع ذلك عن الفسخ، أم لا؟

و لو فسخ فهل يرجع عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها؟ وجوه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١١

و يأتي ان الاقوى الرجوع بالبدل جمعاً بين الادلة، هذا كله مع صحة العقد الواقع بأن لا يكون منافياً للوفاء بالشرط. و أما لو كان منافياً كبيع ما اشترط وقفه على البائع، ففي صحته مطلقاً أو مع اذن المشروط له أو إجازته أو بطلانه وجوه خيرا وسطها

و الكلام في هذه المسألة يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا تلف العين أو خرجت عن ملكه مع عدم كون التصرف المخرج منافياً للشرط.

الثانى: فيما إذا كان التصرف المخرج للعين بنفسه منافيا للشرط، كما لو باع شيئا واشترط أن لا يبيعه أو يوقفه أو نحو ذلك فباعه.

أما الموضوع الأول فالكلام فيه فى موارد:

الأول: فى أنه هل يمنع ذلك من الفسخ أم لا؟ و مبنى القولين: أن الخيار متعلق بالعقد أو العين؟ إذ على الأول يجوز الفسخ، و على

الثانى لا يجوز، لانعدام الموضوع، و قد تقدم تفصيل القول فى ذلك فى الخيارات، و عرفت أن الأظهر تعلقه بالعقد.

الثانى: فى حكم التصرف المخرج، و قد يتوهم أنه فاسد من جهة أنه تصرف فى ملك كان معرضا للزوال، أو أنه ما لم ينقض زمان

الخيار لا يصير ملكا للمشتري، فهو تصرف فى ملك الغير،

و كلاهما فاسدان.

أما الأول، فلان كونه معرضا للزوال لا يوجب الفساد.

و أما الثانى، فلما مر من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار لا سيما مثل هذا الخيار المنفصل عن العقد.

الثالث: فى أنه إذا فسخ المشروط له فهل يرجع الى القيمة من جهة صحة العقد الثانى و عدم الموجب لانحلاله بانحلال العقد الأول،

لما ستعرف من فساد ما ذكر وجهها لانحلاله،

أو الى العين من جهة أن الفسخ يقتضى رجوع العين مع إمكانه و المفروض ذلك؟ وجهان،

أقواهما: الأول، فإن عدم إمكان الرجوع أعم من العقلى و الشرعى، و المفروض صحة العقد الثانى، و لزومه، فيمتنع الرجوع بالعين

شرعا، و المانع الشرعى كالمانع العقلى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣١٢

...

و على الثانى هل يفسخ العقد الواقع عليه من حينه من جهة أنه معلول لأعمال الخيار فلا يتقدم عليه، أو من أصله من جهة أنه بفسخ

العقد الأول ينحل هو من أصله فكذا ما يترتب عليه؟

و الأظهر هو الأول كما تقدم، فالأظهر هو الرجوع بالبدل.

و بما ذكرناه ظهر تمامية ما أفاده المصنف (رحمه الله) من أنه يرجع بالقيمة جمعا بين الأدلة،

أى دليل نفوذ العقد الأول، و دليل نفوذ العقد الثانى و لزومه، و دليل الخيار بالقياس الى العقد الأول.

هذا كله فيما إذا كان التصرف المخرج لازما،

و أما إن كان جائزا فقد يتوهم أنه بعد الفسخ يجبر المشتري على الفسخ و إرجاع العين من جهة أن العقد جائز، فالمشتري متمكن من

إرجاع العين فيجبر عليه، بخلاف ما إذا كان العقد لازما و لكنه فاسد من جهة أنه إذا فسخ المشروط له و رجع الثمن الى المشتري فلا

بد و أن يرجع إليه شىء إما العين أو بدلها، و الأول موجب لانفساخ العقد الثانى، و المفروض أنه لا وجه له، و لو التزم بانفساخه

بفسخ المشروط له يرد بأن العقد الثانى بالقياس إليه لازم لا جائز، و انما يكون جائزا بالنسبة الى المشتري، و الثانى مستلزم لعدم جواز

الإجبار كما هو واضح،

فالأظهر أنه لا فرق بين العقد اللازم و الجائز.

و أما الموضوع الثانى فالكلام فيه فى موردين:

الأول: فى حكم التصرف المخرج صحة و فسادا، و الأقوال فيه ثلاثة،

ثالثها: الصحة مع إجازة المشروط له و الفساد مع عدمه.

و قد استدلل للبطلان مطلقا بوجهين:

الأول: أن التصرف المنافي إن كان بنفسه مما اشترط عدمه كما اشترط أن لا يبيع داره فباعه و إن كان معصية بناء على وجوب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٣

...

و فيه أولاً: أن التصرف المنافي إن كان بنفسه مما اشترط عدمه كما اشترط أن لا يبيع داره فباعه و إن كان معصية بناء على وجوب الوفاء بالشرط إلا أنه إن كان مضادا لما هو شرط كما لو باع العبد و اشترط عتقه فباعه لا يكون البيع حراما إلا بناء على اقتضاء الأمر بالشىء للنهى عن ضده، و المحقق فى محله عدم الاقتضاء فلا يكون حراما.

و ثانيا: أن حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما حققناه فى الجزء الاول من هذا الشرح فراجع.

الثانى: أن التصرف المزبور تصرف فى متعلق حق الغير نظير بيع العين المرهونة،

و هو لا يكون نافذا، لعدم كون ما تصرف فيه ملكا طلقا، و الإجازة اللاحقة من ذى الحق لا تجدى سواء كانت الإجازة منه إسقاطا لحقه أم كانت إنفاذا للمعاملة مثل إجازة المالك،

أما على الأول فواضح، و أما على الثانى، فإن العقد حين وقوعه لم يشمل دليل الصحة فكيف يشمل بعد حين، و أما بيع الفضولى فعنوانه يتغير بالإجازة، و يصير عقدا للمالك بعد ما لم يكن عقدا له فيدخل فى عنوان الدليل و هو عقد المالك.

و فيه أولاً: أن حق المشروط له متعلق بالفعل المتعلق بالمال لا بنفس المال، و المال متعلق للمتعلق، و لا دليل على اعتبار أن لا يكون البيع متعلقا بما هو متعلق حق الغير،

و بالجملة لا يكون المال خارجا عن كونه ملك طلق.

و ثانيا: انه لو سلم ذلك ما ذكر وجهها لعدم نفوذ الإجازة اللاحقة لا يتم، فإن العقد له بقاء فإذا لم تشمله العمومات حين حدوثه لمانع و ارتفع ذلك المانع بقاء تشمله العمومات،

لوجود المقتضى و عدم المانع.

و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث مع ما يرد عليه،

كما ظهر أن الأظهر هو الصحة مطلقا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٤

فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط. (١)

نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه، (٢) فالظاهر صحة العقد الثانى، فإذا فسخ المشروط له ففى انفساخ العقد من حينه أو من اصله، أو الرجوع بالقيمة وجوه:

رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق، فلا يبطل لبنائه على التغليب، فيرجع بالقيمة و بين غيره فيبطل، اختاره فى التذكرة و الروضة.

قال فى فروع مسألة العبد المشترط عتقه، بعد ما ذكر ان اطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجانا، فلو اعتقه بشرط الخدمة مدة تخير المشروط له بين الامضاء و الفسخ فيرجع بقيمة العبد، قال بعد ذلك و لو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الامضاء، فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها فى غير ملك تام و تخالف هذه العتق بشرط الخدمة، لأن العتق مبنى على التغليب، (٣) فلا سبيل إلى فسخه، و هل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري فيه احتمال، انتهى.

(١) قوله كان للمشروط فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط المراد من فسخه فرضه كالعدم و عدم الاعتناء به إذ المفروض بطلانه فى نفسه بدون الاذن على مذهبه.

(٢) قوله نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه يعني انه بناء على عدم الاجبار الكاشف عن كون وجوب الوفاء بالشرط حكما لا حقا يحكم بصحة العقد الثاني من جهة ان المانع عن صحة عقده كون المال متعلقا لحق الغير و المفروض عدم الحق فلا مانع عن صحته.
(٣) قوله لان العتق مبني على التغليب.

هذا التعليل عليل فان بناء العتق على التغليب انما هو فيما لو انعتق بعض العبد كما لو اعتق احد الشريكين حصته فانه ينعق على شريكه الآخر حصته لذلك و هذا غير مربوط بالمقام المورد الثاني: إذا فسخ المشروط له ففيه وجوه:
احدها: انفساخ العقد الثاني من حينه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٥

و مثله ما في الروضة و قال في الدروس في العبد المشروط عتقه: و لو اخرجته عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله، انتهى.

و ظاهره ما اخترناه (١) و يحتمل ضعيفا غيره، و في جامع المقاصد الذي ينبغي ان المشتري ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشروط.

ثم ان هذا الخيار، كما لا يسقط بتلف العين، كذلك لا يسقط بالتصرف فيها، (٢) كما نبه عليه في المسالك في اول خيار العيب، فيما لو اشترط الصحة على البائع، نعم إذا دل التصرف على الالتزام بالعقد و سقط الخيار نظير خيار المجلس و الحيوان بناء على ما استفيد من بعض اخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللا بحصول الرضا بالعقد. و أما مطلق التصرف فلا.

ثانيها: انفساخه من أصله.

ثالثها: الرجوع بالقيمة.

رابعها: ما عن العلامة-، من التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل، لبنائه على التغليب، فيرجع بالقيمة، و بين غيره فيبطل، و قد تقدم في الموضوع الأول تنقيح القول في ذلك، و عرفت أن الاظهر هو الثالث.

و انما الكلام في المقام في خصوص التفصيل الذي ذهب إليه العلامة،

الظاهر انه بناء على عدم تامة ما اخترناه من الرجوع بالقيمة، و أنه يفسخ العقد الثاني- ما أفاده متين، لكن ينبغي أن يعلل بأن الحر لا يعود رقا، و أيضا لازمه التعميم الى كل مورد ثبت فيه عدم جواز الرجوع كما لو اشترى أرضا و جعله المشتري مسجدا.

(١) قوله و ظاهره ما اخترناه و يحتمل ضعيفا غيره يعني ظاهره بطلان التصرفات الواقعة في متعلق حق الشرط- و يحتمل ارادته جواز فسخ العقد الاول و انفساخ هذه العقود ايضا.

(٢) قوله كذلك لا يسقط بالتصرف فيها لا إشكال في انه يجوز وضعها و تكليفا للمشروط له التصرف فيما انتقل إليه لانه ملكه و ليس متعلقا لحق الغير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٦

السادسة: للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الاسقاط (١) لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدابة لعموم ما تقدم في اسقاط الخيار و غيره من الحقوق،

و لو تصرف فان كان كاشفا عن اسقاط الخيار و قصد به ذلك لا كلام في سقوطه لان له ذلك و لا يعتبر في الاسقاط لفظ خاص- و ان لم يكن كاشفا عنه أو لم يقصد به ذلك لا يسقط و ما في بعض نصوص «١» خيار الحيوان من التعليل لمسقطية التصرف قد مر أنه لا يتعدى عنه الى ساير الخيارات.

إسقاط حق الشرط

السادسة: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أن للمشروط له إسقاط حق خيار التخلف لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط، (١) كما أنه لا خلاف بينهم في أن للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الأسقاط، فالكلام يقع أولاً في إسقاط خيار التخلف، ثم في إسقاط حق الشرط. أما الأول فبعد ما عرفت مرارا من أن الخيار من الحقوق، وأن لكل ذي حق إسقاط حقه - جواز إسقاط خيار التخلف واضح، غاية الأمر بعد التخلف بنحو التنجيز وقبلة بنحو التعليق لو لم يكن تسالم على عدم السقوط بالإسقاط المعلق. وليعلم أن التخلف إنما يتصور في شرط الصفة أو الفعل دون شرط النتيجة، لأنها تحصل بمجرد الشرط، وعدم ترتيب الأثر خارجا لا يوجب الخيار، ولو أسقطه لا يوجب ذلك ارتفاع وجوب العمل بالشرط وهو واضح. وأما إسقاط حق الشرط الذي عرفت أنه حق، فملخص القول فيه: أن الشرط تارة يكون شرط النتيجة، وأخرى يكون شرط الصفة، وثالثة يكون شرط الفعل، والأولان لا يتصور فيهما بقاء حق الشرط كى يقبل الأسقاط، أما الأول، فلاستيفاء الحق بالشرط، وأما الثانية، فلأنه إن كان الوصف موجودا فهو، وإلا فلا معنى لوجوب الوفاء

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٧

وقد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له (١) كالعق. فان المصرح به في كلام جماعة كالعلامة وولده والشهيدان وغيرهم عدم سقوطه بإسقاط المشروط له، قال في التذكرة: الاقوى عندي أن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق حق الله وحق للبائع وحق للعبد، ثم استقرت بناء على ما ذكره مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري. وفي الايضاح الاقوى انه حق للبائع والله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط، انتهى.

وفي الدروس لو أسقط البائع الشرط جاز الا العتق لتعلق حق العبد وحق الله تعالى به، انتهى.

وفي جامع المقاصد: ان التحقيق ان العتق فيه معنى القربة والعبادة وهو حق الله تعالى وزوال الحجر وهو حق للعبد، وفوات المايه على الوجه المخصوص للقربة وهو حق للبائع، انتهى.

اقول اما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب

فلا محالة يسقط حق الشرط ولا بقاء له، فمورده شرط الفعل.

وعليه فإن قلنا بصيرورة الفعل المشروط ملكا للمشروط له لا معنى لإسقاطه أيضا، لأن مورده الحقوق لا الأملاك، وإن قلنا بأنه يصير متعلق الحق فهو قابل للإسقاط، ولو أسقطه لا يجب الوفاء بالشرط.

(١) صرح جماعة منهم العلامة في التذكرة وولده في الايضاح والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم أنه يستثنى من جواز إسقاط حق الشرط، شرط ما يكون حقا لغير المشروط له، ومثلوا له بالعتق، وقالوا: إنه لا يسقط بالإسقاط.

محصل الكلام انه لا إشكال في أنه لو كان حقا لغير المشروط له أيضا في عرض حقه لا يسقط بإسقاط المشروط له، إذ لكل ذي حق إسقاط حقه لا لغيره والمشروط له بالإضافة الى حق من له الحق أجنبي.

و عليه فإن كان حقان سقط حق المشروط له وبقى حق صاحبه، و إن كان حق واحد قائم باثنين لم يسقط بإسقاط واحد منهما، و يتوقف سقوطه على توافقهما على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٨

للشارع، فهو واضح. و أما كونه حقا للعبد، فإنه ان اريد به مجرد انتفاعه بذلك،

فهذا لا يقتضى سلطنة له على المشتري، (١) بل هو متفرع على حق البائع دائر معه وجودا و عدما (٢) و ان اريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة،

فلا دليل عليه و دليل الوفاء لا يوجب الا ثبوت الحق للبائع.

و بالجملة فاشتراط عتق العبد، ليس الا كاشتراط ان يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدق به عليه، و لم يذكر احد ان لزيد المطالبة، و مما ذكر يظهر الكلام فى ثبوت حق الله تعالى، فإنه ان اريد به مجرد وجوبه عليه، لأنه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض، فهذا جار فى كل شرط و لا ينافى ذلك سقوط الشروط بالاسقاط، و ان اريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوبا لله، كما ذكره جامع المقاصد، ففيه ان مجرد المطلوب إذا لم يبلغ حد الوجوب لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم و لا وجوب هنا من غير جهة و وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم. و قد عرفت ان المطلوب غير هذا، فافهم

الأسقاط، و أن كان حق غيره فى طول حقه فللمشروط له إسقاط حقه، و مع سقوطه يرتفع موضوع حق صاحبه، هذا كله مما لا كلام فيه.

إنما الكلام فى الصغرى، و قد مثلوا لما إذا كان الشرط متعلقا لحق غير المشروط له:

بالتق، بدعوى: أنه بشرطه يثبت حق للبائع لكونه المشروط له، و للعبد، و لله تعالى، و لذا ذهب المصنف و ولده و الشهيدان الى أنه لا يسقط بإسقاط المشروط له.

لا كلام فى أنه حق للبائع و أما كونه حقا للعبد فأجاب عنه المصنف (رحمه الله) بجوابين:

(١) احدهما: ان انتفاع الغير بالعمل غير سلطنته على المشتري.

(٢) ثانيهما: ان حق العبد على فرض تسليم كونه حقا انما يكون موضوعه حق البائع فيسقط بإسقاطه.

و أما كونه حقا لله تعالى إما لكونه واجبا أو لأجل كونه تعديا.

و تقريب الأول: أن الفعل إذا وجب يخرج زمام أمره عن يد المكلف و يكون

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٩

السابعة: قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف (١) على المشهور، لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفا على مقابلة احد العوضين الا بالآخر، و الشرع لم يزد على ذلك إذ امره بالوفاء بذلك المدلول العرفى فتخلف الشرط لا يقدر فى تملك كل منهما لتمام العوضين، هذا و لكن قد يكون الشرط

بيد الله تعالى، و هذا هو معنى الحقيّة و الملكيّة.

و تقريب الثانى: أن معنى التعديّة تعين العمل لله تعالى، و ذلك فرع استحقيقه له دون غيره.

و يرد على الأول: أولا النقص بجميع الشروط، فإنها يجب الوفاء بها.

و ثانيا: أن الايجاب لا يقتضى الملكيّة الاعتبارية أو الحق الاعتبارى، بل هو موجب لخروج زمام الأمر عن يد المكلف تشريعا، و هذا غير كونه متعلقا لحقه تعالى.

ثم على تقدير كونه حقا لله تعالى يمكن أن يقال: إنه في موضوع ثبوت حق البائع، فلو أسقطه يسقط هو أيضا.

لو شرط قدرا معينا فتبين الاختلاف

(١) السابعة: قد عرفت مما ذكرناه من ان الشرط التزام في ضمن التزام انه لا يقسط عليه الثمن، لكونه في مقابل المثلن و الشرط خارج عنهما.

و لكن قد يكون الشرط قدرا معينا من المبيع فتبين الخلاف من حيث الكم و تفصيل ذلك ما ذكره العلامة في التبصرة قال: و لو شرط مقدارا فنقص تخير المشتري بين الرد و الامساك بالقسط من الثمن سواء كانت أجزاؤه متساوية أو مختلفة، فإن أخذ بالقسط تخير البائع، و لو أخذه بالجميع فلا خيار، و لو زاد متساوي الأجزاء أخذ البائع الزائد فيتخير المشتري حينئذ و لو زاد منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٠

تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بان يشتري مركبا و يشترط كونه كذا و كذا جزء كان يقول بعتك هذا الارض أو الثوب أو الصبرة على ان يكون كذا ذراعا أو صاعا، فقد جعل الشرط تركبه من اجزاء معينه، (١) فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية و يقال ان المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء، فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابة و نحوها في العبد لا يوجب فواتها الا خيارا بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن، أو يلاحظ جانب الجزئية، فإن المذكور و ان كان بصورة القيد الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه، فالمبيع في الحقيقة هو كذا و كذا جزءا الا انه عبر عنه بهذه العبارة كما لو اخبر بوزن المبيع المعين، فباعه اعتمادا على اخباره، فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفئات. و بالجملة فالفئات عرفا و في الحقيقة هو الجزء و ان كان بصورة الشرط، فلا يجرى فيه ما مر من عدم التقابل الا بين نفس العوضين، و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه

المختلف فالوجه البطلان.

(١) و قال المصنف في المتن: و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة- الى ان قال- فقد جعل الشرط تركبه من اجزاء معينه. انتهى.

فالكلام في ذلك إنما هو في أنه هل يلاحظ جانب القيدية، فلا يقسط عليه الثمن أم يلاحظ جانب الجزئية فيقسط الثمن على الفئات؟ و قبل بيان ما هو الحق في المقام ينبغي تقديم أمرين:

الأول: أن ما يؤخذ شرطا في المعاملة على أقسام:

أحدها: الشروط الخارجية كخياطة الثوب و نحوها، أو ملكية شيء آخر و شبهها مما هو من قبيل شرط النتيجة.

ثانيها: ما يكون من قبيل الأوصاف لأحد العوضين.

ثالثها: ما يكون من قبيل كمية الأشياء و مقاديرها.

لا إشكال في أن ما كان من قبيل الأول لا يقسط عليه الثمن، لما مر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢١

ارضا على انها جريان معينه، أو صبرة على انها اصوع معينه، و تفصيل ذلك العنوان الذي ذكره في التذكرة بقوله لو باع شيئا و شرط فيه قدرا معينا فتبين الاختلاف من حيث الكم،

و أما القسم الثاني فما كان منه من قبيل الأوصاف العرضية ككون العبد كاتباً كذلك،
و أما ما كان من قبيل الصورة الجوهرية التي بها شيئية الأشياء و ماليتها و تقع متعلقة للأغراض أولاً و بالذات و تبذل الأعراض بإزائها
كحمازية الحمار و ذهبية الذهب و نحوها،

فتخلفها يوجب بطلان العقد، لتقوم حقيقة المعاملة بها، و مع انتفائها لا معاملة، و السرفيه:

أن المادة الهولائية من حيث هي ليست بمال و لا يبذل بإزائها العوض:

و إنما الكلام وقع في القسم الثالث لأجل أن فيه جهتين: جهة الوصفية من حيث إفادته لكون العين الشخصية متصفة بوصف كونها
كذا جزء، و جهة ذاتية، لأنه يوجب اختلاف تلك الصورة الجوهرية زيادة و نقصاً.

الثاني: أن ظاهر ما عنونه المصنف (رحمه الله) في بادئ النظر: النزاع في المقام في أن شرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة الذي
بحسب جعل المتعاملين و قصدهما من قبيل الشرط هل له خصوصية من بين سائر الشروط و بلحاظها حكم عليه شرعاً بترتيب آثار
الجزئية، أو لا خصوصية له.

و هذا غير تام، فإن لازم القول بأن له خصوصية إلغاء معاوضة المتعاملين و التعبد بمعاوضة أخرى و هو كما ترى،

بل النزاع في المقام في أن المبيع بحسب بناء المتعاملين هل هو المشروط، أي الأرض الشخصية مثلاً، و حال شرط المقدار حال غيره
من الشروط، أو لوحظ المقابلة بالقياس إليه في المعاملة؟ و القائل بالتقسيم يقول بالثاني، و مآل كلام المصنف (رحمه الله) الى ذلك.
إذا عرفت هذين الأمرين فاعلم أن المبيع تارة يكون متساوي الأجزاء و أخرى مختلفها، و كل منهما إما يتبين النقص فيه و إما أن يتبين
الزيادة فيه، فالأقسام أربعة كما ذكره العلامة في التبصرة، و المصنف في المتن

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٢

فاقسامه أربعة (١) لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء أو متفهما، و على التقديرين فإما أن يزيد و إما أن ينقص، فالأول تبين النقص في
متساوي الأجزاء،

و لا إشكال في الخيار و انما الاشكال و الخلاف في ان له الامضاء، بحصة من الثمن أو ليس له الامضاء الا بتمام الثمن فالمشهور، كما
عن غاية المرام هو الاول. و قد حكى عن المبسوط و الشرائع و جملة من كتب العلامة و الدروس و التنقيح و الروضة و ظاهر السرائر و
ايضاح النافع حيث اختاروا ذلك في مختلف الاجزاء، فيكون كذلك في متساوي الاجزاء بطريق اولي و يظهر من استدلال بعضهم على
الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوي الأجزاء مفروغا عنه.

و عن مجمع البرهان: انه ظاهر القوانين الشرعية، و وجهه مضافا الى فحوى الرواية الآتية في القسم الثاني ما اشرنا إليه من ان كون
المبيع الشخصي بذلك المقدار

(١) قال فاقسامه أربعة أحدها: ما إذا كان المبيع متساوي الأجزاء و تبين النقص فيه، و المشهور على ما نسب إليهم على تقسيط الثمن.

و عن جملة من الأساطين العدم.

و الأظهر: هو الأول، فإن ظاهر أخذ شيء شرطاً و إن كان عدم جعل شيء من العوض بإزائه إلا أن الارتكاز العرفي في شرط المقدار
و الكمية بخلاف ذلك، و هذا الارتكاز العرفي قرينه صارفة عن هذا الظهور فقول البائع: بعتك هذه الأرض بشرط أن تكون جربان
معينة بكذا درهم، في قوة: بعتك كل جريب بكذا. فعند التخلف يرجع مقدار من الثمن.

و يشهد لذلك: مضافا الى أنه مقتضى القاعدة خبر عمر بن حنظلة عن الامام الصادق (عليه السلام) في رجل باع أرضاً على أنها عشرة
أجربة فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده و نقد الثمن و وقع صفقة البيع و افترقا، فلما مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة، قال: ان شاء
استرجع فضل ماله و أخذ الأرض، و إن شاء رد البيع و أخذ ماله كله إلا ان يكون

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٣

و ان كان بصورة الشرط، الا ان مرجعه الى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا طعاما، فاشتره فتيين الغلط في الكيل، و لا يرتاب اهل العرف في مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا، خلافا لصريح القواعد و محكى الايضاح، و قواه في محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية، و استوجهه في المسالك و يظهر من جامع المقاصد ايضا، لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان. غاية الامر انه التزم ان يكون بمقدار معين و هو وصف غير موجود فى المبيع، (١) فاوجب الخيار كالكتابة المفقودة فى العبد

له الى جنب ملك الأرض أيضا أرضون فليؤخذ و يكون البيع لازما له، و عليه الوفاء بتمام البيع، فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله، و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله «١».

الذى احتج به الشيخ فى محكى النهاية.

و مورده و إن كان هى الأرض و هى قيمية و القيمي ما لا يتساوى أجزاءه فى القيمة إلا أنه إذا ثبت ذلك فى مختلف الأجزاء يثبت فى متساويها بالأولوية، لاختصاص مختلف الأجزاء ببعض الاشكالات على ما سيمر عليك.

و قد استدلل للثانى بوجهين:

(١) احدهما: ما عن جامع المقاصد و هو: ان المبيع المقابل بمجموع الثمن هو الموجود المعين، غاية ما هناك أنه لا يعلم بالنقصان فهو من فوات الوصف.

وفيه: أن المبيع و إن كان هو الموجود الخارجى إلا أنه من جهة كونه متكما بكم خاص كما لو اشتراه بما هو كذلك.

ثانيهما: ما عن الجواهر، و حاصله: أن العين الشخصية لا تزيد و لا تنقص، و قد جعلت مبيعا، فلا محالة كل مقدار اخذ فيه فهو من باب اشتراط الوصف الذى لا شأن له فى المبيع، بل أثره الخيار عند التخلف.

وفيه: أن العين الشخصية لا تزيد و لا تنقص بحسب الوجود الخارجى إلا أنها تزيد و تنقص بحسب فرض المتعاملين، و مفروضهما هو المتكمم بكم خاص.

(١) الوسائل - باب ١٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٤

و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار الا انه غير موجود فى الخارج، مع ان مقتضى تعارض الاشارة و الوصف غالبا ترجيح الاشارة عرفا، فإن رجوع قوله بعتك هذه الصبرة على انه عشرة اصوع، الى قوله بعتك عشرة اصوع موجودة فى هذا المكان تكلف. و الجواب ان كونه من قبيل الشرط مسلم الا- ان الكبرى و هى ان كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة، (١) لأن المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا، و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الثانى: تبين النقص فى مختلف الاجزاء، (٢) و الاقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الامضاء وفاقا للاكثر، لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع، مضافا الى خبر ابن حنظلة رجل باع ارضا على انها عشرة اجربة، فاشترى المشتري منه بحدوده و نقد الثمن. و اوقع صفقة البيع و افترقا، فلما مسح الأرض فإذا هى خمسة اجربة

(١) قوله الا ان الكبرى و هى ان كل شرط لا يوزع عليها الثمن ممنوعة لا سبيل الى منعها بعد كون حقيقة الشرط تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على شىء فالاولى هو التعليل بما حققناه فراجع.

(٢) ثانيها: ما إذا كان المبيع مختلف الاجزاء و تبين النقص فيه، و الكلام فى وجه التقسيط ما تقدم.

و قد استدل على عدم التقسيط فيه: مضافا الى ما مر - بوجوه:

الأول: ما عن الايضاح، و حاصله: أن الفاتئ بما أنه لا تحقق له و لا مماثل لا يكون له تعين وجودى و لا تعين طبيعى كما فى متساوى الأجزاء، فيستحيل تقويمه، و ما يستحيل تقويمه يستحيل تقسيط الثمن عليه، ففواته كفوات صفة كمال.

و فيه: أن الفاتئ و إن كان لا- تعين له واقعا إلا- أنه جعل جزء مما فيه الجيد و الردئ فى المعاملة، و حيث أنه ليس فيلقى من الثمن بذلك المقدار، مثلا: إذا بيع الأرض المختلفة الأجزاء بالسهولة و الحزونة على أنها عشرة أذرع، فتيين أنها خمسة أذرع، فالفاتئ خمسة أذرع،

و قيمتها معلومة معينة فكيف يستحيل تقويمه؟!

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٢٥

قال: فإن شاء استرجع فضل ماله و اخذ الأرض و ان شاء رد المبيع و اخذ المال كله، الا ان يكون له الى جنب تلك الأرض ارضون فليوفه، و يكون البيع لازما، فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع، فإن شاء المشتري اخذ الأرض و استرجع فضل ماله و ان شاء رد الأرض و اخذ المال كله، الخبر. و لا بأس باشماله على حكم مخالف للقواعد، لأن غاية الامر على فرض عدم امكان ارجاعه إليها،

و مخالفة ظاهره للاجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الاحتجاج.

خلافاً للمحكى عن المبسوط، و جميع من قال فى الصورة الاولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد و لا ينقص، لوجود الشرط و عدمه، و الشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد، فتيين عدمهما. و زاد بعض هؤلاء ما فرق به فى المبسوط بين الصورتين، بأن الفاتئ هنا لا يعلم قسطه من الثمن، لأن المبيع مختلف الاجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجربان. (١)

(١) الثانى: ما عن المبسوط، و حاصله: ان الفاتئ هنا لا يعلم قسطه من الثمن لان المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان.

و فيه أولا: ما تقدم من أن الفاتئ جزء معين من الممتزج من الجيد و الردئ، مثلا:

إذا كان نصفه ناقصا يؤخذ من الثمن نصفه و هكذا.

و ثانيا: أنه إذا كان قيمة الأجزاء مختلفة لا بد و أن يعين أن أى مقدار منها من الجيد و أى منها من الردئ حفظا من الغرر، و عليه فالفاتئ يكون معلوما قسطه، و هو واضح.

الثالث: أن عدم معلومية قسط الفاتئ من الثمن يوجب جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة الى التقسيط.

و فيه: مضافا الى ما مر - أن اللازم معلومية ما يقع مبيعا و ما هو عوض عنه فى مرحلة العقد بحسب بناء المتعاملين، لاما يكون مبيعا واقعا و ثمنه له كذلك، و لا جهل بما يعتبر العلم فيه فالأظهر هو التقسيط هناك أيضا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٢٦

و فيه ان عدم معلومية قسطه (١) لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلص بصلح أو نحوه، الا ان يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد، مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة الى التقسيط. و فيه منع عدم المعلومية، (٢) لأن الفاتئ صفة كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة اجرة، و يحصل فرضه و ان كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الأرض، لأنه معنى فرض نفس الخمسة عشرة و فرضه ايضا بصيرورة ثلاثة منها ثمانية أو اربعة تسعة أو واحد تسعة أو واحد

سته أو غير ذلك،

و ان كان ممكنا الا- انه لا ينفع مع فرض تساوى قطاع الأرض و مع اختلافها، فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة أو وصفها له يقضى بلزوم كون كل جزء منها مضاعفا على ما هو عليه من الصفات المرئية أو الموصوفة.

ثم ان المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة، و نفى عنه البعد فى التذكرة معللا بأن القطعة المجاورة للمبيع اقرب الى المثل من الارش. و فيه مع منع كون نحو الارض مثليا أن الفأنت لم يقع المعاوضة عليه فى ابتداء العقد، و قسطه من الثمن باق فى ملك المشتري، و ليس مضمونا على البائع، حتى يقدم مثله على قيمته.

و أما الشيخ (قدس سره) فالظاهر استناده فى ذلك الى الرواية

(١) قوله و فيه ان عدم معلومية قسطه عبارات نسخ الكتاب فى المقام مختلفة ففى بعضها هكذا و فى بعضها و فيه مضافا الى ان عدم معلومية الخ- و على الثانى فقولُه بعد سطر و نصف.

(٢) و فيه منع عدم المعلومية يكون غلطا و الصحيح الغاء لفظه و فيه- و كيف كان فمحصل جوابه الاول ان جهالة القسط لا تقتضى ذهاب حق المشتري الا ان يقال يرجوع الجهالة حينئذ الى جهالة الثمن فالمعاملة باطله رأسا و حاصل- جوابه الثانى انه ان كان الارض متساوية الا-جزءا قيمة يفرض كل جزء من الارض المشتراة على انها عشرة اجرة فانكشف انها خمسة جزءين- و ان كانت مختلفة الاجزاء يؤخذ المقدار الناقص بوصف الموجود قيمة و كيفية.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٢٧

الثالث: ان يتبين الزيادة عما شرط على البائع (١) فإن دلت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، فالظاهر ان الكل للمشتري. (٢) و لا- خيار، و ان اريد ظاهره و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة و عليه من حيث عدم النقيصة، ففى كون الزيادة للبائع و تخير المشتري للشركة أو تخير البائع بين الفسخ و الاجازة لمجموع الشىء بالثمن وجهان: من ان مقتضى ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به، فهو شرط صورة و له حكم الجزء عرفا ان اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد عن المبيع و من الفرق بينهما بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا، و ليس بمنزلة الاستثناء، فتحلفه لا يوجب الا الخيار،

(١) ثالثها: ما إذا كان المبيع متساوى الاجزاء و تبين الزيادة، و الكلام فيه فى موردين:

الأول: فى حكم الزيادة و أنها للبائع أو المشتري.

الثانى: فى الخيار، و أنه لهما أو لأحدهما.

أما الأول: فإن دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، ففى المتن:

(٢) فالظاهر ان الكل للمشتري و لكن الظاهر بطلان البيع حينئذ، للغرر،

و إن كان عدم الزيادة شرطا فإن كان المبيع هو الموجود الخارجى و أخذ عدم الزيادة شرطا بحسب بناء المتعاملين كان الزائد للمشتري،

و إن كان المبيع هو المتكتم بكم خاص بقى الزائد فى ملك البائع، و الارتكاز العرفى مساعد مع الثانى.

و أما الثانى فعلى التقدير الأول فإن كان الشرط من المشتري كان الخيار له، و ان كان من البائع ثبت له، و على التقدير الثانى كان الخيار للمشتري من جهة عيب الشركة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٢٨

ولعل هذا اظهر (١) مضافا الى إمكان الفرق بين الزيادة و النقيصة، مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زيادته بورود النص المتقدم في النقيصة، و يبقى الزيادة على مقتضى الضابطة، و لذا اختار الاحتمال الثاني، بعض من قال بالتقسيط في اطراف النقيصة، و قد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا لأن البائع لم يقصد بيع الزائد (٢) و المشتري لم يقصد شراء البعض و فيه تأمل.

الرابع: ان يتبين في مختلف الاجزاء و حكمه يعلم مما ذكرنا. (٣)

القول في حكم الشرط الفاسد

إشارة

و الكلام فيه يقع في امور: (٤)

الأول: ان الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، (٥)

(١) قوله و لعل هذا الظهر فيه منع بل المقامان من واد واحد فكما ان هناك قلنا، بان ظاهر الشرطية عدم جعل شيء بازاء الشرط، الا انه في شرط الكم قرينة كلية صارفة، و عليه بنينا على التقسيط كذلك لا بد من القول به هنا بلا تفاوت.

(٢) قوله لان البائع لم يقصد بيع الزائد حاصله عدم التطابق بين الايجاب و القبول فان البائع قاصد للاستثناء و المشتري قاصد للشرط و فيه: انه ان كان ظهور الكلام في قصد البائع الاستثناء يكون بالنسبة الى المشتري ايضا كذلك كما انه لو كان ظاهرا في ارادة الشرط فبالنسبة الى كل منهما هكذا.

(٣) و بما ذكرناه ظهر الحال في القسم الرابع و هو ما إذا تبينت الزيادة في مختلف الأجزاء، إذ حاله من جميع جهات الكلام حال القسم الثالث.

حكم الشرط الفاسد

(٤) القول في احكام الشرط الفاسد، و فيه مسائل:

(٥) الاولى: لا يجب الوفاء به، لان فساد الشرط لا محالة يكون لانقضاء احد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٩

بل هو داخل في الوعيد، فإن كان العمل به مشروعاً استحَب الوفاء به على القول بعدم فساد اصل العقد، (١)

الأمر المذكورة المعبر بعضها في أصل كونه شرطا، و بعضها في صحته، فلا كلام في عدم وجوب الوفاء به من حيث إنه شرط، لأن معنى فساده عدم ترتب حكمه عليه.

و هل يترتب عليه حكم الوعد أم لا؟ أقوال.

أحدها: أنه وعد يترتب عليه حكمه.

ثانيها: ما عن المحقق النائيني (رحمه الله) و هو أنه لا يترتب عليه ذلك.

(١) ثالثها: ما في المكاسب و هو ترتبه على القول بعدم فساد اصل العقد و الأظهر هو الأول، فإنه إنشاء التزام بشيء فهو وعد.

و استدلل للثاني، بأن الوعد إخبار فلا ربط له بباب الشروط التي هي من مقولة الانشاء.

و فيه: ما تقدم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مبحث الكذب أن الوعد ربما يكون إخبارا، و ربما يكون إنشاء كما إذا قال المولى

لعبده: إذا فعلت الفعل الفلاني أعطيتك درهما،

فلا يكون الوعد مقابلا للانشاء.

و استدل للثالث بأن الشرط فى ضمن العقد وعد مقيد لا مطلق قيد بصحة العقد.

و فيه أن العقد مقيد به لا هو بالعقد، بل هو مطلق، غاية الأمر إنشاء فى ضمن إنشاء العقد.

و انما المهم فى المقام بيان أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا؟

و الكلام فيه فى موردين:

الأول: فى تعيين محل النزاع و بيان الأقوال.

أما الأول فإن كان فساد الشرط موجبا لاختلاف العقد نفسه كالشرط المنافى لمقتضى العقد بطل العقد بلا كلام، و ليس هو محل النزاع،

كما أنه لا كلام فى البطلان إذا كان فساده موجبا لاختلال شىء من الامور المعتبرة فى العوضين، كما لو اشترط وجود وصف مجهول فى احد العوضين

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٣٣٠

و لا تأمل ايضا فى ان الشرط الفاسد لأجل الجهالة، يفسد العقد، (١) لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احد العوضين، فيكون البيع غررا، و كذا لو كان الاشتراط موجبا لمحدور آخر فى اصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع. ثانيا: لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد الى البيع الاول، أو للتعبد من اجل الاجماع أو النص،

و كاشتراط جعل الخشب المبيع صنما، لأن المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل و لبعض الاخبار، و انما الاشكال فيما كان فساده لا أمر مخل بالعقد. فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد ام يبقى العقد على الصحة؟ قولان:

حكى اولهما عن الشيخ و الاسكافى و ابن البراج و ابن سعيد، و ثانيهما للعلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و جماعة ممن تبعهم. و ظاهر ابن زهرة فى الغنية التفصيل بين الشرط الغير المقذور كصيورة الزرع سنبلًا و البسر تمرا، و بين غيره من الشروط الفاسدة، فادعى فى الأول عدم الخلاف فى الفساد و الافساد

أو احداثه فيه فإنه يوجب الجهالة فيهما.

و إلى هذا نظر المصنف حيث قال:

(١) و لا تأمل ايضا فى ان الشرط الفاسد لاجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه الى جهالة أحد العوضين، و إلا فشرط ما هو أجنبي عنهما لا يوجب الجهالة فيهما،

أو اشترط أمرا غير مقدور موجبا لتعذر تسليم أحد العوضين، كما لو بيع الزرع بشرط أن يجعل سنبلًا. و أما إذا اشترط أمرا غير مقدور لا ربط له بالعوضين كما لو باع الثوب بشرط أن يجعل الزرع سنبلًا فهو داخل فى محل الكلام أو اشترط شرطا أوجب سلب المالىة عن أحد العوضين، كما لو باع الخشب بشرط أن يجعله صنما، فإن مرجع هذا الشرط الى حصر المنافع فى المحرمة و سلب المحللة منه،

فيوجب سلب المنفعة و الخروج عن المالىة، إذ المنافع المحللة لا يجوز استيفاؤها للشرط و المنافع المحرمة سلبها الشارع عنه، فيخرج عن كونه مالا فأكل المال على هذا الوجه أكل للمال بالباطل، كما صرح به المصنف

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٣٣١

و مقتضى التأمل فى كلامه ان الوجه فى ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه، و لو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف،

لرجوعه كالشرط المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين، لكن صريح العلامة في التذكرة: وقوع الخلاف في الشرط الغير المقذور، و مثل بالمثاليين المذكورين و نسب القول بصحة العقد الى بعض علمائنا، و الحق ان الشرط الغير المقذور من حيث هو غير مقذور لا يوجب تعذر التسليم في احد العوضين. نعم لو اوجبه فهو خارج عن محل النزاع كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر،

و ربما ينسب الى ابن المتوج البحراني التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به، فلا يوجب فساد العقد، كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك و بين غيره. و قد تقدم في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك و بين غيره و قد تقدم في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود

و أما إذا لم يكن مخلا بالعقد و لا بالعوضين كما، لو اشترط ما لا يسوغ أو عدم العتق أو عدم وطء الأمة مما يبطل الشرط ففيه أقوال: الأول: ما عن الشيخ الطوسي و الاسكافي و ابني سعيد و البراج، و هو: عدم إفساده للبيع الثاني: ما عن أجله المتأخرين، كالعلامة في بعض كتبه و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم و هو الافساد، و قواه العلامة في التبصرة قال: و في ابطال البيع به وجه قوى. و لا يخفى أن المصنف نسب الى المتقدمين من الأصحاب بعكس ما ذكرناه، و لعله سهو من قلمه الشريف، و الأولون على قولين: الصحة مع الخيار، و بدونه.

و أما التفصيل المنسوب الى ابن زهرة و هو التفصيل بين الشرط غير المقذور كصيرورة الزرع سنبلًا و بين غيره من الشروط الفاسدة، فالظاهر عدم كونه تفصيلا في ما هو محل النزاع، لرجوع القسم الأول في كلامه الى ما يوجب خلافا في شروط أحد العوضين الذي عرفت خروجه عن محل النزاع،

و كيف كان فيشهد للصحة و عدم الافساد:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٢

للعقلاء عن التذكرة و غيرها، أن هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار و الخلاف في أن اشتراط الكفر صحيح أم لا؟ و عدم الخلاف ظاهرا في لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصي معين.

و ظاهر ذلك كله التسالم على صحة العقد و لو مع لغوية الشرط، و يؤيد الاتفاق على عدم الفساد استدلال القائلين بالافساد بأن للشرط قسطا من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولا. نعم استدلالهم الآخر على الافساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط، ربما يؤيد عموم محل الكلام، لهذا الشرط إلا أن الشهيدين ممن استدلل بهذا الوجه، و صرح بلغوية اشتراط الكفر و الجهل بالعبادات، بحيث يظهر منه صحة العقد فراجع، و كيف كان، فالقول بالصحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوة، وفاقا لمن تقدم لعموم الأدلة السالم عن معارضة ما يخصه عدا وجوه:

احدها: ما ذكره في المبسوط للمانعين من ان للشرط قسطا من العوض،

مجهولا فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا. (١)

و فيه بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى و الرجوع الى مهر المثل. (٢)

العمومات الدالة على مشروعية المعاملة تأسيسا أو إمضاء.

و قد استدلل للقول بالفساد بوجوه:

(١) احدها: ما عن الشيخ في المبسوط و هو: ان للشرط قسطا من العوض مجهولا فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا.

و أجاب المصنف (رحمه الله) عنه بأجوبة أربعة:

(٢) الاول: النقص بالشروط الفاسدة في النكاح المرتبطة بالمهر، فانهم تسالموا على أن فسادها لا يوجب فساد عقد المهر الذي يتضمنه عقد النكاح المنحل الى عقدين: إنشاء علقه الزوجية بين الزوجين و عقد المهر و هو تعين ذاك الأمر الكلى الثابت على الزوج بإزاء تسلطه على البضع في مقدار معلوم أو في عين معلومة حيث إن لازم فساد الرجوع الى مهر المثل، و قد حكموا بصحته، و أنه يرجع الى المهر المسمى.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٣

اولا: منع مقابلة شيء (الشرط بشيء) من العوضين عرفا و لا شرعا، (١) لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثل، غاية الأمر كون الشرط قيذا لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض و نقصانه، و الشرع لم يحكم على هذا العقد إلا بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين. و لذا لم يكن في فقده إلا الخيار بين الفسخ و الامضاء مجانا كما عرفت. و ثانيا: منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض (٢) إذ ليس العوض المنضم الى الشرط و المجرى عنه الا كالمتصف بوصف الصحة، و المجرى عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف، و لذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الارش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك، و بلزوم قيمة الصنع المشروط في بيع الثوب.

و بهذا يظهر أن تطويل الكلام في المقام في أن الشرط الفاسد في النكاح غير المرتبط بالمهر هل يكون مفسدا له أم لا؟ أجنبي عما هو محل النقض.

(١) الثاني: انه لا مقابلة بين الشرط واحد العوضين و قد تقدم تفصيل القول فيه و عرفت أن الشرط ليس جزءا من أحد العوضين و لا قيذا له، و إنما الشرط التزام مستقل قيد الالتزام بالوفاء بالعقد به.

و ما أفاده المحقق الايرواني (رحمه الله) من أن العوض و إن كان لا يقابل القيد و لا التقييد و لكنه مقابل للمقيد بما هو مقيد لا ذات المقيد- قد مر جوابه، و عرفت أن المقيد منحل الى ذات المقيد و التقييد، و إذا كان التقييد أمرا انتزاعيا لا يقابل بالمال كان المقابل للعوض لا محالة ذات المقيد، غاية الأمر القيد يصير داعيا الى بذل المال في مقابل الذات أزيد مما يبذل لو لا القيد.

(٢) الثالث: انه مع تسليم المقابلة لا نسلم الجهالة، إذ ليس العوض المنضم الى الشرط و المجرى عنه إلا كالمتصف بوصف الصحة و المجرى عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف.

و فيه: أنه مع فرض المقابلة مجرد الانضباط لدى العرف لا يكفي، بل لا بد من

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٤

و ثالثا: منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة، انما القاذح هو الجهل به عند انشاء العقد. (١)

(الثاني): ان التراضي انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، (٢) فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضي، لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضة بين المثل و الثمن بدون الشرط معاوضة اخرى، محتاجة الى تراض جديد، و انشاء جديد، و بدونه يكون التصرف اكلا للمال لاعتراض،

و فيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد، و مجرد الارتباط لا يقتضي ذلك، كما إذا تبين نقص احد العوضين، (٣) أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع، كالكتابة، و الصحة،

المعلومية عند المتبايعين.

(١) الرابع: ان اللازم العلم بما هو مبيع و ثمن في مرحلة البيع و الانشاء و أما العلم بما يصير مصداقا للمبيع أو الثمن فلا يكون معتبرا، و

لذا في بيع ما يملك و ما لا يملك التزمنا بالصحة مع عدم معرفة المبيع و الثمن إلا في مرحلة الانشاء. و هذا حسن.
(٢) ثانيها: ان التراضي انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضي، لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، فالمعاوضة المنشأة عن تراض لم تقع، و المعاوضة بدون الشرط تحتاج الى تراض جديد، و بدونه تكون من قبيل أكل المال بالباطل.
و يرد: مضافا الى النقوض المذكورة في المتن منها.

(٣) قوله كما إذا تبين نقص احد العوضين فانه لا يوجب فساد العقد قطعا بل يقسط الثمن بنسبته و يصح في الباقي و للمشتري الخيار لانتفاء شرط الانضمام و بذلك ظهران مرجعه الى انتفاء الشرط ايضا فما عن جامع المقاصد من ان الفرق بينه و بين الشرط عسر جدا في غير محله: فانه عينه كما عرفت.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٥

و كالشروط الفاسدة في عقد النكاح، (١) فإنه لا خلاف نصا و فتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه.
و قد تقدم ان ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم و غيره عدم فساد العقد به، و تقدم أيضا ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا، (٢) و دعوى ان الاصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، و مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا- يوجب التعدي مدفوعة بأن المقصود من بيان الامثلة، انه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد،

و انه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض جوزه الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الامثلة هو التوجيه فيما نحن فيه، و لذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا.

و الحاصل انه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لاعن تراض، مستندا الى النقض بهذه الموارد، و حل ذلك ان القيود المأخوذ في المطلوبات العرفية و الشرعية:

(١) و منها قوله و كالشروط الفاسدة في عقد النكاح نقضه في المقام انما يكون بالشروط الفاسدة، غير المربوطة بعقد المهر، بل بعقد النكاح نفسه- و عدم ابطالها مطلقا و ان لم يكن ثابتا الا في بعض الموارد اتفق النص «١»
و الفتوى على عدم الافساد و هذا يكفي في النقض.

(٢) و منها قوله و تقدم ايضا ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا يمكن دفع هذا النقض بانه في باب الانشائيات لا يعتنى بالبناءات و الالتزامات القليلة ما لم تبرز فهي في حكم العدم فتدبر و به يظهر امكان دفع ما قبله- إذ ما لا يكون مقصودا للعقلاء لا يكون في الحقيقة قيدا.

ان الشرط ان كان من قبيل الصورة النوعية لما وقع عليه العقد لا محالة يكون مقابلا

(١) الوسائل- باب ٢٩ من ابواب المهور كتاب النكاح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٦

منها ما هو ركن المطلوب ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا، و كون مطلوب المولى اتيان تتن الشطب، لا الاصفر الصالح للنارجيل، و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لاجل التنظيف، فإن العرف يحكم في هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، و لا الاصفر مقام التتن، و لا التيمم مقام الغسل.

و منها ما ليس كذلك ككون العبد صحيحا، و التتن جيدا، و الغسل بماء الفرات،

فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب، و الظاهر ان الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول، فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لاعن تراض. (١)

نعم غاية الامر ان فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين، و لا مانع من التزامه و ان لم يظهر منه اثر في كلام القائلين بهذا القول.

لعوض، إذ لا يصح المبادلة بين المادة الهولائية و الثمن، لأنه لا مالمية لها.

و إن كان من قبيل العوارض الخارجية فهو خارج عن العقد و المعاوضة، و لا يكون قيذا للبيع و لا لأحد العوضين، بل هو التزام قيد الالتزام بالوفاء بالعقد به، فالالتزام البيعى يكون مطلقا غير معلق و قد تحقق عن الرضا و طيب النفس بالمعنى المعتبر فى صحة المعاملة، و قد تقدم تفصيل القول فى ذلك.

(١) و الظاهر ان هذا مراد المصنف (رحمه الله) مما ذكره فى المقام لا ان يكون مراده ما ذكره جمع منهم المحقق الخراسانى (رحمه الله)

من أن التقييد يوجب تعدد المطلوب إذا لم يكن القيد مقوما لحقيقة المبيع و وحدة المطلوب إذا كان مقوما، بتقريب: أن العقلاء بناؤهم فى مقام المعاملة على أخذ ما هو دخيل فى أصل الغرض المعاملى بنحو التقييم و على أخذ ما لا دخل له فى أصل الغرض، بل فى مرتبة منه بنحو الشرطية، و فى القسم الثانى حيث لم يتخلف الغرض الأصلى فلا- بطلان- للبيع بما هو بيع، و حيث تخلف الغرض الاقصى و هو ايضا غرض عقدى معاملى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٣٧

الثالث: رواية عبد الملك بن عتبة عن الرضا (عليه السلام) عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على وضيعة هل يستقيم هذا، و كيف هذا. و ما حد ذلك،

قال لا ينبغى، و الظاهر ان المراد الحرمة لا الكراهة، كما فى المختلف، إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد. (١)

فيثبت الخيار، و عليه فلا- تقييد لأصل الرضا بالبيع فإنه يرد: أن هذا لا يوجب التفاوت بين ما هو الركن و غيره، إذ غير الركن ربما يكون دخيلا فى أصل الغرض.

و بالجملة إن ذلك ليس أمرا مضبوطا كى يمكن دعواه فى جميع العقود، بل يختلف باختلاف الأغراض و الدواعى.

ثالثها: النصوص الخاصة الواردة فى المقام.

منها: خبر «١» عبد الملك بن عتبة المذكور فى المتن.

(١) و تقريب الاستدلال على ما فى محكى المختلف: ان الظاهر ارادة الحرمة لا الكراهة، إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد.

توضيحه: أن منشأ حرمة العقد أو كراهته هو حرمة الشرط أو كراهته، و حيث إن كراهة الشرط لا معنى لها فإن ما فى ضمن العقد الصحيح و عد يستحب الوفاء به فلا بد من حمله على إرادة الحرمة الوضعية، فيدل الخبر على أن العقد فاسد، لفساد شرطه.

وفيه: إن هذا الخبر لا يصح الاستدلال به، لضعفه سنداً و دلالة.

أما الأول، فلأن راوى الخبر عبد الملك بن عتبة الهاشمى الملكى لا الصيرفى الكوفى الثقة، بقرينة رواية على بن الحكم عنه، و هو مجهول لم يوثق.

و أما الثانى، فلوجوه:

أحدها: أن الخبر متضمن لسؤالين: أحدهما: السؤال عن صحة البيع بهذا الشرط

(١) الوسائل - باب ٣٥ - من ابواب احكام العقود كتاب التجارة. و الخبر مروى عن الامام الكاظم (عليه السلام).

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٨

و رواية الحسين بن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) الرجل يجيننى فيطلب منى العينة فأشترى المتاع لأجله، ثم أبيعته إياه ثم اشترى منه مكانى، قال: فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، و كنت انت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتت فلا بأس، قال: فقلت ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد، و يقولون انه ان جاء به بعد اشهر صح، قال انما هذا تقديم و تأخير لا بأس،

فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو احدهما مختارا في ترك المعاملة الثانية،

و عدم الاختيار في تركها انما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الاول، و الا فلا يلزم عليها، فيصير الحاصل انه إذا باعه بشرط ان يبيعه منه أو يشترى منه لم يصح البيع الاول فكذا الثانى، أو لم يصح الثانى لأجل فساد الأول، إذ لا مفسد له غيره،

ثانيهما: السؤال عن صحة الشرط و تسلط المشتري على أخذ الخسارة منه، و من الجائز رجوع قوله (عليه السلام): لا ينبغي الى الثانى

دون الأول، فهو أجنبي عن المقام ثانيها: أن لا ينبغي لو لم يكن ظاهرا في الكراهة لا يكون ظاهرا في الحرمة التكليفية أو الوضعية.

ثالثها: أنه لو سلم ظهوره في الحرمة الوضعية أى الفساد، غاية ما يستفاد منه اعتبار عدم هذا الشرط في صحة البيع، و هذا أعم من مفسدية الشرط الفاسد.

ثم الربح و الخسارة بما أنهما تابعان لنفس المال و يستحيل أن يكونا لغير صاحب المال، فإن كان الشرط كون الخسارة على البائع كان شرط أمر غير معقول، و إن كان الشرط تدارك الخسارة فهو معقول لا إشكال فيه، و ظاهر الخبر هو الأول.

ومنها: ما ورد في بيع العينة، و المشهور فيه ما هو المعهود المتداول بين الناس تخلصا عن الربا و هو: أن يشتري السلعة بثمن مؤجل ثم يبيعه من بائعها بأقل من هذا الثمن نقدا متبانيا على ذلك قبل العقد،

كخبري الحسين بن المنذر «١» و على بن جعفر «٢» المذكورين في المتن

(١) الوسائل كتاب التجارة باب ٥ من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب العقود حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٩

و رواية على بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسة نقدا أ يحل، قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس، و دلالتها اوضح من الاولى.

و الجواب اما عن الاولى، فبظهور - لا ينبغي - فى الكراهة، و لا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من ان البيع صحيح غير مكروه، و الوفاء بالشرط مكروه. (١)

و أما عن الرويتين، فأولا: بان الظاهر من الرويتين بقريئة حكاية فتوى اهل المسجد، على خلاف قول الامام (عليه السلام) فى الرواية الاولى هو رجوع البأس فى المفهوم الى الشراء، و لا ينحصر وجه فساده فى فساد البيع، (٢) لاحتمال ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه فى خارج العقد الاول، فإن العرف لا يفرقون فى الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط، بين وقوع الشرط فى متن العقد،

أو في الخارج، فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأول، كان وقوعه للزومه عليه عرفاً فيقع لاعن رضا منه فيفسد.

و تقريب الاستدلال بهما: أنهما بالمفهوم يدلان على ثبوت البأس إذا لم يكونا مختارين و اشترطاً للبيع بالشرط الملزم و هو ما في ضمن العقد.

و عليه فإما يدل على فساد البيع الأول فهو المطلوب، أو يدل على فساد الثاني،

و حيث لا منشأ لفساده سوى فساد الأول فيثبت المطلوب،

و فيه: أن البيع المشروط بالشرط المذكور باطل إجماعاً و نصاً، و التزم بالبطان فيه من لم يلتزم بمفسدية الشرط الفاسد.

و ان شئت قلت: إن البيع محكوم بالفساد لهذا الشرط الذي ليس بفساد في نفسه،

و بعبارة أخرى: أن الفساد فيه مختص بالعقد مع صحة شرطه في حد نفسه.

(١) و اجاب المصنف عن الخبر الاول- بما حاصله: ان كراهة البيع و ان لم يكن لها منشأ سوى كراهة الشرط، لكن غاية الأمر كراهة

الاشتراط لا العمل بالشرط، و لا منافاة بين كون الاشتراط مكروها و العمل بالشرط واجبا أو مستحبا.

(٢) كما اجاب عن الاخيرين بجواب آخر، و هو: ان ظاهر السؤال و الجواب خصوصاً بقريته حكاية فتوى أهل المسجد، هو: رجوع

البأس الى الشراء، و لا ينحصر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٠

و ثانياً: بان غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه ببيع عليه ثانياً، و هو مما لا خلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد

شرطه كالشيخ في المبسوط،

فلا يتعدى منه الى غيره، فلعل البطان فيه للزوم الدور، كما ذكره العلامة أو لعدم قصد البيع، كما ذكره الشهيد (قدس سره) أو لغير

ذلك. بل التحقيق ان مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه، لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً، لأنه في نفسه

ليس مخالفاً للكتاب و السنة، و لا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد في اصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط. و قد

اشرنا الى ذلك في اول المسألة.

و لعله لما ذكرنا لم يستند إليها احد في مسألتنا هذه، و الحاصل اني لم اجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس،

و يدل على الصحة ايضاً جملة من الاخبار.

وجه فساده في فساد البيع، لاحتمال أن يكون وجهه عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول، إذ أهل العرف لا

يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين الابتدائي منه و الواقع في متن العقد، فالشراء صادر بتوهم اللزوم و من غير طيب

النفس فيفسد.

و فيه: أن ذلك لو أوجب عدم الرضا الموجب للفساد لما كان فرق بين الشرط الصحيح و الفاسد و لا يمكن الالتزام بالفساد فيما إذا

كان البيع شرطاً في ضمن عقد يجب الوفاء به.

وحل ذلك: أن مثل هذا عدم الرضا لا يوجب البطان، بل الموجب هو الصادر عن غير اختيار أو عن إكراه، فينحصر وجه الفساد في

فساد البيع الأول،

مع أن حمل الشرط على الخارج عن العقد خلاف الظاهر، فإنه فاسد في نفسه لا من جهة تعلقه بالبيع الثاني، و ظاهرهما كون الفساد

لهذه الجهة، فالحق ما ذكرناه،

فتحصل أنه لا دليل على المفسدية، و مقتضى العمومات الصحة و عدم الافساد.

و يشهد بذلك مضافا الى العمومات: جملة من النصوص الخاصة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤١

و منها ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق (عليه السلام) انه ذكر ان بريرة كانت عند زوج لها و هي مملوكة. فاشترتها عائشة فاعتقتها، فخيرها رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال ان شاءت قعدت عند زوجها، و ان شاءت فارقته، و كان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة ان لهم ولاءها، فقال (صلى الله عليه و آله) الولاء لمن اعتق و حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده في هذه الرواية اشارة و في غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة، (١) فالانصاف ان الرواية في غاية الظهور.

و منها مرسله جميل و صحيحة الحلبي، الاولى عن احدهما: في الرجل يشتري الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع و لا يهب و لا يرث، قال: يفي بذلك إذا اشترط لهم الا الميراث، فإن الحكم بوجود الوفاء بالاولين دون الثالث، مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون الا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه، (٢) و لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة

لاحظ صحيح الحلبي «١» المذكور في المتن و مثله صحيح عيص بن القاسم «٢»

و حملهما على الشرط الخارج عن العقد خلاف الظاهر.

(١) قوله مخالف لتعليل فساده في هذه الرواية اشارة و في غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة و فيه ان التعليل في غير هذه الرواية لا يجدى و في هذه الرواية لا تعليل بل قوله (صلى الله عليه و آله) الولاء لمن اعتق حكم ابتدائي لا تعليل لفساد الشرط حتى يقال انه لو كان الشرط في خارج العقد كان التعليل لفساده بعدم مقتضى اولى من التعليل له بوجود المانع - فالاولى ان يقال ان ظاهرها كون الشرط في ضمن العقد.

(٢) قوله فان الحكم بوجود الوفاء بالاولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد ... بفساد شرطه اورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بان ظاهر الخبر بقرينة قوله إذ اشترط ان الجواب قضيتان عامتان هما بطلان شرط الميراث و صحة الشرطين الآخرين فإذا طبقت على المورد اقتضى بطلان شرط الميراث إذا قيل بالسراية بطلان العقد و إذا بطل العقد بطل الشرطان الآخران لانتفاء الموضوع لا لأجل فسادهما في حد انفسهما.

(١) الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب كتاب العتق حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٢

حتى انه حكى عن كاشف الرموز: اني لم اجد عاملا بهذه الرواية كان الامر بالوفاء محمولا على الاستحباب، و يتم المطلوب ايضا، (١) و يكون استثناء شرط الارث لأن الملك فيه قهري للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشتري به، مع ان تحقق الاجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ممنوع، كما لا يخفى.

و الثانية: عن ابي عبد الله (عليه السلام) عن الشرط في الاماء لا تباع و لا تورث و لا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخير. فإن قوله فإنها تورث يدل على بقاء البيع الذي شرط فيه ان لا تورث على الصحة، (٢) بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فهو رد، اي لا يعمل به، ان جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان أصل البيع،

وفيه: ان الظاهر من السؤال هو السؤال عن حكم واقعة شخصية و هو بيع الجارية مع اشتراط هذه الامور الثلاثة و حمل الجواب على ارادة بيان حكمين كليين خلاف الظاهر فالظاهر منه صحة العقد و الشرط، و فساد الشرط الثالث فيدل على المطلوب.

و صحيح آخر للجلبي «١» و مرسل جميل «٢» المذكورين في المتن و ظاهرهما بيان واقعة شخصية خارجية فهما يدلان على صحة الشرطين و بالتبع صحة البيع و بطلان الشرط الثالث، فيدلان على عدم مفسدية الشرط الفاسد للعقد.

(١) قوله كان الامر بالوفاء محمولاً على الاستحباب و يتم المطلوب تماميته تتوقف على ان الشرط الفاسد في ضمن العقد الصحيح، و عد يستحب الوفاء به و أما إذا كان العقد فاسداً فلا وعد كى يستحب الوفاء به و قد تقدم بطلان ذلك فراجع.

(٢) قوله فان قوله فانها تورث يدل على بقاء البيع ... على الصحة اورد عليه المحقق الايروانى (رحمه الله) بانه يمكن ان يكون المراد ان كل مملوك لا ينفك عن كونه مورثاً لمالكه و عليه فغاية مدلوله ان شرط عدم الارث باطل الا يؤثر

(١) الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب كتاب العتق حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٣

و يؤيده ما ورد في بطلان الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح. (١)

و قد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع، فلو كان الحكم بصحة البيع، موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور، (٢) و فيه ما لا يخفى.

و الانصاف ان المسألة في غاية الاشكال، و لذا توقف فيها بعض تبعاً للمحقق (قدس سره)

في حكم الارث من غير تعرض لحكم العقد المتضمن لهذا الشرط و يمكن ان يقال تأييداً له ان قوله فانها تورث بمنزلة الصغرى لقوله كل شرط خالف الخ، و مجموع القضية علة لقوله غير الميراث فمفاد الخبر ان شرط عدم الارث لا يجوز لكونه خلاف الكتاب و السنة و لا يكون متعرضاً لحكم العقد و به يظهر ما في قوله بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فهو رد أى لا يعمل به ان جميع ما ورد الى آخره.

(١) و يؤيد ذلك ما ورد في النكاح من الاخبار الدالة على صحة عقده و فساد الشرط فيه كصحيح محمد بن قيس «١» بل و خبر الوشاء «٢» الذى استدل به بعضهم على عدم مفسدية الشرط الفاسد.

(٢) و قد يستدل للصحة بان صحة الشرط متوقفة على صحة البيع فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور. و يرد عليه: أن صحة العقد لا تتوقف على وجود الشرط فضلاً عن صحته، نعم على القول بمفسدية الشرط الفاسد تتوقف على عدم الاشتمال على الشرط الفاسد و هو لا يتوقف على صحة العقد كما هو واضح،

مع ان المراد من الشرط الفاسد المتوقف على عدم صحة العقد ليس هو الفاسد من جميع الجهات بل الفاسد من الحيثيات الراجعة الى الشرط نفسه من غير جهة لزوم وقوعه في ضمن العقد، و صحة الشرط المتوقفة على صحة العقد هي صحته من ناحية لزوم وقوع الشرط في ضمن العقد فكل من المتوقف و المتوقف عليه غير الآخر، فتدبر فإنه دقيق.

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من ابواب المهور حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣٩ - من ابواب المهور حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٤

ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجهه، (١) من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإن المانع الشرعي كالعقل، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط، ولا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي. ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته، ولكن يشكل بأن العمدة في خيار تخلف الشرط هو الاجماع

الشرط الفاسد يوجب الخيار

(١) ثم على تقدير صحة العقد ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجهان، والكلام يقع في مقامين:

الأول: في الخيار بناء على كون خيار تخلف الشرط على القاعدة كما اخترناه:

الثاني: في الخيار بناء على كونه على خلاف القاعدة ثابتا بأدلة نفي الضرر.

أما الأول فمقتضى القاعدة ثبوت الخيار وإن كان عالما بالفساد من جهة أنه علق الالتزام بالوفاء بالعقد على الشرط والمفروض عدمه، ولا فرق في ذلك بين كون عدمه قهريا كتعذر الشرط أو اختياريا كتخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط أو لمنع شرعي كفساد الشرط.

نعم لايزم ما ذكرناه عدم الخيار لو فرض إتيان المشروط عليه بالشرط إذا كان من الأفعال وإن كان معصية، كما لو اشترط شرب الخمر فشربها، فالخيار إنما يكون في شرط النتيجة و شرط الفعل مع عدم العمل.

و أما المقام الثاني، ففي صورة العلم بالفساد لا خيار، لأنه مع العلم قد أقدم على ضرره فلا يعمه دليل الضرر.

و أما في فرض الجهل فقد أورد المصنف (رحمه الله) على القول بدلالة حديث نفي الضرر على ثبوت الخيار هنا بوجه بعضها مختص بالجهل بالحكم إذا كان عن تقصير.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٥

و ادلة نفي الضرر قد تقدم غير مرة أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي. إذا لم يعتضد بعمل جماعة، لأن المعلوم إجمالا أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد (١) خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذرا، فرب ضرر يترتب على المعاملات من اجل الجهل باحكامها، خصوصا الصحة و الفساد.

فإن ضرورة الشرع قاضية في اغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك، (٢) مع ان مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، (٣) سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع أو بالحكم، و ان قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصر،

فالاقوى في المقام عدم الخيار، و ان كان يسبق خلافه في بادئ النظر.

(١) الاول: انه لا يصلح لتأسيس حكم شرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعة لان المعلوم إجمالا أنه لو عمل بعمومه لزم منه تأسيس فقه جديد.

و فيه أن إشكال لزوم تخصيص الأكثر في الحديث لخروج أبواب الجنائيات و الضمانات و التعزيرات و الخمس و الزكاة و الجهاد و غيرها لو ابقى الحديث على ظاهره اشكال تعرض له المصنف في رسالته، و أجاب عنه: بأن الخارج إذا كان بعنوان واحد جامع لا محذور فيه.

وقد أجبنا عنه بأجوبة أخرى في الرسالة التي وضعناها للبحث عن الحديث و أثبتنا تبعاً له أنه لا محذور فيه من هذه الناحية، و أن كل مورد دل الدليل على خروجه عن الحديث نلتزم به، و في غير ذلك يكون المرجع عموم الحديث، و لا محذور فيه.

(٢) الثاني: ان ضرورة الشرع قاضية في اغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك.

و فيه: أن المقصود ليس رفع الضرر المترتب على فساد الشرط و فقده، بل رفع الضرر المترتب على لزوم العقد الصحيح:

(٣) الثالث: ان مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٦

الثاني: لو اسقط المشروط له، الشرط الفاسد على القول بافساده، لم يصح بذلك (١) العقد لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع اسقاط

المفسد، (٢) و يحتمل الصحة بناء على ان التراضي انما حصل على العقد المجرد عن الشرط، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد. (٣)

و فيه ان التراضي انما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما في بيع المكره و الفضولي. و أما إذا طرأ الرضا على غير ما

وقع عليه العقد فلا ينفع، لأن متعلق الرضا لم يعقد عليه و متعلق العقد لم يرض به. (٤)

في رفعه، و الوجه في ذلك صدق الاقدام على الضرر بترك التعلم للحكم عمدا في صورة التقصير فلا يشمل الحديث.

و فيه: أنه لم يدل دليل على عدم الشمول في صورة الاقدام كي يدور الحكم مدار صدق الاقدام و عدمه، بل انما نلتزم بعدم الشمول

في صورة العلم، من جهة انه وارد مورد الامتنان، و لا امتنان في الرفع مع العلم، و هذا الوجه لا يجري في الجهل بالحكم إذا كان عن

تقصير،

فتحصل: أن الاظهر ثبوت الخيار في فرض الجهل على هذا المسلك أيضا.

لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد

(١) الثانية: لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بافساده فهل يصح بذلك العقد أم لا؟

المراد من اسقاط الشرط الرضا بالعقد مجردا عن الشرط و قد استدل المصنف لعدم صحة العقد بذلك:

(٢) بان العقد وقع فاسدا فلا ينفع اسقاط المفسد.

(٣) ثم استدل للصحة: بان الفساد كان لاجل عدم الرضا فإذا رضى بالمجرد صح.

(٤) و اجاب عنه: بان متعلق الرضا لم يعقد عليه أي لم يعقد على المجرد و متعلق العقد و هو المقيد بالشرط لم يرض به.

و فيه: أن الشرط التزام خارج عن الالتزام العقدي و متعلق الالتزام العقدي

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٧

و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردد في الفساد بعد اسقاط الشرط، قال:

يشترط في العمل المشروط على البائع ان يكون محللا فلو اشترى العنب على شرط ان يعصره البائع خمرا لم يصح الشرط، و لبيع على

اشكال ينشأ من جواز اسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به خاليا عنه، و هو المانع من صحة البيع و من اقتران البيع بالمبطل. و

بالجملة، فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من اصله، (١) بحيث لو رضى صاحبه باسقاطه لا يرجع البيع صحيحا، أو ايقاف

البيع بدونه، فإن لم يرض بدونه بطل و الاصح، انتهى و لا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف (٢)

الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا، و لم يذكر في العقد، فهل يبطل العقد بذلك بناء على ان الشرط الفاسد مفسد له ام لا؟

(٣) وجهان بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد.

نفس المقيّد لامع القيد، و المفروض أنه المرضى به.

و الحق أن يقال: إن منشأ القول بالإفساد إن كان فقد الرضا صح العقد، و إن كان جهالة العوض أو النص الخاص لم يصح و هو واضح.

(١) قوله و بالجملة فهل يثمر اقتران هذا الشرط بطلان البيع من اصله هذا بيان لما ذكره من وجهي الاشكال إذ المراد من الصحة التي ذكرها أولاً هي الصحة المراعاةً بالاسقاط.

(٢) قوله و لا- يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف مراده عدم الوجه الصحيح، و الا فالايقاف هي الصحة المراعاة التي ذكر هو قد في اول المسألة وجهها و قويناه و الله العالم.

ذكر الشرط الفاسد قبل العقد

(٣) الثالثة: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً و لم يذكر في العقد فهل يبطل العقد بذلك بناء على القول بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد، أم لا؟ وجهان،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٨

فإن قلنا: بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور، و قد تقدم في الشروط لم يفسد و الا افسد (١) و يظهر من المسالك هنا قول ثالث: قال في مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع المراد باشتراط ذلك شرطه في متن العقد، فلو كان في انفسهما ذلك و لم يشترطه لم يضر و لو شرطه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له، فلا اثر له، و إلا اتجه بطلان العقد، (٢) كما لو ذكره في متنه، لانهما لم يقدموا الا على الشرط، و لم يتم لهما فيبطل العقد، انتهى.

و في باب المراجعة بعد ذكر المحقق في المسألة المذكورة انه لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطه لفظاً كره، قال في المسالك اي لم يشترطه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله، نعم لو توهم لزوم ذلك، أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله، اتجه الفساد، انتهى.

و قد بنى المصنف القول بالصحة و الفساد في المسألة، على القول بتأثير الشرط المذكور قبل العقد غير المذكور في متن العقد،

(١) فعلى القول بان لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد و الا افسد و أورد عليه أكثر المحققين من المحشين بما حاصله: أن إفساد الشرط الفاسد للعقد لا يدور مدار صدق لفظ الشرط، بل مدار تقيّد الرضا بأمر لم يسلم أو الجهل بما قابل المبيع من الثمن، و كل من الأمرين حاصل بمجرد القصد بلا حاجة الى اللفظ.

و فيه: أنه في باب العقود و الايقاعات لا يعتنى بالاغراض و الدواعي النفسانية ما لم تنشأ، فإذا فرضنا أن الشرط المتقدم غير المذكور في العقد ذكره قبل العقد كالعدم لا يكون مقيداً للعقد.

و إن شئت قلت: إنه كما لا- عبرة بالرضا النفساني بشيء ما لم يبرز كذلك القيد النفساني غير المنشأ لا يصلح للتقييد في باب المعاملات، فما أفاده المصنف (رحمه الله) متين.

(٢) و قد يقال: كما في محكي المسالك- بدوران الصحة و الفساد مدار العلم بان الشرط المتقدم لا حكم له و الجهل به نظراً الى أنه مع العلم بالفساد لا يوقع العقد مبني على الشرط فيصح العقد، و مع جهله بالفساد يوقع العقد مبني عليه بطبعه، فيفسد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٩

ثم حكى اعتراضاً على المحقق قدس سره (١) و جواباً عنه بقوله قيل عليه ان مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد، لأن العقود تتبع القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ، و أجب عنه بأن القصد و ان كان معتبراً في الصحة فلا يعتبر في البطلان (٢) لتوقف

البطلان على اللفظ و القصد، و كذلك الصحة و لم يوجد في الفرض (٣) ثم قال (قدس سره)

و فيه: أولاً: ما تقدم من أنه مع عدم تأثير الشرط المتقدم لا حكم لوقوع العقد مبني عليه.

و ثانياً: أنه لا فرق بين صورتى العلم و الجهل، فكما أنه في صورة الجهل بالفساد يوقع العقد مبني عليه كذلك في صورة العلم يمكن إيقاعه مبني عليه، فالتفصيل في غير محله.

و عن المحقق في مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع، بعد الحكم بالبطلان، قال: و لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطه لفظاً كره.

قال في المسالك: أى لم يشترطه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله،

(١) ثم حكى اعتراضاً عليه و جواباً عنه و محصل الاعتراض: أن لا يزم تبعية العقد للقصد بالحكم بالفساد، إذ المقصود هو المقيد بالشرط، و المعقود عليه هو المجرد عن القيد، فلا تطابق بين القصد و العقد.

و حاصل الجواب: أن العقد تابع للقصد بمعنى أن ما يقع لا بد و أن يكون مقصوداً،

و أما كل ما يقصد لا بد و أن يقع فلا.

و بعبارة أخرى: أن ما يقع لا بد و أن يكون مقصوداً، و أما في ما لا يؤثر العقد بالنسبة إليه و إن كان مقصوداً فلا يعتبر تطابق العقد و القصد.

(٢) و عليه فقوله في الجواب: ان القصد و ان كان معتبراً في الصحة فلا يعتبر في البطلان - يكون المراد منه أنه لا يعتبر في ما لا يؤثر العقد بالنسبة إليه مطابقة العقد للقصد،

(٣) و قوله: لتوقف البطلان، الى آخره راجع الى النفي يعنى انه تعليل لتوهم الاعتبار فالمتحصل: أنه لا يعتبر المطابقة في طرف البطلان بتوهم أنه كالصحة منوط بموافقة القصد و اللفظ.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٠

و فيه منع ظاهر فإن اعتبارهما معاً في الصحة (١) يقتضى كون تخلف احدهما كافياً في البطلان، (١) و يرشد إليه عبارة الساهى و الغالط و المكروه، فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة و الا- فاللفظ موجود، ثم قال و الذى ينبغى فهمه أنه لا بد من قصدهما إلى البيع (٢) المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده (أى يبيعه على البائع الأول) و إنما يفتقر قصدهما لرده بعد ذلك بطريق الاختيار نظراً إلى وثوق البائع بالمشتري أنه لا يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره و مروته، انتهى كلامه. اقول: إذا وقع العقد المجرد على النحو الذى يوقعانه مقترناً بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الشرط و الالتزام به الا بالتلفظ بالشرط و عدمه.

فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط و غيره، فإن العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطه خارج العقد بل اقدامه كاقدام من يعتقد الصحة كما لا فرق فى ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب اثر شرعى عليه و غيره.

و بالجملة فالاقدام على العقد مقيداً امر عرفى يصدر من المتعاقدين و ان علما بفساد الشرط

(١) قوله و فيه منع ظاهر فان اعتبارهما معاً في الصحة يقتضى كون تخلف احدهما كافياً في البطلان يظهر بما ذكرناه فى شرح كلام المجيب عدم ورود هذا الايراد عليه، فان المجيب لم يكن منكر الكفاية تخلف احدهما فى البطلان بل كان يدعى انه فى عدم تأثير العقد فيما ليس من مدلوله لا يعتبر مطابقة العقد للقصد.

(٢) قوله و الذى ينبغى فهمه انه لا بد من قصدهما الى البيع الظاهر انه تصحيح لأصل المسألة و حاصله ان من يبيع ما اشتراه من بايعه

ان كان بيعه منه مشروطا في ضمن البيع الاول بطل وان لم يكن مذكورا، وان كان قاصدا لذلك و تواطئا عليه قبله و وثق البائع بذلك لا يكون مفسدا لعدم كون ذلك تقييدا للبيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥١

و أما حكم صورة نسيان ذكر الشرط، فإن كان مع نسيان اصل الشرط كما هو الغالب، فالظاهر الصحة لعدم الاقدام على العقد مقيدا غاية الامر انه كان عازما على ذلك لكن غفل عنه نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط ثم طرأ عليه النسيان في محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمدا تعويلا على تواطئهما السابق.

الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء فظاهر كلام جماعة من القائلين بافساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد، (١) قال في التذكرة في باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالية، فإنه لغوا لا يوجب الخيار، و قد صرح في مواضع اخر في باب الشروط بصحة العقد و لغوية الشرط، و قد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافرا فبان مسلما، و مرجعه الى لغوية الاشتراط. و قد ذكروا في السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين و لعل وجه عدم قبح هذه الشروط أن الوفاء بها لما لم يجب شرعا و لم يكن في تخلفها أو تعذرها خيار خرجت عن قابلية تقييد العقد بها لعدم عدها كالجزة من احد العوضين (٢) و يشكل بأن لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين، فاللازم اما بطلان العقد و أما وجوب الوفاء،

كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا في العرف.

(١) الرابع لو كان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء فظاهر كلام جماعة من القائلين بافساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد.

قال في محكى التذكرة: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالية فإنه لغوا لا يوجب الخيار.

(٢) و ما ذكر وجه لعدم مفسديته من ان هذا الشرط لما لم يجب شرعا العمل به و لم يكن في تخلفه أو تعذره خيار خرج عن قابلية تقييد العقد به- لو تم اقتضى عدم مفسدية الشرط الفاسد مطلقا بلا اختصاص بهذا الشرط.

و الحق أن يقال: إن لغوية الشرط و إن أوجبت عدم تقييد العقد به عند العقلاء بما هم عقلاء إلا أنها لا تنافي تقييد العقد به بحسب قصد المتعاقدين، و عليه فيجوز فيه ما ذكر في الشروط الفاسدة الآخر، و بذلك ظهر تمامية ما أفاده المصنف (رحمه الله) في المقام منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٢

الكلام في أحكام الخيار

إشارة

الخيار موروث بأنواعه (١) بلا خلاف بين الاصحاب، كما في الرياض،

و ظاهر الحدائق. و في التذكرة ان الخيار عندنا موروث، لأنه من الحقوق كالشفعة و القصاص في جميع انواعه، و به قال الشافعي، الا في خيار المجلس. و ادعى في الغنية:

الاجماع على ارث خيار المجلس و الشرط.

انتقال حق الخيار الى الوارث

إشارة

و أما احكام الخيار فقد تقدم ذكر كثير منها فى المباحث المتقدمه،
و بقى الكلام فى مسائل:

(١) الاولى: صرح الاصحاب بما فى المتن الخيار موروث بانواعه فإذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اى انواع الخيار كان، بل
ظاهرهم الاجماع عليه.

و تنقيح القول فيه: ان ارث الخيار يتوقف على ثبوت امرين:

احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا.

الثانى: كونه باقيا بعد الموت، و لا يكون من الامور القائمه بشخص مخصوص.
فالكلام يقع فى مقامين:

اما الأول: فقد استدل له بالاجماع و بالاجماع على سقوطه بالاسقاط إذ الحكم لا يقبل الاسقاط،
و بالتعليل فى خبر خيار الحيوان لانتفائه بالتصرف بانه رضا «١».

و يرد على الأخير: ما تقدم من انه تعبد بكون التصرف رضا بالعقد و اجازة له.

و لا كلام فى انه فى البيع الخيارى كما لمن له الخيار فسخ العقد كذلك له اجازته و امضائه و جعله لازما، و هذا غير كونه حقا اللهم
الا ان يقال: ان اجازة العقد و امضائه توجب اللزوم من جهة كونها اسقاطا للخيار كما تقدم.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٥٣

و استدل عليه مع ذلك بأنه حق للميت، فيورث لظاهر القرآن، (١) و تبعه بعض من تأخر عنه، و زيد عليه الاستدلال بالنبوى، ما ترك
الميت من حق فلوارثه. (٢)

اقول الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنة الواردين فى ارث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت امرين:

احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا كاجازة العقد الفضولى، و جواز الرجوع فى الهبة و سائر العقود الجائزة، فإن الحكم الشرعى
مما لا يورث، و كذا ما تردد بينهما للاصل، و ليس فى الاخبار ما يدل على ذلك عدا ما دل على انتفاء الخيار بالتصرف، معللا بانه
رضا كما تقدم فى خيار الحيوان

و يمكن ان يستدل له: بان لزوم البيع حقى لا حكمى، و لذا يكون جعل الخيار فيه مشروعاً نصاً و فتوى، فكذلك الخيار الذى يقابله،
بل نفس مشروعية جعل الخيار دليل كونه حقا، لأن الحكم امره بيد جاعله، و هو الشارع، و لا يعقل التسبب إليه بايجاده. هذا كله
مضافا الى تسالم الأصحاب على ترتيب آثار الحق عليه.

و أما الثانى: فحيث ان جملة من الحقوق لا تكون قابلة للانتقال أو الانتقال بالارث من جهة كون الموضوع مقوما كحق التولية
الملحوظ فيه شخص خاص، أو البلد، أو كونه مغيا بغاية يستحيل عدم تحققها بعد الموت، كخيار المجلس المغيا بالافتراق المتحقق
بالموت قهرا،

و مثل هذه الحقوق لا تورث، فلا بد من اثبات ان حق الخيار ليس من قبيل هذه الحقوق بل هو حق قابل للانتقال بالارث و يكون باقيا

بعد الموت.

(١) و دعوى ان عمومات الارث مثل قوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) «١» و قوله عز و جل (و لكم نصف ما ترك ازواجكم) «٢».

(٢) و النبوى: ما تركه الميت من مال فلوارثه «٣». تكفى لاثبات كونه قابلا للانتقال

(١) النساء آية ١١.

(٢) النساء آية ١٢.

(٣) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٤

و التمسك بالاجماع على سقوطه بالاسقاط، فيكشف عن كونه حقا لا حكما مستغنى عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم. الثاني: كونه حقا قابلا للانتقال ليصدق انه مما ترك الميت، بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له، و إلا فمثل حق الجلوس في السوق و المسجد، و حق التولية و النظارة غير قابل للانتقال، فلا يورث، و اثبات هذا الامر بغير الاجماع ايضا مشكل، و التمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق، (١) و عدم انقطاعه بموت ذى الحق اشكل، لعدم احراز الموضوع، لان الحق لا يتقوم الا بالمستحق، (٢) و كيف كان ففي الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية ان شاء الله تعالى.

(١) و الاستصحاب يثبت بقائه بعد الموت فبضم الاستصحاب بعمومات الارث يثبت ذلك، مندفعه بان ذاك الحق القائم بالمورث زال قطعا لتقومه به، و الشك انما هو في حدوث حق للوارث، فالمشكوك فيه غير المتيقن. و ان اريد استصحاب كلى الحق فمضافا الى انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى لا يجدى لاثبات الحق للوارث. (٢) و ان ابيت ما ذكرناه فلا- اقل من الشك في الموضوع لاحتمال كون المستحق مقوما للموضوع، أو يكون استحقاقه لاجل عنوان منطبق عليه مفقود في الوارث فلا يجرى الاستصحاب.

فالعمدة في اثبات كونه قابلا للانتقال الى الورثة هو الاجماع، و بعد ذلك يدخل في عموم ادلة الارث.

و قد يقال كما- عن جمع منهم المحقق الايروانى (رحمه الله): ان الخيار غير قابل للارث بوجه، فان الخيار سلطنة من ذى الخيار على متعلقه، و ربط خاص بينهما، كما ان الملك استيلاء بين المالك و المملوك و ربط خاص بينهما، و كل من الربطين غير قابل للارث، لأنهما نسبتان قائمتان بنفس الشخص، و إذا مات انعدمت هذه النسبة و لم تبق حتى يصدق عليها عنوان ما ترك نعم عين المال متروك في الأموال فيحكم بآرثه، بمعنى حدوث نسبة اخرى للوارث

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٥

بقي الكلام في ان ارث الخيار ليس تابعا لآرث المال فعلا، (١)

شبه تلك النسبة التي كانت للمورث.

و أما في الحقوق فعين الأموال المتعلقة لها أموال الآخرين لا يصدق انها مما تركه الميت كى يحدث للورثة حق فيها شبه ما كان لمورثهم و لذا لا يحكم بآرث الحقوق المستحقة.

و فيه: انه كما يكون للملكية قسمان من المتعلق حقيقى كالعين الخارجية، و اعتبارى ككلى الحنطة الباقية فى الذمة، كذلك يكون للحق قسمان من المتعلق حقيقى كالأرض المحجرة بالنسبة الى حق الاولوية، و اعتبارى كالعقد الذى هو متعلق حق الفسخ، و عليه

فكما يقال في الملك ان الموروث هو المتعلق لا الملكية و انما تحدث الملكية بادلثة الارث، كذلك يقال في الحق ان الموروث هو المتعلق، و بدليل الارث يحدث الحق. فتدبر فانه دقيق. و أما عدم ارث الحقوق المستحبة فوجهه كون المستحق مقوما لا موردا.

فان قيل ان مقتضى اطلاق النبوى المذكور فى صدر المسألة (ما تركه الميت من حق فلوارثه) ان الخيار يورث اجبنا عنه بانه لا أصل له، و انما الموجود ما ذكرناه

ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال

و ينبغى التنبيه على امور:

(١) الاول: هل ارث الخيار تابع لإرث المال فلو فرض استغراق دين الميت لتركته منع انتقال الخيار الى الوارث، و لو كان الوارث ممنوع لنقصان فيه كالقتل للمورث، أو كان حرمانه من المال لتعبد شرعى كالزوجة بالنسبة الى العقار لا يرث، ام لا يكون تابعا له، ام هناك تفصيل؟ وجوه.

و المصنف (قدس سره) ذكر ذلك مفصلا، و قسم حق الخيار باعتبار مورده الى اقسام، و بين حكم كل قسم و نحن نقتفى اثره

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٥٦

فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار الى الوارث، (١)

و لو كان الوارث ممنوعا لنقصان فيه، كالرقية أو القتل للمورث أو الكفر، فلا اشكال فى عدم الارث، لأن الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق، (٢)

(١) الاول: مورد استغراق الدين للتركة، و قد ارسل المصنف (رحمه الله) ارث الخيار فيه ارسال المسلم.

و اورد عليه السيد الفقيه (رحمه الله): بان الاشكال الآتى فى الزوجة بالنسبة الى العقار جار فيه ايضا، ثم قال: بل يمكن ان يقال بعدم الارث فى المقام، و ان قلنا به فى الزوجة من حيث ان ما دل على ممنوعيته من الارث لأصل التركة و هو قوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) «١» و غيره من الأخبار «٢» يدل باطلاقه أو فحواه على عدم الارث للحق المتعلق بها ايضا، فانه مزاحم للدين.

اما الاشكال الآتى فى الزوجة و اجماله ان حرمانها من المال المتروك يوهم حرمانها من الخيار المتعلق به كما سيأتى تفصيله، فهو لا يجرى فى الدين المستغرق،

اما بناء على ما اختاره المصنف (رحمه الله) من انتقال التركة الى الورثة فواضح،

و أما بناء على عدم الانتقال فلأن الاستغراق مانع عن ارث ما يمكن وفاء الدين به و هو المال دون حق الخيار، و هو ليس مزاحما للدين، فلو كان مزاحم فهو اعماله.

و يمكن ان يقال انه لا- يزاحم، بل ينتقل المال من المفسوخ عليه الى الورثة، و ما تركه الميت بما انه متعلق حق الديان لا ينتقل إليه، بل هو فى حكم التلف، و تشتغل ذمة الميت بالبدل كما سيأتى انشاء الله تعالى نظيره فى المبحث الآتى.

(٢) الثانى: مورد وجود احد موانع الارث كالقتل و الرق و الكفر، و قد ارسل عدم الارث فيه ارسال المسلم، و هو كذلك، فان نسبتها الى جميع ما تركه الميت ملكا كان أو حقا على حد سواء.

(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب احكام الوصايا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٧

و لو كان حرمانه من المال لتعبد شرعى، كالزوجة غير ذات الولد، أو مطلقا بالنسبة الى العقار، و غير الاكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبو، (١) ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا. أو عدم حرمانه كذلك، وجوه. بل اقوال. ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت أو عنه، فيرث فى الاول صرح به فخر الدين فى الايضاح، و فسر به عبارة والده كالسيد العميد و شيخنا الشهيد فى الحواشى. و رابعها: عدم الجواز فى تلك الصورة، و الاشكال فى غيرها، صرح به فى جامع المقاصد، و لم اجد من جزم بعدم الارث مطلقا، و ان امكن توجيهه بأن: ما يحرم منه هذا الوارث ان كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له، لأنه لا ينتقل إليه بازاء ما ينتقل عنه من الثمن شىء من المثلث.

(١) الثالث: مورد المانع التعبدى ككون المتروك ارضا بالاضافة الى الزوجة و هو الذى نقل فيه الأقوال.

و ملخص الكلام فيه: ان الوجوه و الأقوال فيه اربعة أو خمسة ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت أو عنه فيرث فى الأول دون الثانى.

رابعها: عدم الجواز فيهما انتقل الى الميت، و الاشكال فيما انتقل عنه.

خامسها: ما يظهر من المستند وجود القائل به، و هو الفرق بين انحصار الوارث بها فلا ترث، و بين عدم الانحصار فترث.

وجه القول الأول: عموم دليل الارث، و عدم المانع عن خصوص الخيار.

و استدلال لعدم الارث مطلقا بوجهين:

الأول: ان الخيار ملك كالا-الالتزامين اللذين هما، مدلولان التزاميان للبيع، حيث انه بمدلوله الالتزامى، يدل على التزام كل من المتعاقدين بالمدلول المطابقى، و هو المبادلة بين المالكين، و كل منها مالك لالتزام طرفه إذا لم يكن خياريا، و الخيار عبارة عن ملك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٨

و بعبارة اخرى الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه، توجب سلطنته عليه،

و لا علاقة هنا و لا سلطنته، و ان كان قد انتقل الى الميت فهو لباقي الورثة، و لا سلطنته لهذا المحروم، و الخيار حق فيما انتقل عنه بعد

احراز تسلطه على ما وصل بازائه. (١)

و لكن يرد ذلك بما فى الايضاح: من ان الخيار لا يتوقف على الملك، كخيار الاجنبى، فعمومات الارث بالنسبة الى الخيار لم يخرج

عنها الزوجة و ان خرجت عنها بالنسبة الى المال. و الحاصل ان حق الخيار ليس تابعا للملكية، و لذا قوى بعض المعاصرين ثبوت

الخيار فى صورتين، و يضعفه ان حق الخيار علقه فى الملك المنتقل الى الغير من حيث التسلط على استرداده الى نفسه، و الى من

هو منصوب من قبله كما فى الأجنبي و بعبارة اخرى ملك لتملك المعوض لنفسه، أو لمن نصب عنه، و هذه العلاقة لا-ينتقل من

الميت الا-الى أو ارث يكون كالميت، فى كونه مالكا، لأن يملك، فإذا فرض ان الميت باع ارضا بثمن، فالعلاقة المذكورة انما هى

لسائر الورثة دون الزوجة، لأنها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض الى نفسها و لا الى آخره من قبله لتكون كلاجنبى المجعول له. نعم

لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض، كان الثمن المدفوع الى البائع متزلزلا فى ملكه،

كالا-التزامين، و لا يمكن ان تملك الزوجة كليهما إذ الأرض لو انتقلت عن الميت فهى ليست مالكة لالتزام نفسها، و لو انتقلت إليه

فهى ليست مالكة لالتزام طرفها، لأن الأرض لغيرها من الورثة.

وفيه: ان معنى ملك الالتزامين التسلط على الفسخ و الامضاء الذى هو امر اعتبارى عقلائى كان ثابتا للمورث فيرثه وارثه و ليس تابعا للملك، و لذا يصح جعله للأجنبى.

(١) الثانى: ما افاده المصنف (قدس سره) و هو: ان الخيار عبارة عن السلطنة على استرداد ما انتقل عن ذى الخيار بعد الفراغ عن السلطنة على ما انتقل إليه، و الزوجة اما لا سلطنة لها على الرد لو كان المنتقل الى الميت ارضا، و أما لا سلطنة لها على الاسترداد لو كان المنتقل عن الميت ارضا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٥٩

فيكون فى معرض الانتقال الى جميع الورثة، و منهم الزوجة، فهى ايضا مالكة لتملك حصتها من الثمن. (١) لكن فيه ما ذكرنا سابقا من ان الخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز التسلط على ما وصل بازائه، و عبر عنه فى جامع المقاصد بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير.

و حاصله ان الميت انما كان له الخيار، و العلقه فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على رد ما فى يده لتملك ما انتقل عنه بازائه، فلا ينتقل هذه العلاقه الا الى من هو كذلك من ورثته، كما مر نظيره فى عكس هذه الصورة، و ليست الزوجة كذلك. و قد تقدم فى مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل، ان أدلة الخيار مسوقة لبيان تسلط ذى الخيار على صاحبه، من جهه تسلطه على تملك ما فى يده، فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله، و ما نحن فيه كذلك، و يمكن دفعه بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان مترزلا و فى معرض الانتقال الى جميع الورثة، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار ثبوت حق للزوجة

وفيه: اولاً: ان الخيار عبارة عن السلطنة على حل العقد، و يستلزم ذلك الرد و الاسترداد.

و ثانياً: انه لو كان عبارة عن السلطنة على الرد و الاسترداد فهو عبارة عن السلطنة على الرد و الاسترداد الى المالكين.

و بعبارة اخرى: عبارة عن رد المبيع ملكا لا خارجا، و يوجب اعاده الربط الملكى من دون ان يقيد محله بشخص خاص، و عليه فان قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الميت و منه الى الورثة كان لازمه ارث الزوجة لو كانت الارض منتقلة الى الميت فانه يعود الثمن إليه و الزوجة ترث منه، و لو كانت منتقلة عنه لم ترث منها.

و لو قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الورثة، يمكن ان يقال: ان الزوجة و ان لم ترث من الأرض الا انه لا مانع من كون فسخها سببا لعود الأرض الى سائر الورثة.

(١) قوله فهى ايضا مالكة لتملك حصتها من الثمن قد مر ان كون الثمن فى معرض الانتقال لا يوجب ثبوت السلطنة الفعلية للزوجة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٦٠

و ان لم يكن لها تسلط على نفس الارض، و الفرق بين ما نحن فيه، و بين ما تقدم فى الوكيل، (١) ان الخيار هناك، و تزلزل ملك الطرف الآخر، و كونه فى معرض الانتقال الى موكل الوكيل، كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما فى يده، و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا، و كونه فى معرض الانتقال الى الورثة ثابت على كل حال،

و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة، فإن باقى الورثة لو ردوا الارض و استردوا الثمن شاركهم الزوجة فيه، فحق الزوجة فى الثمن المنتقل الى البائع ثابت، فلها استيفاؤه بالفسخ، ثم ان ما ذكرنا رد على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعة (٢) بثمان معين يشترك فيه الزوجة الا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ الا فى مقدار حصتهم من الثمن، (٣) فيلزم تبعض الصفقة فما اختاره فى الايضاح من التفصيل مفسرا به عبارة والده فى القواعد لا يخلو عن قوة. قال فى القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال من اى انواعه كان، الا الزوجة غير ذات الولد فى الارض على اشكال اقربه ذلك، ان اشترى بخيار لترث من الثمن، انتهى.

و قال فى الايضاح: ينشأ الاشكال من عدم ارثها منها فلا- يتعلق بها فلا- ترث من خيارها. و من أن الخيار لا يتوقف على الملك

كالأجنبي، ثم فرع المصنف أنه لو كان

(١) قوله و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم فى الوكيل حاصله ان التزلزل فى المقام ثابت مع قطع النظر عن خيار الزوجة لخيار الباقيين - و فى مسألة الوكيل التزلزل منوط بخياره.

(٢) قوله ثم ان ما ذكر وارد على فسخ باقى الورثة للارض المبيعة حاصله- انه يمكن ان يقال فى عكس الفرض و هو ما إذا كانت الارض منتقلة عن الميت بان ملكية الزوجة لمقدار من الثمن فى معرض الزوال بفسخ باقى الورثة فيكون لها ايضا حق الازالة بالفسخ.

(٣) قوله الا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ الا فى مقدار حصتهم من الثمن محصله انه لا نسلم ما ذكر فان للورثة الفسخ بمقدار حصصهم فمقدار حصتها من الثمن ليس متزلزلا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٦١

الموروث قد اشترى بخيار فالأقرب إرثها من الخيار، لأن لها حقا فى الثمن و يحتمل عدمه، لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد الفسخ، فلو علل بإرثها دار، (١)

و الأصح اختيار المصنف لأن الشراء يستلزم منعها من شىء نزله الشارع منزلة جزء من التركة، (٢) و هو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه، انتهى.

و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب، و استظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد، فإنه بعد بيان منشأ الاشكال على ما يقرب من الايضاح، قال: فالأقرب من هذا الاشكال، عدم ارثها ان كان الميت قد اشترى ارضا بخيار، فارادت الفسخ لترث من الثمن.

(١) قوله فالأقرب ارثها من الخيار لان لها حقا فى الثمن و يحتمل عدمه فلو علل بارثها دار تقريب الدوران ارث الثمن موقوف على الفسخ، و هو موقوف على كون الثمن موروثا ليكون فيه حق لها و لكن هذا يتم لو اريد من حقتها فى الثمن ملكها الفعلى و أما إذا اريد به ملكها التقديرى، فهو لا يتوقف على الفسخ، و لا على حق الفسخ.

(٢) قوله لان الشراء يستلزم منعها من شىء نزله الشارع منزلة جزء من التركة حاصل مقصوده ان ارث الثمن و ان توقف على الخيار- الا ان الخيار لا يتوقف الاعلى كون الثمن موروثا شانا و هو كذلك لكونه جزء من التركة من حيث هو فلا دور.

و استدلل للثالث فيما إذا كانت الأرض منتقلة الى الميت: بان العقد حيث يكون متزلزلا لثبوت الخيار لسائر الورثة فالثمن فى معرض الانتقال الى جميع الورثة و منهم الزوجة، فللزوجة حق فى الثمن، فلها استيفائه باعمال الخيار.

و بان الخيار هو السلطنة على الاسترداد خاصة.

و أما إذا كانت الأرض منتقلة عنه، فحيث انه لا سلطنة لها على استردادها لا لنفسها لحرمانها، و لا لمن نصبت من قبله، فلا ترث.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٦٢

و أما إذا باع ارضا بخيار، فالاشكال حينئذ بحاله، لأنها إذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئا، و حمل الشارحان العبارة على ان الاقرب ارثها إذا اشترى بخيار، لأنها حينئذ يفسخ فترث من الثمن، بخلاف ما إذا باع بخيار، و هو خلاف الظاهر، فإن المتبادر ان المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الارث الذى سيقى لاجله العبارة، مع انه من حيث الحكم غير مستقيم ايضا، فإن الأرض حق لباقي الوراث استحقوها بالموت، فكيف يملك الزوجة ابطال استحقاقهم لها و اخراجها عن ملكهم.

و فيه: مضافا الى فساد الشق الثانى كما تقدم:- انه لو اغمض عن ذلك و سلم كونه عبارة عن السلطنة على الاسترداد فليس هو السلطنة

على الاسترداد خاصة، بل عن السلطنة عليه و على الرد، فمع عدم امكان احدهما لا يثبت الخيار، ففيما إذا كانت الأرض منتقلة الى الميتم - و ان كان لها السلطنة على الاسترداد - الا انه لا سلطنة لها على الرد لعدم كون الأرض ملكا لها، و لا هي منصوبة من قبل مالكةا، فليس لها الرد،

بل يمكن منع سلطنتها على الاسترداد لأن تنزل العقد من ناحية خيار الورثة لا يوجب اى سلطنة للزوجة، و كون الثمن فى معرض الانتقال لا يوجب السلطنة الفعلية، بل الثمن ملك شأنى للزوجة على تقدير اعمال الخيار.

و استدلل للرابع - اى لعكس هذا التفصيل -: بان الثمن فى صورة الانتقال الى الميتم ملك للورثة و منهم الزوجة، فلها السلطنة على رده، و الخيار و إن كان سلطنة على الاسترداد الا ان السلطنة على الاسترداد الى النفس أو الى من كان منصوبا من قبله غير لازم، بل الفسخ يوجب الرجوع الى الميتم، فلا مانع من الرد و الاسترداد. و هذا بخلاف صورة العكس، فان الأرض ملك لسائر الورثة ما عدا الزوجة، و لا سلطنة لها على ما يستحقه الغير.

و فيه: مضافا الى ما تقدم انه مع دلالة الدليل، اى مانع من الالتزام: بان لها السلطنة على ما يستحقه الغير و يرد الوجه الخامس: انه لا يمكن انحصار الوارث فيها، إذ مع فرض عدم وجود احد يكون الامام وارثا معها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٦٣

نعم لو قلنا ان ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار، استقام ذلك، و ايضا فانها إذا ورثت فى هذه الصورة و جب ان ترث فيما إذا باع الميتم ارضا بخيار بطريق اولى،

لأنها ترث حينئذ من الثمن و اقصى ما يلزم من ارثها من الخيار ان يبطل حقها من الثمن، و هو اولى من ابطال ارثها حق غيرها من الارض التى اختصوا بملكها، ثم قال: و الحق ان ارثها من الخيار فى الأرض المشترأة مستبعد جدا، و ابطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج الى دليل. نعم قوله لترث من الثمن على هذا التقدير يحتاج الى تكلف زيادة تقدير (١) بخلاف ما حملا عليه، انتهى. و قد تقدم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام.

ثم ان الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحق الحبوء من الورثة إذا اشترى الميتم أو باع بعض أعيان الحبوء بخيار هو الكلام فى ثبوته للزوجة فى الأرض المشترأة و المبيعة.

(١) قوله يحتاج الى تكلف زيادة تقدير فانه لا بد و أن يقدر فارادات الفسخ لترث من الثمن و يمكن ان يمنع ذلك بجعل الغاية للمنفى.

فتحصل: ان الأظهر انها ترث مطلقا،

و محصل الوجه فى ذلك: وجود المقتضى و عدم المانع،

اما وجود المقتضى فهو عموم دليل الارث،

و أما عدم المانع فلأن المانع المتوهم فيما إذا كانت الأرض منتقلة الى الميتم،

اما عدم سلطنتها على ردها، و قد عرفت ان الفسخ حل العقد، مع انه لو كان عبارة عن الرد و الاسترداد كان هو الرد الملكى لا الخارجى، فلا مانع من ردها الأرض و ان كانت ملكا لغيرها،

و أما عدم كونها مالكة لكلا الالتزامين، و قد عرفت دفعه و ما يتوهم مانعيته فيما إذا كانت الأرض منتقلة عن الميتم،

اما عدم سلطنتها على استردادها الى نفسها و أما عدم مالكيتهما للالتزامين،

و قد عرفت دفعهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٤

مسألة في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار

إشارة

مع انه شيء واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم وجوه: (١)

الأول: ما اختاره بعضهم من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه،

بحيث يكون له الفسخ في الكل و ان اجاز الباقون، (٢) نظير حد القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين، كذلك حق الشفعة على المشهور، و استند في ذلك الى ان ظاهر النبوى المتقدم (٣) و غيره، ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل مثل ذلك على اراده الاشتراك لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث

كيفية استحقاق الورثة للخيار

(١) التنبيه الثاني: في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع انه شيء واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم، وجوه:

(٢) الاول: ما اختاره صاحب الجواهر (رحمه الله) من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه، بحيث يكون له الفسخ في الجميع و ان اجاز الباقون.

(٣) و استدل له: بظاهر النبوى المنجبر بالعمل: ما ترك ميت من حق فهو لوارثه «١»

بتقريب: ان ظاهره ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من له الخيار، و انما لا يلتزم بذلك في المال من جهة عدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد.

و اورد عليه المصنف بايرادات اربعة سيأتي التعرض لها و لما يرد عليها عند تعرضه لها و لكن الذي يرد عليه انه لا وجود له في كتب احاديثنا

(١) لم اعثر على هذه العبارة في كتب الحديث من طرقنا و انما رواها الشهيد الثاني في المسالك في كتاب الشفعة و تبعه المتأخرون عنه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٥

الثاني: استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه، فله الفسخ فيه دون باقي الحصص، (١) غاية الامر مع اختلاف الورثة في الفسخ و الامضاء تبعض الصفقة على من عليه الخيار، فيثبت له الخيار، و وجه ذلك ان الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة و كان مقتضى ادلة الارث كما سيجيء، اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم،

تعين تبعضه بحسب متعلقه، فيكون نظير المشتريين لصفقة واحدة إذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما.

الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، (٢) فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدده بالنسبة الى جميع المال، و لا بالنسبة الى حصة كل منهم، لأن مقتضى ادلة الارث في الحقوق الغير القابلة للتجزئة، (٣) و الاموال القابلة لها امر واحد، فهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة الا- ان التقسيم في الاموال لما كان امرا ممكنا كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع الى اختصاص كل

منهم بحصة مشاعة، بخلاف الحقوق فانها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها، فلا يجوز لاحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل ولا في حصته، فافهم.

(١) الثاني: ما اختاره جمع من المحققين و هو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص، و يظهر وجهه مما نذكره من النقد على ساير الوجوه.

(٢) الثالث: ما اختاره المصنف (قدس سره) و هو: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشتركون فيه، و لا يكون الحق متعددا و لا المستحق، و لازمه عدم جواز الفسخ و لا الإجازة من البعض.

(٣) و قد استند في ذلك الى ان الحق امر بسيط غير قابل للتجزئة فيشتركون فيه و ليس كالمال القابل لها. و بعبارة اخرى: ان مقتضى ادلة الارث ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، الا ان التقسيم في الأموال لما كان ممكنا مرجع ذلك الى اختصاص كل منهم بحصة بخلاف الحق، فانه يبقى على حاله من اشتراك مجموع الورثة فيه.

و فيه: انه لا كلام في ان الحق امر بسيط كالملكية، و لا يتجزى، و لكن يتعدد بتعدد مورده

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٦

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، و هو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعا، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ، ما لم يجز الآخر، لتحقق الطبيعة في الواحد، (١) و ليس له الاجازة بعد ذلك كما انه لو اجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأن الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث واحدا كان أو متعددا كان امضاء الواحد كفسخه ماضيا فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر، لأن الاول قد استوفاه. و لو اتحدا زمانا كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد، لا ان الفاسخ متقدم كما سيجيء في احكام التصرف.

و مورده في المقام هو الحل، و متعلق الحل هو العقد، و العقد بما انه على ملكية الدار مثلا و الدار قابلة للتبويض، و كذا ملكيتها و كذلك العقد، و مع فرض قبول العقد له يكون الحل ايضا قابلا له، فيعقل تعدد حق الحل و الفسخ، و عليه فإذا كانت الملكية بمقتضى ادلة الارث منتقلة الى المتعدد بنحو التعدد، اى كل وارث مالك لمقدار من المال لا محالة ينحل العقد الى عقود كل منهم طرف لما هو متعلق بصحته، فلا محالة يتعدد حق الخيار.

(١) الرابع: ما ذكره المصنف (قدس سره) بقوله: و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع و هو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعا، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقق الطبيعة في الواحد و اورد عليه المحقق النائيني قدس سره: بانه مبنى على ان يكون ارث الخيار ثابتا لصرف الوجود من الوارث لا لمطلق الوجود، و حيث ان صرف الوجود قائم بكل واحد من الورثة، فكل من بادر الى اعمال الحق ينفذ في حق الجميع و هذا خلاف المتبادر من الأدلة من كون الحكم شموليا.

و فيه: ان مراده بذلك ليس ثبوت الحق لصرف وجود الطبيعة في مقابل ثبوتها لجميع الوجودات، بل مراده له ثبوتها للطبيعي من حيث هو، بتقريب انه كما قد يكون المملوك كليا كمن من الحنطة في الذمة، و قد يكون المالك كليا ككلى الفقير و السيد في الخمس و الزكاة، كذلك قد يكون من له الحق كليا ككلى الوارث. و تعينه و ان احتاج

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٧

ثم انه لا-ريب في فساد مستند وجه الأول المذكور له (١) لمنع ظهور النبوى و غيره في ثبوت ما ترك لكل واحد من الورثة، لأن

المراد بالوارث في النبوى وغيره مما أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق في ضمن الواحد والكثير، (٢) وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الأربعة المتقدمة، كما لا يخفى على المتأمل. و أما ما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة المجمع، فلا يخفى أن المراد به ايضاً،

أما جنس المجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى والافرادى و الاظهر هو الثانى، كما فى نظائره، هذا كله مع قيام القرينة العقلية و للفظية على عدم ارادة ثبوته لكل واحد مستقلاً فى الكل. اما الاولى فلان المفروض ان ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصى، و قيامه بالأشخاص المتعددين اوضح استحالة و اظهر بطلاناً من تجزيه و انقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور ادلة الارث فيه. (٣)

الى معين الا انه يكون فى المقام باقدام من هو مصداق الطبيعى القابل للانطباق عليه بالأخذ بالخيار. و بهذا ظهر انه لا وجه لما اورده السيد عليه بان الاولى عد هذا الوجه معنى آخر لقيام الخيار بكل واحد مستقلاً، و لكن الذى يرد على هذا الوجه: ان سياق ادلة الارث فى الحق و المال واحد، و بديهى انه ليس ارث الملك كذلك فارت الحق ايضاً ليس كذلك.

(١) و قد اورد المصنف على الوجه الاول بايرادات اربعة.

(٢) احدها: ان المراد بالوارث فى النبوى وغيره مما أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث، المتحقق فى ضمن الواحد والكثير، و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الاربعة المتقدمة و فيه: انه لو كانت القضية مهلة صح ما افاده، و أما لو كانت مطلقة فحيث ان الجنس ليس الا الطبيعة، فكونها تمام الموضوع لا يكون الا على الوجه الثانى فى كلامه الذى سيأتى التعرض له.

(٣) ثانيها: ان ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصى و قيامه بالأشخاص المتعددين اوضح استحالة و اظهر بطلاناً من تجزئته و انقسامه على الورثة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٦٨

و أما الثانية فلأن مفاد تلك الادلة بالنسبة الى المال المتروك، و حق المتروك شىء واحد، و لا يستفاد منها بالنسبة الى المال الاشتراك، و بالنسبة الى الحق التعدد،

الا مع استعمال الكلام فى معينين، (١) هذا مع ان مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة ان يكونوا كالكلاء المستقلين، (٢) فيمضى السابق من اجازة احدهم أو فسخه، و لا يؤثر اللاحق فلا وجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره. و أما الوجه الثانى فهو و ان لم يكن منافياً لظاهر ادلة الارث، من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث، الا ان تجزئة الخيار بحسب متعلقه كما تقدم، مما لم يدل عليه ادلة الارث، اما ما كان منها كالنبوى غير متعرض للقسمة فواضح، و أما ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الارث بين الورثة فغاية ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمة فيما يحصل باعمال هذا الحق أو اسقاطه فيقسم بينهم العين المستردة بالفسخ، أو ثمنها الباقي فى ملكهم بعد الاجازة على طريق الارث.

وفيه: ان الحق لا يكون متروكاً لما تقدم من انعدامه بموت المستحق، بل المتروك ما هو مورد الحق، و لا مانع من صيرورته طرفاً لإضافات متعددة بعدد الورثة، كما لا مانع من تعلق الحق المستقل متعدداً بعقد واحد،

و الاولى فى تقريب هذا الوجه ان يقال: ان مورد هذا الحق هو حل العقد، و حيث ان ما هو مورد بالاضافة الى المورث هو الحل الواحد غير المتعدد، و الواحد لا يتعدد بالانتقال من طرف الى طرف، فلا يعقل فيه التعدد.

(١) ثالثها: ان مفاد دليل الارث بالنسبة الى المال المتروك و الحق المتروك شىء واحد، و لا يستفاد منه بالنسبة الى المال الاشتراك،

و بالنسبة الى الحق التعدد الا مع استعمال الكلام فى معينين.

و فيه: ان دليل ارث الحق غير دليل ارث المال، فلا محذور فى تعدد المعنى.

(٢) رابعها: ان مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة ان يكونوا كالكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة احدهم أو فسخه، و لا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٩

و أما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا فى حصته، فلا يستفاد من تلك الأدلة،

فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع، فان اتفق المجموع على الفسخ فى المجموع، و إلا فلا دليل على الانفساخ فى شىء منه. و من ذلك يظهر ان المعنى الثانى للوجه الثالث، و هو قيام الخيار بالطبيعة المتحققه فى ضمن المجموع ايضا لا دليل عليه، فلا يؤثر فسخ احدهم و ان لم يجز الآخر مع ان هذا المعنى ايضا مخالف لأدلة الارث، لما عرفت من ان مفادها بالنسبة الى المال و الحق واحد. و من المعلوم ان المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن المجموع.

الفسخ على الاجازة على ما ذكره.

و فيه: انه فرق بين كون الحق واحدا و للمتعدد اعماله كما فى مسألة الوكالة، و بين كون الحق متعددا فى نفسه على ما فرضه صاحب الجواهر، و ما افاده انما هو فى الأول، و مورد كلام الجواهر هو الثانى، و لازم كون الحق متعددا عدم مزاحمة اجازة المجيز لفسخ الفاسخ لاستقلال كل شخص بشخص من الخيار و قد ظهر مما ذكرناه: - مضافا الى عدم استقامة شىء مما ذكره المصنف عدم تامة ما افاده صاحب الجواهر ثبوتا و اثباتا.

فتحصل مما ذكرناه: ان الأظهر هو الوجه الرابع، و هو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص.

و على الوجوه الثلاثة الأول لا إشكال فى انه ليس لكل واحد من الورثة ان يفسخ بمقدار حصته، إذ الحق واحد و هو الخيار فى الكل، فلا يجوز له الفسخ فى البعض.

و أما على المختار، فهل يجوز التفريق فى الفسخ و الاجازة بان يفسخ واحد منهم بالنسبة الى حصته من المال، ام لا يجوز ذلك؟ ربما يقال بالثانى،

و استدل له بوجهين:

الأول: ما افاده المحقق النائنى (رحمه الله) و هو: ان مقتضى الشرط الضمنى الذى التزم به الميت من عدم تبعض الصفقة عليه عدم نفوذ اعمال الخيار لكل واحد مستقلا، بل لا بد من اتفاقهم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٠

ثم ان ما ذكرنا جار فى كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة، (١) نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتبع كما فى حد القذف، فإن النص قد دل على انه لا يسقط بعفو احد الشريكين، و كذا حق القصاص، فإنه لا يسقط بعفو احد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصه الباقي من الديه الى اولياء المقتص منه جمعا بين الحقين، لكن يبقى الاشكال فى حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم. و ان احتمله فى الدروس من ان احد الورثة إذا عفى عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع، (٢) فإن الظاهر ان قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجى، و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل.

و يمكن ان يفرق بالضرر، فإنه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة (٣)

على الفسخ أو الاجازة الا ان يرضى الطرف بالتبعض.

وفيه: ان الشرط ان كان هو ان لا يفسخ في البعض فغايبه عدم جوازه تكليفا لا وضعاء، فان شرط الترك لا يوجب عدم نفوذ الفعل. نعم لو تخلف يثبت لمن عليه الخيار لتبعض الصفقة.

الثاني: انه يلزم منه التشقيص و هو ضرر على الطرف منفي بالحديث.

وفيه: ان ضرره يجبر بالخيار في اصل البيع، فالأظهر هو الأول.

و يترتب على كون حق الخيار واحدا قائما بالمجموع عدم الانفساخ بفسخ احدهم،

و عدم سقوط الحق باسقاطه، بل لا بد من الاجتماع على الفسخ أو الاسقاط،

(١) و هذا جار في كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة،

و قد ورد في الشرع ما يوهم خلاف ذلك، فان الأصحاب افتوا بان.

(٢) احد الورثة إذا عفى عن الشفعة كان للآخر الاخذ بكل المبيع و الاشكال فيه من وجهين احدهما: انه كيف ينفذ العفو من احدهم

مع ان الحق قائم بالمجموع.

ثانيهما: انه كيف يجوز الاستيفاء من احدهم و لو لم يأذن به الآخر، و المصنف (قدس سره)

اجاب عنه.

(٣) بانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧١

بل لعل هذا هو السر في عدم سقوط حدى القذف و القصاص بعفو البعض،

لأن الحكمه و ما التشفى، فابطالها بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى و هذا غير موجود غيما نحن فيه، فتأمل.

ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول، (١) هو مختار العلامة في القواعد، بعد ان احتمل الوجه الثانى و ولده في الايضاح و الشهيد في

الدروس و الشهيد الثانى في المسالك و حكى عن غيرهم، قال في القواعد و هل للورثة التفرق فيه نظر (٢) اقربه المنع، و ان جوزناه

مع تعدد المشتري، و زاد في الايضاح بعد توجيه المنع، بأنه لم يكن لمورثهم الا خيار واحد انه لا وجه لاحتمال التفرق

وفيه: اولاً: انه لو تم اقتضى بقاء حقه بمقدار حصته، فان ارث حق الشفعة انما هو بمقدار الحصه لقاعدة الميراث لا استيفاء الحق في

الجميع و ثانياً: انه لا يتم، فان حق الشفعة لا يكون ثبوته للضرر، فان ضرر الشركة حاصل قبلاً، و قد تبدل شريك بشريك، و ربما

يكون الثانى احسن من الاول و ثالثاً إذا كان للجميع حق واحد فلا ضرر فان الملك الكذائى المتعلق لحق قائم بالمجموع قد انتقل الى

الورثة، و لا ضرر في ذلك، و الحق انه لا فرق بين حق الشفعة، و المقام و ما ذكرناه يجرى فيه.

(١) قوله ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول مراده من الوجه الاول من الوجه الثالث- و مراده من الوجه الثانى بحسب الظاهر

الثانى من اصل الوجوه.

(٢) قوله قال في القواعد و هل للورثة التفرق فيه نظر عبارات القواعد و الدروس و غيرهما محتملة لوجوه احدها: ارادة ثبوت مجموع

الخيار للمجموع الثانى: ان لكل واحد خيارا بمقدار حصته الا ان فسخته مشروط بفسخ الآخرين الثالث: ان الخيار لكل واحد الا- انه لا

يجوز التفرق لان الحق واحد- و المصنف (قدس سره) استظهر الاول و لم يتعرض للثانى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٢

و قال في الدروس في باب خيار العيب: لو جوزنا لأحد المشتريين الرد نجوزه لأحد الوارثين عن واحد، لأن التعدد طار على العقد

سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره، انتهى. و فى المسالك بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار، هذا كله فيما لو تعدد وارث

المشتري الواحد، فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طار مع احتمالها، انتهى.

و ظاهر التذكرة في خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدمة قال لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر، فالاقوى انه يفسخ في الكل، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض و اجاز في البعض، انتهى.

و يحتمل ان لا يريد بذلك ان لكل منهما ملك الفسخ في الكل، كما هو مقتضى الوجه الأول، بل يملك الفسخ في البعض و يسرى في الكل، (١) نظير فسخ المورث في البعض و كيف كان فقد ذكر في خيار العيب، أنه لو اشترى عبدا فمات، و خلف وارثين فوجدوا به عيبا لم يكن لأحدهما رد حصته خاصة للتشقيص، انتهى.

و قال في التحرير: لو ورث اثنان عن ابيهما خيار عيب، فرضى احدهما، سقط حق الآخر من الرد دون الارش.

و الظاهر ان خيار العيب و خيار المجلس واحد، كما تقدم عن الدروس. فلعله رجوع عما ذكره في خيار المجلس، ثم انه ربما يحمل ما في القواعد و غيرها من عدم جواز التفريق على انه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ و الاجازة، بل لا بد من الفسخ أو الاجازة في الكل، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كل منهم على الفسخ في الكل، و حينئذ فإن فسخ احدهم و اجاز الآخر قدم الفسخ على الاجازة، و ينسب تقديم الفسخ الى كل من منع من التفريق، بل في الحدائق تصريح الاصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز

(١) قوله بل يملك الفسخ في البعض و يسرى في الكل بل هذا هو صريحه- و لكن يرد عليه ان سريان فسخ البعض الى الكل لا يكون الا إذا كان مالكا لفسخ الكل كما في المورث و هو واضح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٣

و لازم ذلك الاتفاق على انه متى فسخ احدهم انفسخ في الكل،

و ما ابعد بين هذه الدعوى و بين ما في الرياض من قوله و لو اختلفوا، يعنى الورثة قيل: قدم الفسخ. و فيه نظر، لكن الاظهر في معنى عبارة القواعد ما ذكرنا و ان المراد بعدم جواز التفريق ان فسخ احدهم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقيين. كما يدل عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب،

اما لو اورثا خيار العيب، فلا اشكال في وجوب توافقهما، فإن المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطي، و معناه عدم نفوذ التخالف.

و لا ريب ان عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الاجازة من أحدهما مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته لفسخ صاحبه و هو المطلوب و اصرح منه ما تقدم من عبارة التحرير، ثم التذكرة. نعم ما تقدم من قوله في الزوجة غير ذات الولد اقرب ذلك ان اشترى بخيار لثرت من الثمن قد يدل على ان فسخ الزوجة فقط كاف في استرجاع تمام الثمن لثرت منه، إذ استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده و عند غيره،

و كيف كان، فمقتضى ادلة الارث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي اخترناه.

و حاصله انه متى فسخ احدهم و اجاز الآخر لغى الفسخ.

و قد يتوهم استلزام ذلك بطلان حق شخص لعدم اعمال الآخر حقه.

و يندفع بأن الحق، إذا كان مشتركا لم يجز اعماله الا برضا الكل، كما لو جعل الخيار لأجنبيتين على سبيل التوافق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٤

فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم، (١) فإن كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه الى المشتري، (٢) و ان لم يكن موجودا اخرج من مال الميت و لا يمنعون من ذلك، و ان كان على الميت دين مستغرق للتركة، لأن المحجور له الفسخ بخياره و في اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه وجهان، (٣) و لو كان مصلحتهم في الفسخ لم يجبروا الورثة عليه لانه حق لهم فلا يجبرون على اعماله

لو اجتمع الورثة على الفسخ

(١) الثالث: إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم فهل المبيع يرجع الى الميت أو الى الورثة؟ و يترتب على هذا النزاع فوائد لا تخفى.

(٢) قوله فان كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه الى المشتري هذا هو المعروف بين الاصحاب، و خالفهم الشيخ في جملة من كتبه في صورة قصور التركة يشهد للمشهور صحيح جمل عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه فقال (عليه السلام) إذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع و قال ليس للغرماء ان يحاصوه «١»

و استدل لما ذهب إليه الشيخ بصحيح ابي ولاد عنه (عليه السلام) عن رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري قبل ان يحل ماله و اصاب البائع متاعه له ان يأخذه إذا حقق له فقال (عليه السلام) ان كان عليه دين و ترك نحو ما عليه فليأخذه ان حقق له فان ذلك حلال و لو لم يترك نحو من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ حصته و لا سبيل له على المتاع «٢» و المراد بالنحو هنا المثل بمعنى ان تكون تركته قدر ما عليه فصاعدا بحيث لا يحاص على باقي الغرماء قصور، و لعل الثاني اقوى، و تمام الكلام في كتاب الحجر،

(٣) قوله و في اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه وجهان قد استدلل للاول بانهم مكلفون باداء دين الميت و الفسخ مع المفسدة يضر بالاداء فلا يجوز

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب كتاب الحجر حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٥

و لو لم يكن للميت مال. ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص و جهان، من انه ليس لهم الا حق الفسخ كالأجنبي المجعول له الخيار، أو الوكيل المستتاب في الفسخ و الامضاء، و انحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك الميت يوفى عنه ديونه و خروج الثمن من ملكه في المعين و اشتغال ذمته ببذله في الثمن الكلي،

فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع الا على وجه كونه وفاء لدين الميت، و حينئذ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم، بل يجوز للغير أداء ذلك الدين، بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء.

و هذا غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع.

و من انهم قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن أو بدله، (١) و تملك المبيع، فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميت، اشتغلت ذممهم بثمانه حيث انهم كنفس الميت، كما ان معنى ارثهم لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصه بثمان من ما لهم لا من مال الميت

و فيه ان التكليف بالاداء انما هو مع وجود المال و الفسخ رافع للموضوع و على تقدير عدم الجواز يكون ذلك تكليفا لا وضعيا فلو فسخوا يكون نافذا و المراد من المصلحة عدم المفسدة إذ لا ريب في الجواز مع التساوى.

و كيف كان فلو لم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص و جهان.

(١) و المصنف بنى الحكم فى هذا الفرع على ان الوارث هل هو نائب عن الميت فى الفسخ و الاجازة بمعنى انه يفسخ عن الميت فينتقل المال الى الميت ثم الى الوارث ام هو مستقل و قائم مقامه بمعنى انه يفسخ عن نفسه لانتقال الحق الثابت للميت إليه فينتقل المال الى الورثة، و مختاره هو الثانى.

و يرد عليه: ان الوارث ليس نائبا عن الميت فى الفسخ، بل الحق ثابت له، و لكن ليس معنى ذلك فسخ العقد عن نفسه و لنفسه، بل معناه حق حل العقد و فسخه لاعن نفسه و لا عن غيره، فان نسبته الى الكل على حد سواء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٧٦

ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و ان لم يوافقه الباقي و فسخ. ففي انتقال المبيع الى الكل، أو الى الفاسخ، و جهان مما ذكرنا من مقتضى الفسخ، و ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميت. (١)

و بعبارة اخرى: الفسخ حل للعقد القائم بشخصين خاصين مع انه على تقدير الاغماض عما ذكرناه و تسليم ما افاده المصنف (قدس سره) لا وجه لتفصيله بين ما اذا كان للميت مال و بين ما لم يكن، فان مقتضى ما افاده انتقال العين الى الورثة و اشتغال ذمهم بمقدار حصصهم للمفسوخ عليه، من غير فرق بين ان يكون له مال و ان لا يكون له مال.

(١) قوله و ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميت الوجه الاول نيابة دون هذا الوجه و عليه فمراده من النيابة ما فسره بقوله و القيام مقام الميت كما يشير الى ما ذكرناه ما ذكره بعد ذلك بقوله فهو كنفس الميت لا نائب عنه.

و الحق ان يقال: ان حق الخيار الموروث ليس من قبيل حق الشفعة، فان حقيقة حق الشفعة تملك حصه الشريك من مشتريها بثمنها، و معلوم ان تملك حصه الشريك ببذل الثمن لا يقتضى رجوع الحصه الى الميت و لا ثمنها منه.

و بالجملة: الموروث ليس حق التملك، بل حق حل العقد، و هو يقتضى رجوع الأمر الى ما كان، و لازم ذلك عود الملك الى الميت و عود بدله عنه إذ المعاوضة كانت بينه و بين المفسوخ عليه.

و غاية ما يمكن ان يورد على هذا الوجه امور:

الاول: ان انتقال المال الى الميت غير معقول لعدم قابليته لذلك.

و فيه: ان الملكية من الاعتباريات، و هى خفيفة الموثنة، و لا مانع من اعتبار شىء ملكا له لو اقتضت المصلحة ذلك.

الثانى: ان الوارث حيث يكون قائما مقام مورثه فيكون عقده عقده، فكأن العقد واقع على ماله. و الحل حل لهذا العقد، و لازم ذلك تلقى الفاسخ من المفسوخ عليه من حين فسخه لا التلقى من الميت فتشتغل ذمته بالبدل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٧٧

و الأظهر فى الفرعين هو كون ولاية الوارث لا كولاية الولي أو الوكيل فى كونها لاستيفاء حق للغير، بل هى ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه، فهو كنفس الميت لا- نائب عنه فى الفسخ. و من هنا جرت السيرة بأن ورثة البائع بيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم، و يستردون المبيع لأنفسهم، من دون ان يلزموا باداء الديون منه بعد الاخراج، (١) و المسألة يحتاج الى تنقيح زائد.

و فيه: ان دليل الارث يدل على ان ما كان للميت من ملك أو حق فهو لوارثه،

و لا يدل على ان كل ما هو مضاف إليه مضاف الى وارثه كى يكون عقده عقده.

(١) الثالث: انه جرت السيرة بان ورثة البائع بيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم، و يستردون المبيع لأنفسهم، من دون ان يلزموا باداء الديون منه بعد الاخراج و فيه: اولاً: ان وجه جريان السيرة غير معلوم، و لعله يكون ردهم مثل الثمن من أموالهم من جهة ان الفسخ اوجب اشتغال ذمة الميت بالثمن، فهم يؤدون دينه. نعم لو جرت السيرة بعدم اداء سائر ديون الميت من المبيع، و عدم

كونهم ملزمين بذلك، كشف ذلك عن عدم انتقال المبيع الى الميت، ولكن قيام السيرة على ذلك ممنوع. و ثانيا: ان غاية ما يثبت بذلك كون ارث الخيار المشروط برد مثل الثمن من قبيل حق الشفعة، ولا يثبت به كون جميع الخيارات كذلك.

الرابع: قياس حق الخيار بحق الشفعة، وقد عرفت الفرق بينهما.

و هناك وجوه آخر هيّن دفعها بعد مراجعته ما ذكرناه.

فالحق انه تنتقل العين الى الميت، فان كان بدلها موجودا فهو يعود الى المفسوخ عليه لا يقال: انه ان انتقل الى الوارث فهو في حكم التلف.

فانه يرد بانه ملك متزلزل فيعود منهم، و الا فتشغل ذمة الميت بالبدل، كان للميت مال ام لم يكن، فيكون سبيله سائر ديونه، و أما العين فان لم يكن للميت دين تنتقل الى الورثة و الا فان كان الدين غير مستوعب ينتقل الفاضل منه على الدين إليهم و ان كان مستوعبا لا ينتقل شيء منها إليهم

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٨

مسألة لو كان الخيار لأجنبي و مات

، ففي انتقاله الى وارثه كما في التحرير أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين، و ربما يظهر من القواعد، وجوه، (١) من انه حق تركه الميت فلوارثه، و من انه حق لمن اشترط له من المتعاقدين، لأنه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره الى موكله دون وارثه.

لو جعل الخيار لأجنبي

(١) الرابع: و لو كان الخيار لأجنبي، ففي انتقاله الى وارثه- كما عن العلامة (قدس سره) في التحرير- أو الى المتعاقدين، أو سقوطه- كما عن غير واحد و ربما يظهر من القواعد- وجوه.

و قد وقع الخلاف في الخيار المجعول للأجنبي في انه، هل هو من باب التمليك، أو التوكيل، أو التحكيم، فقد يقال كما عن المحقق النائيني (قدس سره) بانه ليس من قبيل التمليك، لانه لو كان على نحو جعل الملك كان لازمه ارث وارثه عنه: لان ما تركه لوارثه، و لا من باب التوكيل، و الا امكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية و الوكالة نظير التولية على الوقف، و هذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء.

و لكن يمكن ان يكون من قبيل التمليك و جعل الحق له، و انما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل و المجعول، إذ المجعول هو حق الخيار للأجنبي بما انه ذو نظر و رأى يعتمد عليه في امر العقد، فيكون المستحق مقوما، و قد مر ان مثل هذا الحق لا يورث و لا ينتقل الى الغير:

و يمكن ان يكون من قبيل التوكيل، و انما لا يمكن عزله لانه و ان كانت الوكالة جائزة في نفسها الا انه اذا كانت شرطا في ضمن عقد لازم لا يجوز العزل، و الظاهر ان جعل الخيار من قبيل الاول.

و قد ظهر مما ذكرناه امران:

الأول: انه لا يرثه وارثه و لا ينتقل الى غيره.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٩

و من ان ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الاجنبي، (١) فلا يدخل فيما تركه و هذا لا يخلو عن قوة لاجل الشك في مدخلية نفس

الاجنبى.

و فى القواعد لو جعل الخيار لعبد احدهما، فالخيار لمولاه، (٢) و لعله لعدم نفوذ فسخه و لا- إجازته بدون رضا مولاه، و إذا امره باحدهما اجبر شرعا عليه، فلو امتنع فلىمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالآخرة له، لكن هذا يقتضى ان يكون عبد الاجنبى كذلك، مع انه قال لو كان العبد لأجنبى لم يملك مولاه، و لا يتوقف على رضاه، إذا لم يمنع حقا للمولى، فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا وحلا، فافهم.

الثانى: عدم تمامية ما افاده المحقق الايروانى (قدس سره) معلقا على قول المصنف (قدس سره)،

(١) و من ان ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الاجنبى بقوله: لم افهم المراد من مدخلية الأصيل و عدم مدخليته، فان اريد كون الخيار مجعولا لشخص الأصيل فالكلام فى مثل ذلك و يعدى الى الوارث بادلثة الارث- الى ان قال- و ان اريد كون الخيار مجعولا لشخص الاصيل بشرط ان لا يورث فيه: ان هذا شرط خلاف الكتاب و السنة. انتهى.

فانه قد عرفت ان الخيار انما يورث إذا لم يكن المستحق مقوما، بل كان موردا، و فى جعل الخيار الظاهر كونه مقوما، و هذا هو مراد المصنف (قدس سره) من مدخلية نفس الاجنبى، فلا يراد عليه.

(٢) قال المصنف (قدس سره): و فى القواعد لو جعل الخيار لعبد احدهما فالخيار لمولاه. هذه المسألة غير مربوطة بما نحن فيه، فان حاصلها: ان جعل الخيار للعبد هل هو جعل له لمولاه لأنه عبد لا يقدر على شىء، أو انه جعل له لنفسه بعد عدم مزاحمة اعماله لحق مولاه؟ و الحق ان جعل الحق له لا محذور فيه، فان كونه عبدا لا يقدر على شىء ليس معناه خروجه عن قابلية جعل مال أو حق له، بل معناه ان الأفعال التسيبية لا تنفذ منه، و انما يلتزم بعدم مالكيته من التزم لدليل آخر مفقود فى الحق.

نعم يمكن الفرق بين كون المستحق عبد أحد المتعاقدين أو عبد الاجنبى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٨٠

مسألة و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار. (١)

و قد مرّ بيان ذلك فى مسقطات الخيار، و المقصود هنا بيان انه كما يحصل اسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف، فيكون التصرف اجازة فعلية، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخا فعليا.

و قد صرح فى التذكرة بأن الفسخ كالاجازة قد يكون بالقول، و قد يكون بالفعل. و قد ذكر جماعة كالشيخ و ابن زهرة و ابن ادريس و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة و غيره (قدس الله اسرارهم) ان التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخا، و ان وقع فيما انتقل إليه كان اجازة.

من ناحية ان الخيار ان جعل لعبد أحدهما كان لازمه سلطنة العبد على مولاه بحل العقد الواقع بينه و بين طرفه بخلاف ما لو جعل لعبد الأجنبى فان العقد حينئذ اجنبى عن مولاه و لعله لذلك قال فى القواعد ان الخيار لو جعل لعبد احدهما فالخيار لمولاه و لو جعل لعبد الأجنبى فالخيار له لا لمولاه، و لكن مقتضى ما ذكرناه من الفرق عدم ثبوت الخيار للعبد لا ثبوته لمولاه، و الذى يسهل الخطب عدم المورد لهذه المسألة، فالاغماض عن اطاعة الكلام اولى.

الفسخ الفعلى

(١) طفت كلماتهم بانه من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى موارد

الاول هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول ام لا- لا كلام من الاصحاب فى حصوله به و هو مقتضى اطلاق دليل الفسخ

بالتقريب المتقدم في مسألة المعاطاء وقد عرفت هناك انه فيما لم يدل دليل بالخصوص على اعتبار اللفظ يكتفى بكل ما ينشأ به المنشأ كان قولاً ام فعلاً و قوله (عليه السلام) «١» انما يحلل الكلام و يحرم الكلام لا يدل على اعتبار اللفظ في آله الانشاء كما مر تحقيقه

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨١

وقد عرفت في مسألة الأسقاط ان ظاهر الاكثر ان المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، و قد دل عليه الصحيحة المتقدمة في خيار الحيوان، المعللة للسقوط،

بأن التصرف رضا بالعقد فلا خيار، و كذا النبوي المتقدم، و مقتضى ذلك منهم ان التصرف فيما انتقل عنه انما يكون فسحا إذا كان مؤذنا بالفسخ و ليكون فسحا فعليا.

و أما ما لا- يدل على ارادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به، و ان قلنا بحصول الاجازة به بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تبعا شرعيا، من غير ان يكون فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد، (١) كما تقدم نقله عن بعض، الا ان يدعى الاجماع على اتحاد ما يحصل به الاجازة و الفسخ، (٢) فكلما يكون اجازة لو ورد على ما في يده يكون فسحا إذا ورد منه على ما في يد صاحبه، و هذا الاتفاق و ان كان الظاهر تحققه الا ان اكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرف يدل على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرف الفاسخ،

الثاني: انه بناء على كفاية الفعل هل يكتفى بخصوص ما قصد به الفسخ و كان مبرزا له عرفا- ام يكون التصرف فيما انتقل عنه فسحا تبعا و لو لم يكن كاشفا عن قصد الفسخ- لا اشكال في الاختصاص بمقتضى القواعد و لكن قد ادعى ان مقتضى الدليل الخاص عدم الاختصاص و هو مؤلف من امرين.

(١) احدهما- انه في النص الخاص «١» حكم بان التصرف فيما انتقل إليه اجازة و ان لم يقصد به الامضاء.

(٢) الثاني انه قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع على ان ما يحصل به الاجازة ان وقع فيما انتقل إليه، يحصل به الفسخ ان وقع فيما انتقل عنه فان مقتضى هذين الامرين كون التصرف فيما انتقل عنه فسحا تبعا

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٢

و يدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام ايضا، قال في التذكرة اما العرض على البيع و الاذن فيه و التوكيل و الرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه و الهبة الغير المقبوضة، فالاقرب انها من البائع فسخ، و من المشتري اجازة، لدلالاتها على طلب المبيع و استيفائه، و هذا هو الاقوى و نحوهما في جامع المقاصد.

ثم انك قد عرفت الاشكال في كثير من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة في طريق الرد و نحوه مما لم يدل على الالتزام اصلا، لكن الأمر هنا أسهل بناء على ان ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا الا من المالك، أو باذنه، دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا، على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف.

قال في التذكرة: لو قبل الجارية بشهوة أو باشر فيما دون الفرج، أو لمس بشهوة، فالوجه عندنا انه يكون فسحا، لأن الإسلام يصون صاحبه عن القبيح، فلو لم يختار الامساك لكان مقدا على المعصية، انتهى.

ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال عدم نظرا الى حدوث هذه الامور عن ترداد في الفسخ و الاجازة.

و في كلا الامرين نظر اما الثانى فلان معقد الاجماع هو ما يحصل به الاجازة حقيقة و واقعا أو ظهورا لا مطلقا كى يشمل ما به يحصل الاجازة تبعا و أما الاول فلان ما دل على كون التصرف اجازة تبعا مختص بخيار الحيوان و لا يتعدى منه الى غيره فالظاهر انه لا يتحقق الفسخ بما لا يكون كاشفا عن ارادته.

الثالث- انه لو لم يحرز انه بالتصرف فيما انتقل عنه هل قصد الفسخ ام لاهل يحكم بارادة الفسخ و انه يفسخ ام لا لا كلام فيما إذا كان ظاهرا فيه للسيرة المستمرة من العقلاء على اتباع الكاشف عن المراد الجدى قولا كان ام فعلا انما الاشكال فيما إذا لم يكن ظاهرا فيه.

و الكلام فيه فى موضعين احدهما فى التصرفات الخارجية غير الجائزة على غير المالك

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٨٣

و فى جامع المقاصد عند قول المصنف (رحمه الله) و يحصل الفسخ بوطء البائع و بيعه و عتقه و هبته، قال لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام، حيث يوجد إليه سبيل،

و تنزيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز، انتهى.

ثم ان اصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتمدة شرعا، كما صرح به جماعة كغيرها من الامارات الشرعية، فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبدية (١) حتى يقال انها لا تثبت ارادة المتصرف للفسخ، لما تقرر من ان الاصول التعبدية لا يثبت الا للوازم الشرعية لمجاريها. و هنا كلام مذكور فى الاصول، ثم ان مثل التصرف الذى يحرم شرعا الا على المالك أو مأذونه التصرف الذى لا ينفذ شرعا الا من المالك أو مأذونه و ان لم يحرم، كالبيع و الاجارة و النكاح. فإن هذه العقود و ان حلت لغير المالك لعدم عدها تصرفا فى ملك الغير، الا انها تدل على ارادة الانفاخ بها بضميمة اصالة عدم الفضولية،

الثانى فى التصرفات الاعتبارية المتوقف نفوذها على الملك اما الاول- فحيث، يحتمل كونه تصرفا عدوانيا و كونه تصرفا صحيحا لا-حراز رضا صاحبه بالتصرف، و يحتمل كونه فسحا ففى الحكم بكونه فسحا لا- بد من سد الاحتمالين الاولين اما احتمال كون التصرف عدوانيا، فيدفع باصالة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا التى هى من الاصول العقلانية، و لكن لا يثبت بها ما يتوقف عليه الصحة كما صرح المصنف (رحمه الله) بذلك فى رسالته و لذا قال لو شك فى ان الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر، أو بعين من اعيان ماله لا يحكم بخروج تلك العين من تركته و قد اشبعنا الكلام فى ذلك فى رسالة القواعد الثلاث المطبوعة و عليه، فغاية ما يثبت بها صحة التصرف و عدم الاثم عليه، و لا يثبت بها ما يتوقف الصحة عليه و هو ارادة الفسخ،

(١) قوله من الامارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبدية

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٨٤

كما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف، و الاجازة و الترويج فى معنى البيع، و المراد بهذا الاصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ، مع انه لو اريد به اصالة عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكم على اصالة عدم الفسخ، لكن الانصاف انه لو اريد به هذا لم يثبت به ارادة العاقد للفسخ، و كيف كان، فلا اشكال فى اناطة الفسخ بذلك عندهم كلاجازة بدلالة التصرف عليه و يؤيده استشكالهم فى بعض افراده من حيث دلالة التزام على الالتزام بالبيع أو فسحه و من حيث امكان صدوره عن ترداد فى الفسخ، كما ذكره فى الايضاح، و جامع المقاصد، و فى وجه اشكال القواعد فى كون العرض على البيع و الاذن فيه فسحا، و مما ذكرنا يعلم انه لو وقع التصرف، فيما انتقل عنه نسيانا للبيع أو مسامحة فى التصرف فى ملك الغير،

أو اعتمادا على شهادة الحال بالاذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

يرد عليه أو لا- انه صرح في رسالته بانه لو سلم وجود ملاك الطريقة فيها مع انه ممنوع و لكن بما ان دليلها بناء العقلاء، و هو كما يمكن ان يكون من جهة الطريقة يمكن ان يكون لمصلحة اخرى كحفظ نظام المعاشرة و نحوه، فلا يثبت باصالة الصحة الا الآثار الشرعية المترتبة عليها، اما ما يتوقف عليه الصحة، أو ملازمها مطلقا، أو ما يلزمها فلا يثبت بها، اصف الى ذلك ما حققناه في تلك المسألة و اثبتنا انها من الاصول التعبدية لا من الامارات، فلا يثبت بها الفسخ و أما احتمال كون التصرف صحيحا لاحراز رضا صاحبه، فلا اصل يحرز به عدمه، و على هذا فمع الشك لا أصل يحرز به ارادة الفسخ و أما الثاني فاحتمال كونه فضوليا يدفع بالاصل، و المراد به ظهور الاطلاق و عدم التقييد بكونه للغير، و هذا الظهور متبع عند العقلاء، و لكن لا ساد لاحتمال كون التصرف عدوانيا كما تقدم فلا يحكم بالنفوذ، منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٥

مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، أو يحصل قبله متصلا به.

إشارة

و بعبارة اخرى التصرف سبب، أو كاشف فيه، (١) وجهان. بل قولان، من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسحا، أو اجازة، و انه فسخ فعلى في مقابل القولى، و ظهور اتفاقهم على ان الفسخ بل مطلق الانشاء لا- يحصل بالنية، بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل، و مما عرفت من التذكرة و غيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح. و من المعلوم انه لا يسان عنه الا إذا وقع الفسخ قبله، و إلا لوقع الجزء الأول منه محرما و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسحا على كونه دالا عليه، و ان لم يتحقق به، و هذا المقدار يكفى في جعله مقابلا للقول، و يؤيده ما دل من الاخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخيار، و ان اعتبر كونه مكشوبا عنه بالتصرف. و قد عرفت هناك التصريح بذلك من الدروس، و صرح به في التذكرة ايضا، حيث ذكر ان قصد المتبايعين لأحد عوضى الصرف قبل التصرف رضا بالعقد، فمقتضى المقابلة هو كون كراهة العقد باطنا و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرف.

الفعل كاشف

(١) مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به و بعبارة اخرى التصرف سبب أو كاشف فيه وجهان بل قولان لا يخفى ان الموجب لحمل التصرف على الكاشف دون السبب، مع ان الفسخ من الايقاعات، و الظاهر تسالمهم على احتياجها الى الانشاء، و ان ما ينشأ به العقد أو الايقاع سبب لا كاشف، انما هو احد المحاذير التي ذكروها في المقام.

الاول- ان الفعل ليس قابلا للانشاء ذكره المصنف (رحمه الله)

قال ان الفعل لا- إنشاء فيه فالمنشأ يحصل بارادته المتصلة بالفعل، لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه و يرد عليه اولا النقص، بالمعاطاة المفيدة للملك التي هي بيع عنده، و انشأ بها البيع منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٦

و يؤيده انهم ذكروا انه لا يحصل الاجازة بسكوت البائع ذى الخيار على وطئ المشتري معللا، بأن السكوت لا يدل على الرضا، فإن

هذا الكلام ظاهر في ان العبرة بالرضا، و صرح في المبسوط بأنه لو علم رضاه بوطء المشتري سقط خياره، فاقصر في الاجازة على مجرد الرضا. و أما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية، فمرادهم بها نية الانفساخ اعنى الكراهة الباطنية، لبقاء العقد، و البناء على كونه منفسخا من دون ان يدل عليها بفعل مقارن به. و أما مع اقترانها بالفعل، فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفى فيه الفعل، إذ كلما يكفى فيه الفعل من الانشاءات و لا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل، (١) لأن الفعل لا إنشاء فيه، فالمنشئ يحصل يارادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالاته عليه. نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا، (٢) لأن اللفظ ابدا مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ. و قد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة،

اللهم الا ان يقال انه ملتزم فيها ايضا بذلك، كما يظهر من قوله.

(١) كلما يكفى فيه الفعل من الانشاءات و لا- يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل و ثانيا: انه لا فرق بين القول و الفعل- و المختار عندنا و ان كان حصول المنشأ قبل اظهاره بالقول أو الفعل، و هو مبرز له لا سبب كما حققناه في اول الجزء الاول من هذا الشرح- الا- ان ذلك فيهما على حد سواء، و أما من يرى حصول المنشأ بالقول لا سبيل له الى منع حصوله بالفعل، فان الفعل احد الدوال لان قوام الدلالة بالكشفية النوعية عن المراد، و هذه لا تختص باللفظ، و لا فرق في ذلك بين الاخبار و الانشاء. و ظنى ان المصنف (رحمه الله) كان في ذهنه انه في باب الانشاءات مطلقا، يتحقق المنشأ باعتبار المنشئ و ارادته و اللفظ أو الفعل كاشف عن ذلك، و مظهر له، لا- انه آله لإيجاده كما اخترناه و بينا انه لا يعقل ايجاد ذلك المعنى باللفظ- و يعرب عن ذلك قوله- بعد منع حصول المنشأ بالفعل.

(٢) نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا لأن اللفظ ابدا مسبوق بالقصد و كيف كان فالفرق بين القول و الفعل مما لا وجه له اصلا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٧

ان اللازم بناء على القول بتضمن الوطاء للفسخ عود الملك الى الواطئ مع الوطاء أو قبيله، فيكون حلالا هذا أو كيف كان، فالمسألة ذات قولين ففي التحرير قوى جهة الواطئ الذى يحصل به الفسخ، و ان الفسخ يحصل بأول جزء منه، فيكشف عن عدم الفسخ قبله، و هو لازم كل من قال بعدم صحة عقد الواهب الذى يتحقق به الرجوع كما فى الشرائع و عن المبسوط و المهذب و الجامع. و الحكم فى باب الهبة و الخيار واحد، و توقف الشهيد فى الدروس فى المقامين مع حكمه بصحة رهن ذى الخيار، و جزم الشهيد و المحقق الثانى بالحل، نظرا الى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن، ثم انه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الافعال فلا اشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ، فيترتب عليها آثارها فيصح بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها للملك و لو قلنا بحصوله بنفس الافعال، فينبغى عدم صحة التصرفات المذكورة كالبيع،

و العتق من حيث عدم مصادفتها للملك العاقد التى هى شرط لصحتها. و قد يقرر المنع بما فى التذكرة عن بعض العامة من ان الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، (١)

كما ان التكبير الثانية فى الصلاة بنىء الشروع يخرج بها عن الصلاة و لا

و ان تم هذا الوجه أى حصول المنشأ قبل ابرازه بالفعل- أو قبل ابرازه مطلقا كما اخترناه، يرتفع جميع الاشكالات حتى فى الوطاء، لانه يقع بعد تحقق الملك فإذا نحن فى فسحة من هذه الايرادات.

(١) الثانى ما نقله العلامة (رحمه الله) عن بعض العامة و هو ان الشئ الواحد لا يعقل ان يكون فسخا و عقدا و هذا الوجه يختص

بالوضعيات كالبيع و حاصله ان الفسخ و العقد متقابلان فلا يعقل ان يجتمعا في واحد و فيه: انهما متقابلان بالاضافة الى شىء واحد، كملكية عين لزيد و حل تلك الملكية في زمان واحد، و أما العقد على ملكيتها لزيد و حل ملكية عمرو، فهما ليسا متقابلين، و المقام من قبيل الثاني كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٨

يشرع بها في الصلاة، و بان البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع، (١) و اجاب في التذكرة عن الاول بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد بشىء واحد، بالنسبة الى شيئين. و اجاب الشهيد عن الثاني بمنع الدور التوقفي و ان الدور معي، (٢) و قال في الايضاح ان الفسخ يحصل بأول جزء من العقد، و زاد في باب الهبة قوله فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد، انتهى. و قد يستدل للصحة بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كاف كمن باع مال غيره، ثم ملكه. اقول: ان قلنا، بأن الاستفادة من ادلة توقف البيع و العتق على الملك، نحو قوله لا-بيع إلا- في ملك و لا عتق إلا في ملك هو اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأن صحة العقد حينئذ تتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من اجزائه فسحا كان سببا لتملك العاقد مقدما عليه، لأن المسبب انما يحصل بالجزء الاخير من سببه،

(١) الثالث ان التصرفات المتوقفة على الملك قسما اعتباري و خارجي و صحة التصرف الاعتباري كالبيع متوقفة على كون المبيع مملوكا له قبل البيع، و كونه مملوكا له يتوقف على ان يكون قوله بعتك فسحا، و كونه فسحا متوقف على كونه مبيعا- فالبيع يتوقف على الملك، المتوقف على الفسخ، المتوقف على البيع، و هذا دور واضح- و جواز التصرف الخارجى كالوطئ يتوقف على الملك، فبالوطء مثلا يتحقق الملك و الحلية المترتبة عليه في رتبة واحدة.

(٢) قوله و اجاب الشهيد عن الثاني بمنع الدور التوقفي و ان الدور معي الظاهر ان مراد الشهيد من الدور المعنى: ان الفسخ المحقق، للملك، و البيع أى النقل العرفي، هما معا معلولان للعقد، و هما معا متلازمان، و لا يكون كل منهما علّة للآخر: و ان الملك شرط للبيع الحقيقي موجب للتقدم الرتبي، لا الزماني و لم يدل دليل على استحالة كون شىء واحد سببا، للشرط، و المشروط معا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٩

فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سببا للتملك. كان الملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء، و إلا لزم تقدم وجود المسبب على السبب و الجزء الذى لا يتجزأ موجود، (١) فلا يكون سببا مع أن غاية الامر حينئذ المقارنة بينه و بين التملك.

و قد عرفت ان الشرط بمقتضى الادلة سبب التملك على جميع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفية.

و أما دخول المسألة فيمن باع شيئا ثم ملكه، فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا في مسألة الفضولي من توقف لزوم العقد المذكور على الاجازة، الا ان يقال ان المتوقف على الاجازة عقد الفضولي و يبيعه للمالك. و أما يبيعه لنفسه نظير الغاصب، فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد، لكن هذا على تقدير القول به و الاغماض عما تقدم في عقد الفضولي لا يجرى في العتق الغير القابل للفضولي.

و ان قلنا ان الاستفادة من تلك الادلة هو عدم وقوع البيع الغير المؤثر في نقل مال الغير بغير اذنه، (٢) فالممنوع شرعا تمام السبب في ملك الغير، لا- وقوع بعض اجزائه في ملك الغير و تمامه في ملك نفسه، لينقل بتمام العقد الملك الحادث ببيعه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل الى البائع بأول جزء منه، و هذا لا يخلو عن قوة إذ لا دلالة في ادلة

(١) قوله و الجزء الذى لا يتجزى غير موجود اورد عليه المحقق الايرواني (قدس سره) بان وجوده لا يدفع الاشكال: إذ الملك يتاخر عن ذلك الجزء ان حصل الفسخ به فيلزم الاشكال و فيه: ان فرض الجزء الذى لا يتجزى فرض جزء، لا يمين له، و لا يسار، فلا يتصف

بهما من حيث فرض التوسط فيه، و مثل هذا الجزء لا قبل له، و لا بعد، كى يقال ان الملك حصل بعده.

و المصنف (قدس سره) اجاب عن المحذور فى التصرف الاعتبارى بوجهين.

(٢) احدهما ان المستفاد من دليل توقفه على الملك ليس اعتبار وقوع الانشاء فى ملك المنشئ حتى يحكم بالبطلان من جهة ان

صحة العقد حينئذ تتوقف على تقدم الملك على جميع اجزاء العقد لتقع فيه قضاء لحق الظرفية

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٦، ص: ٣٩٠

اعتبار الملكية فى المبيع الا على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، و الحصر فى قوله لا بيع الا فى ملك اضافى بالنسبة الى البيع فى

ملك الغير، او فى غير ملك كالمباحات الاصلية، فلا يعم المستثنى منه البيع الواقع بعضه فى ملك الغير و تمامه فى ملك البائع، هذا،

مع انه يقرب ان يقال ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد (١) لان العرف لا يفهمون من لفظ البيع الا هذا

المعنى المأخوذ فى قولهم بع. و حينئذ، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل

بتمامه، فيقع النقل فى الملك، و كذا الكلام فى العتق و غيره من التصرفات القولية عقدا كان أو ايقاعا.

و لعل هذا معنى ما فى الايضاح (٢) من ان الفسخ يحصل بأول جزء، و بتمامه يحصل العتق. نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ

كالوطى و الأكل و نحوهما لا- وجه لجواز الجزء الاول منها، فإن ظاهر قوله تعالى: (إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) اعتبار

وقوع الوطء فيما اتصف بكونها مملوكة، فالوطى المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا،

بل المستفاد منه عدم وقوع البيع مثلا فى ملك الغير فالممنوع شرعا تمام السبب فى ملك الغير لا وقوع بعض اجزائه فى ملك الغير و

تمامه فى ملك نفسه و بالجملة لا دلالة فى ادلة اعتبار الملكية فى المبيع، الا على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، فلا تعم تلك

الادلة البيع الواقع بعضه فى ملك الغير.

(١) ثانيهما ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد و حينئذ فالفسخ يحصل باول جزء من العقد و النقل

يحصل بتمامه فيقع فى الملك و أما فى التصرف الخارجى، كالوطى، فالترم بحرمة الجزء الاول منه، ان دل الدليل على عدم حصول

الفسخ قبيل التصرف.

(٢) قوله و لعل هذا معنى ما فى الايضاح المشار إليه اصل التوجيه لا خصوص الوجه الثانى

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٦، ص: ٣٩١

و توهم ان الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به (١) قولاً- كان أو فعلاً- فإن معنى جواز الفسخ لأجل الخيار، الجواز

الوضعى اعنى الصحة لا التكليفى،

فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ، كما لا يخفى.

مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحه ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بينه و بين ما دل

على عدم جواز ذلك التصرف الا إذا وقع فى الملك.

و بالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان فى المسألة، لا يخلو عن قوة، و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعا، و

هذا هو الظاهر من الشيخ فى المبسوط، حيث جوز للمتصارفين تباعى النقدين. ثانيا فى مجلس الصرف و قال ان شروعهما فى البيع قطع

لخيار المجلس، مع ان الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقف على الملك، لكنه فى باب الهبة لم يصحح

البيع الذى يحصل به الرجوع فيها معللا بعدم وقوعه فى الملك.

(١) قوله و توهم ان الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به حاصل التوهم: ان ما دل على سلطته ذى الخيار على الفسخ،

مقتضاه جوازه،

و عدم حرمة: لان ظاهر ما تضمن ان لك الفسخ، انه لا مانع منه تكليفا و مقتضى اطلاقه جواز كل تصرف حتى المتوقف على الملك كالوطئ.

و في كلامه (قدس سره) مواقع للنظر الاول ما افاده من انه لو كان المستفاد من الادلة، اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ، كان المتعين البناء على البطلان: لان صحته حينئذ تتوقف على تقدم الملك قضاء لحق الظرفية فانه يرد عليه، ان الظرفية تقتضى المقارنة، و ينافيها التقدم إذ الظرفية و المظروفية متضايقتان، و هما متكافئتان في القوة و الفعلية، و عليه فمقتضى الظرفية تقارن الملكية و الانشاء زمانا الثاني ما افاده من ان المراد بالبيع هو النقل العرفي، و هو يحصل بتمام السبب، و الفسخ يتحقق باول جزء منه فيكون الملك سابقا عليه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٢

فرع لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له (١) فقال: اعتقهما فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد، لأن الفسخ مقدم على الاجازة. و فيه انه لا دليل على التقديم في مثل المقام مما وقع الاجازة و الفسخ في طرف واحد دفعة، سواء اتحد المجيز و الفاسخ، كما المقام أو تعدد، كما لو وقعا من و كيلي ذى الخيار دفعة واحدة

فانه يرد عليه: ان الفسخ ايضا يحصل بتمامه إذ ليس كل قول أو فعل فسخا بل ما يكون دالا عليه و هو العقد بتمامه الثالث: ما افاده من انه مع عدم الالتزام بحصول الفسخ قبيل التصرف لا بد من البناء على عدم جواز الجزء الاول فانه يرد عليه ان المستفاد من الادلة عدم جواز التصرف المزبور في ملك الغير و حيث ان هذا التصرف ينشأ به الفسخ فيصير ملكا له مقارنا له و لا دليل على حرمة التصرف مع عدم سبق الملك- و بالجملة و هذه التصرفات جائزة مع الملك و المفروض هو ذلك فالحق في المقام ان يقال انه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل التصرف كما اخترناه فلا اشكال و الا- ففي التصرف الاعتباري بما ان المستفاد من الادلة هو اعتبار كون النقل الحاصل من العقد في ملكه- و المفروض حصول الفسخ بالعقد فيتحقق الفسخ و البيع في زمان واحد مع تقدم الفسخ آنا ما و لا إشكال و في التصرف الخارجى يكون التصرف مقارنا مع الملك و لا يعتبر في الجواز ازيد من ذلك و الله العالم.

لو اشترى عبدا بجارية

(١) قوله لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له محل البحث موارد الأول: ما إذا كان الخيار للمشتري.

الثاني: ما إذا كان الخيار للبائع.

الثالث: ما إذا كان الخيار لهما.

اما المورد الاول فتارة لا يقصد به الاجازة و لا الفسخ، و اخرى يقصد هما معا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٣

انما المسلم تقديم الفسخ الصادر من احد الطرفين على الاجازة الصادرة من الطرف الآخر، لأن لزوم العقد من احد الطرفين بمقتضى اجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر، كما لو كان العقد جائزا من احدهما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد و نحوه في الضعف، القول بعق العبد، لأن الإجازة إبقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار.

و فيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس. (١) نعم الاصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق اصلا، و هو الاقوى، كما اختاره جماعة منهم العلامة في التذكرة و القواعد و المحقق الثاني في جامع المقاصد، لأن عتقهما معا لا ينفذ، لأن

العتق لا- يكون فضوليا، و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل، لأن ملك احدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك. و لو كان الخيار فى الفرض المذكور لبائع العبد بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار

و ثالثة: يقصد الفسخ، و رابعة: يقصد الاجازة.

اما فى الصورة الاولى فيتحقق عتق العبد خاصة، لورود الانشاء على ماله و مال غيره فيؤثر فى الاول.

و أما فى الصورة الثانية، فان كان متوجها الى تنافيهما لا يتحقق القصد اليهما و ان لم يكن ملتفتا الى ذلك- فحيث ان الاجازة و هى ابرام العقد و الفسخ و هو حله و رفعه متنافيان، فلا يمكن تحققهما معا، و تحقق احدهما دون الآخر بلا مرجح، و مسألة تقديم الفسخ على الاجازة، غير مربوطة بالمقام كما فى المتن فلا يقع شئ منهما و أما العتقان فلا يقعان معا، يقع عتق العبد خاصة لحصول شرطه و هو الملك، و لا يقع عتق الجارية لعدم الملك و ما افاده- المصنف (رحمه الله)

(١) من ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس و توضيحه: ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله) من ان عتق الجارية كما يتوقف على الفسخ كذلك عتق العبد يتوقف على الاجازة فانه و ان كان مملوكا له فعلا الا ان نفوذ عتقه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٩٤

و عتق الجارية على جواز عتق الفضولى. و الثانى غير صحيح اتفاقا، و سيأتى الكلام فى الأول و ان كان الخيار لهما.

ففى القواعد و الايضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية و يكون فسحا،

لأن عتق العبد من حيث انه ابطال لخيار بائعه غير صحيح بدون اجازة البائع و معها يكون اجازة منه لبيعه و الفسخ مقدم على الاجازة، و الفرق بين هذا و صورة اختصاص المشتري بالخيار، ان عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحا لازما، بخلاف ما نحن فيه. نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشتري فى زمان خيار البائع، كان الحكم، كما فى تلك الصورة.

يتوقف على امضاء العقد، و امضائه يتوقف على عدم كون عتق الجارية فسحا كما فى العكس يرد عليه: ان عتق العبد لا يتوقف على امضاء العقد إذ لا يشترط فيه سوى الملك الموجود، و انما يتوقف عتق الجارية على الفسخ من، جهة كون الفسخ سببا للملك الذى هو شرط العتق فلا يكون التوقف من الطرفين.

و أما فى الصورة الثالثة: فقد افاد السيد الفقيه ان الاقوى، صحة كليهما، و حصول الفسخ فينتقل الى بدل العبد، و ذلك لان المقتضى للصحة موجود فى كليهما، و لا منافاة، اما فى الجارية فلان الفرض ان له الفسخ و اعتقها بهذا العنوان، و أما فى العبد فلان صحة عتقه لا تتوقف على قصد الاجازة إذ هو مملوك له فعلا و هذا كاف فى صحته، و لا بأس به.

و أما فى الصورة الرابعة، فالظاهر صحة عتق العبد فقط إذ صحة عتق الجارية متوقفة على قصد الفسخ و المفروض عدمه فلانما فى لعتق العبد.

و أما المورد الثانى: فان قلنا بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار فى مدة الخيار تصرفا يمنع عن استرداد العين فسد عتق العبد- و الاصح و أما عتق الجارية فهو لا يصح على أى حال لفقد شرطه و هو الملك و بطلان الفضولى فى الايقاع.

و أما المورد الثالث فبناء على نفوذ تصرف من عليه الخيار كان حكم هذا المورد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٩٥

مسألة من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين (١)

إشارة

عند الفسخ على قول الشيخ، والمحكى عن ابن سعيد في جامع الشرائع. و ظاهر جماعة من الاصحاب منهم، العلامة في القواعد، و المحقق و الشهيد الثانيان قدس سرهم بل في مفتاح الكرامة في مسألة عدم انتقال حق الرجوع في الهبة الى الورثة، ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الاكثر. و عن جماعة في مسألة وجوب الزكاة على المشتري للنصاب بخيار للبائع ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع. بل ظاهر المحكى عن الجامع، كعبارة الدروس عدم الخلاف في ذلك حيث قال في الجامع و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار، و قيل بالعقد، و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع و سيجيء عبارة الدروس، هذا.

و لكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعد مثلهما مخالفا في المسألة، و الموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري اولهما. بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد. و كذا ظاهره في باب الزكاة

حكم المورد الاول،

و ان بنينا على عدم النفوذ، فلا يصح عتق العبد بدون اذن البائع و مع الاذن الذي حقيقته امضاء العقد من ناحية البائع يصح العتق، و يكون حكمه حكم الصورة الثالثة من المورد الاول، و يصح عتق الجارية على التقديرين و الفسخ هذا إذا قصد به الفسخ،

و الا بطل عتق الجارية ايضا و الله العالم

حكم تصرفات غير ذى الخيار جواز أو منعا

(١) قوله من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع عن استرداد العين كلمات القوم في المقام مضطربة لا يستفاد منها فتوى مسلمة عندهم لاحظ المتن حيث انه نقل كلمات جماعة منهم فالاولى البحث فيما يستفاد من الادلة منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٦

حيث حكم بوجوب الزكاة في النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار نعم استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر منه أن المصنف معترف بمنشأ الأشكال.

و كذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن، و ان اعترض عليه جامع المقاصد بما مر من المسالك، لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف جواز التصرف.

و كذا صريح كلام الشهيد في الدروس، حيث قال في باب الصرف: لو باع أحدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرق، فالوجه الجواز وفاقا للفاضل، و منعه الشيخ قدس سره لأنه يمنع الآخر من خياره، ورد بأننا نقول ببقاء الخيار، انتهى.

و صرح في المختلف في باب الصرف بأن له ان يبيع ماله من غير صاحبه،

و لا يبطل حق خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع، و هو ظاهر اللمعة، بل صريحها في مسألة رهن ما فيه الخيار، و ان شرحها في الروضة بما لا يخلو عن تكلف هذا.

و يمكن ان يقال ان قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشؤه القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه، و إلا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم ابطال حق الخيار، بل المتعين حينئذ الاستناد الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار، بل لعل القول بعدم الانتقال منشؤه كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم، كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف في الدروس، قال في تملك المبيع بالعقد، أو بعد الخيار، بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه ان الناقل العقد و الغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه و ان غاية الملك

التصرف الممتنع في مدة الخيار، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام كالمتقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلما بين القولين، الا ان يراد به نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ ولا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ و التصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة. و هذا الاحتمال و ان بعد عن ظاهر عبارة الدروس، الا انه يقربه انه (قدس سره) قال بعد اسطر: ان في جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار وجهين.

و الحاصل ان كلمات العلامة و الشهيد بل و غيرهما (قدس سرهم) في هذا المقام لا يخلو بحسب الظاهر عن اضطراب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٧

ثم ان الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره من التصرفات، و ربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب. و كذا الظاهر عدم الفرق بين الاتلاف و التصرفات الناقلة.

و اختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف و تجويز غيره، لكن مع انفساخه من اصله عند فسخ ذى الخيار، و قيل بانفساخه من حينه.

و الاقوال المستفادة منها ثمانية.

(١) الجواز مطلقا.

(٢) عدم الجواز ذلك.

(٣) جواز الاتلاف تكليفا و المنع عن التصرف المعاملى نسب الى المحقق الخراساني.

(٤) عكس ذلك و هو المنسوب الى صاحب المقاييس.

(٥) الجواز مطلقا- الا انه لو فسخ يبطل اما من حين الفسخ أو من اصله.

(٦) الفرق في التصرفات الناقلة بين العتق و غيره فلا ينفذ العتق و ينفذ غيره.

(٧) الفرق بين الخيار الاصلى و ما يكون بجعل المتعاقدين.

(٨) الفرق بين ما يكون ثابتا بالفعل و ما يكون ثابتا فيما بعد و تنقيح القول بالبحث في موارد احدها انه، هل يجوز تكليفا تصرف غير

من له الخيار بالتصرف المانع عن استرداد العين، ام لا- ثانيها، هل ينفذ تصرفه المعاملى، ام لا- ثالثها، هل حكم الخيار المجعول

للمتعاقدين حكم المجعول الشرعى، ام لا- رابعها، انه على فرض النفوذ، هل يجبر على فسخه ان كان له ذلك، ام لا خامسها، على

فرض النفوذ، هل لذى الخيار الفسخ أو يفسخ بفسخه للبيع الاول،

ام لا سادسها، انه على المنع، هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار، ام لا سابعها، بناء اعلى عدم الجواز، هل يجوز التصرف الذى يكون

في معرض

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٨

حجة القول بالمنع، ان الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما بحل العقد الى ملكهما السابق، فالحق بالآخرة

متعلق بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه فلا يجوز ان يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق باتلافها أو نقلها الى شخص آخر (١)

التفويت كالوطئ الذى هو فى معرض الاستيلاء ام لا ثامنهما، بناء على المنع هل يمنع عن نقل المنافع ايضا ام لا.

يجوز تصرف غير ذى الخيار تكليفا

اما الاول: فقد استدل لعدم الجواز بوجوه احدها توقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار فهو في زمان الخيار لمن له الخيار فلا يجوز لغيره التصرف فيه وفيه ما سيجيء من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار.

الثاني: ان الخيار حق متعلق بالعين، فلا يجوز التصرف فيها بما يمنع عن استرداد العين لكونه موجبا لفوات الحق، وعبارة اخرى يكون ذلك موجبا لانعدامه فلا يجوز وفيه اولا ما تقدم من كون حق الخيار متعلقا بالعقد لا بالعين، لا بها مستقلا ولا بها وبالعقد بحيث يكون الثابت حقيين، كيف وقد اسند الوجوب والخيار في الاخبار الى البيع والعقد لا العوضين، مضافا الى ان حقيقة الفسخ ذلك كما تقدم، مع انهم اتفقوا على ان لذي الخيار حق الفسخ حتى مع تلف العين، فيستكشف من ذلك كونه سنخ حق لا يفوت بالتلف فالاتلاف لا يكون معدما لموضوع الحق والالتزام بحقين كما ترى بلا ملزم ولا وجه و ثانيا: ان لازم هذا الوجه هو القول الخامس وهو الجواز مراعى بعدم الفسخ: إذ هذا لا ينافى مع الخيار المتعلق بالعين.

(١) الثالث- ما نقله في المتن و اوضحه المحقق النائيني (قدس سره) وهو ان حق الخيار و ان لم يكن متعلقا بالعين و لكن يمكن ان يكون متعلقا بالعقد على نحو الموضوعية، و يمكن ان يكون طريقا، و الغرض منه استرجاع العين بشخصها أو بما لها من المالىة فلو كان موضوعيا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٩

و منه يظهر ان جواز الفسخ مع التلف بالرجوع الى البدل لا- يوجب جواز الاتلاف، لأن الحق متعلق بخصوص العين، فالاتلاف اتلاف لهذا الحق، و ان انتقل الى بدله لو تلف بنفسه، كما ان تعلق حق الرهن ببدل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز اتلافها على ذى الحق.

و إلى ما ذكر يرجع ما فى الايضاح من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانته حق البائع فى العين المعينة عن الابطال. و يؤيد ما ذكرنا انهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأن التصرف الناقل إذا وقع باذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقا متعلقا بالعين، لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار، فان تلف العين لا ينافى بقاء الخيار لعدم منافاة التصرف «التلف» لعدم الالتزام بالعقد و ارادة الفسخ باخذ القيمة هذا غاية ما يمكن ان يقال فى توجيه المنع، لكنه لا يخلو عن نظر، فإن الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاسخ فى حال تلف العينين، هى سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن فى حالتى وجود العين و فقدها، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار

صرفا يجوز تصرف من عليه الخيار بجميع انحاء التصرفات الا ان هذا باطل- فانحصر فى الوجهين على الطريقيه و مبنى الوجهين انه لو كان المدار فى باب الضمان على قيمة يوم الاداء لبقاء العين التالفة فى عهدة الضامن فلازمه وجوب حفظها ليمكن المضمون له عن استرجاع العين فلا يجوز التصرفات الناقله و المتلفه و ان قلنا بان المدار على قيمة يوم التلف فلازمه ان يكون مالىتها المتقدرة فى عهدة الضامن، فتجوز تلك التصرفات لان ما فى الذمة هو القدر المشترك بين العين و بدلها و يكون حفظ العين من المقدمات الوجوبية للواجب، و حيث اخترنا ان المدار على قيمة يوم الاداء فلا يجوز التصرفات المانعة.

و فيه اولا: انا لا نفهم معنى كون الخيار متعلقا بالعقد، على نحو الطريقيه، فهل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠٠

على حكم التلف «التصرف» جوازا و منعاً، فالمرجع فيه ادلة سلطنة الناس على اموالهم، أ لا ترى ان حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين، و مجرد الفرق بينهما بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد، فالملك مستقر قبل الاخذ بها، غاية الامر تملك الشفيع نقله الى نفسه بخلاف الخيار، فإنها سلطنة على رفع العقد، و ارجاع الملك الى الحالة السابقة لا يؤثر فى الحكم المذكور، مع ان الملك فى

الشفعة اولى بالترزول لابطالها تصرفات المشتري اتفاقا و أما حق الرهن فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب ابقائه و عدم السلطنة على اتلافه مضافا الى النص و الاجماع على حرمة التصرف فى الرهن مطلقا و لو لم يكن متلفا و لا ناقلا.
و أما سقوط الخيار بالتصرف الذى اذن فيه ذو الخيار، فللدلالة العرف لا للمنافاة. و الحاصل ان عموم الناس مسلطون على اموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذى الخيار

المراد ان تعلقه بالعقد بنحو الواسطة فى العروض، بحيث يكون واقعا متعلقا بالعين و بالعرض و المجاز مستندا الى العقد، فهذا يرجع الى الوجه السابق الذى عرفت ما فيه،

أو المراد ان تعلقه به بنحو الواسطة فى الثبوت، بحيث يكون اولاً- متعلقا بالعقد، و ثانياً بالعين فيكون هناك خياران، احدهما متعلق بالعقد، و الآخر بالمال، فهذا امر معقول الا انه يحتاج الى الدليل، و ما بأيدينا من الادلة، لا تدل على ازيد من ثبوت خيار واحد متعلق بالعقد،

و الوجهان فى باب الضمان غير مربوطين بالمقام، إذ الخيار لو كان متعلقا بالعقد جاز التصرفات حتى بناء اعلى كون المدار فى الضمان على قيمة يوم الاداء، لانه تصرف فى ماله و المفروض عدم كونه متعلقا لحق الغير،

و دعوى: ان حفظ المال على هذا المسلك من المقدمات الوجودية للواجب،

غريبة إذ قبل الفسخ لا يكون التكليف بالضمان ثابتا كى يكون من المقدمات الوجودية، فلا محالة يكون من المقدمات الوجوبية، و لو كان الخيار متعلقا بالعين لم يجز،

و لو كان المدار فى باب الضمان على قيمة يوم التلف لكونه منافيا لحق الغير فلا يجوز و ثانيا يرد عليه ما اوردها على الوجه السابق من ان لازم هذا الوجه هو القول الخامس.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠١

يزاحم به سلطنة المالك، فالجواز لا يخلو عن قوة فى الخيارات الاصلية.

و أما الخيارات المجعولة بالشرط، فالظاهر من اشتراطها ارادة ابقاء الملك ليسترده عند الفسخ. بل الحكمة فى اصل الخيار هو ابقاء السلطنة على استرداد العين الا- انها فى الخيار المجعولة علة للجعل، و لا ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف، (١) كما لا يخفى، و عليه فيتعين الانتقال الى البديل عند الفسخ مع الاتلاف. و أما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاتيلاذ، ففى تقديم حق الخيار لسبقه، أو الاتيلاذ (٢) لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين، مع وجود المانع الشرعى، كالعقلى،

وجهان أقواهما الثانى و هو اللائح من كلام التذكرة فى باب الصرف حيث ذكر ان صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و انه ينتقل الى البديل لانه إذا جاز التصرف فلا داعى الى اهمال ما يقتضيه التصرف، من اللزوم و تسلط العاقد الثانى على ماله عدا ما يتخيل من ان تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الاول، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كان لم يكن و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود.

(١) قوله و لا- ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف وجه المنافاة ان هناك خيارا و شرطا، و لو تلف ينتفى موضوع الشرط و يبقى الخيار بحاله.

(٢) قوله ففى تقديم حق الخيار لسبقه أو الاتيلاذ ... وجهان ان قلنا بان حق الاتيلاذ انما يمنع عن نقلها اختيار أو لا يمنع عن نقلها بغير الاختيار، لا إشكال فى تقدم حق الخيار،

و ان قلنا بكونه مانعا عن نقلها مطلقا، فبناء اعلى تعلق حق الخيار بالعقد دون العين و جواز الوطاء، لا إشكال فى تقديم حق الاتيلاذ

فان حاله حال ساير التصرفات الناقلة،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠٢

...

و ان قلنا بتعلقه بالعين، فان كان الوطاء باذن من له الخيار كان ذلك مسقطا لخياره على ما سيأتى و ان كان بدون اذنه حرم الوطاء ام جاز، قدم حق الاستيلاء لان حق الخيار له بدل، و هو الفسخ واخذ البدل و هو لا بدل له، و ان شئت قلت ان حق الخيار و ان تعلق بالعين، الا ان ذلك مع بقائها، و أما مع تلفها فينتقل الى بدلها و دليل حق الاستيلاء يجعل المانع فلا تعارض بينهما بل يعمل بكليهما.

الرابع ما استدل به على مذهب الشيخ من عدم انتقال العوضين قبل انقضاء زمان الخيار خصوصا صحيح ابن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة و يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال (عليه السلام) على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري، «١» بدعوى ان مقتضاء و ان كان عدم الملكية، الا انا اذا لم نقل بذلك، فاقرب المجازات الحمل على ارادة عدم جواز التصرف في زمان الخيار و فيه اولا انه مختص ببعض الخيارات و ثانيا: انه لو دل على ذلك لدل على جواز التصرف غير المنافي ايضا، و عدم جواز تصرف من له الخيار، فالمتعين حمله على ارادة معنى آخر و سيجيء فالتحصّل مما ذكرناه هو جواز التصرفات من غير فرق بين صورة الفسخ و عدمه.

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠٣

و الحاصل ان العاقد الثانى يتلقى الملك من المشتري الاول، فإذا فرض الاثراء كان لم يكن، و ملك البائع الاول العين بالملك السابق قبل البيع، ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى، و يمكن دفعه بأن تملك العاقد الثانى مستند الى تملك المشتري له آنا ما، لان مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات و اقتضاء الفسخ، لكون العقد كأن لم يكن، بالنسبة الى ما يعد الفسخ، لانه رفع للعقد الثابت. و قد ذهب المشهور الى انه لو تلف احد العوضين قبل قبضه، و قد بيع العوض الآخر المقبوض، انفسخ البيع الاول دون الثانى، و استحق بدل العوض المبيع ثانيا على من باعه. و الفرق بين تزلزل العقد من حيث انه امر اختيارى كالخيار، أو امر اضطرارى كتلف عوضه قبل قبضه، غير مجد فيما نحن بصدده، ثم انه لا فرق بين كون العقد الثانى لازما أو جائزا، لان جواز العقد يوجب سلطنة العاقد على فسخه لا سلطنة الثالث الاجنبى. نعم يبقى هنا الزام العاقد بالفسخ، بناء على ان البدل للحيلولة و هى مع تعذر المبدل و مع التمكن يجب تحصيله

يجوز تصرف من عليه الخيار وضعاً

و أما المورد الثانى فعلى القول بعدم جواز التصرف تكليفا ربما يقال كما فى حاشية السيد: ان مقتضى القاعدة بطلان التصرفات الناقلة: لان الوجه فيه انما كان تعلق الحق بالعين، و هو مانع عن النفوذ ايضا، و هل يكون باطلا صرفا، او حاله حال عقد الفضولى، فيصح بعد انقضاء زمان الخيار مع الاجازة، أو يصح من ذلك الحين بلا اجازة و جوه و الاقوى هو الاول: لان البيع حين صدوره كان مع المانع، و لازمه بطلانه إذ مقتضاه التأثير من حينه، و لا يمكن ذلك بالفرض،

و كونه مراعى مستلزم لتخلف المعلول عن علتة، و الفرق بينه و بين بيع الفضولى واضح يرد عليه اولاً: ان تعلق الحق لا يكون مانعاً عن النفوذ، فانه يلتزم بنفوذ العقد الثانى، و لكن بما ان للبائع الاول حق ارجاع المبيع الى نفسه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٤

الا ان يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر باقياً على ملك مستحق البدل كما فى المغضوب الآبق.

اما فيما نحن فيه، فان العين ملك للعاقده الثانى، و الفسخ انما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض و هو العاقده الاول، فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقده الثانى، فيستقر بدله على العاقده الاول، و لا دليل على الزامه بتحصيل المبدل مع دخوله فى ملك ثالث، و قد مر بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن،

هذا، و لكن قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس و الجامع، الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان

فالمبيع فى البيع الثانى يكون مقيداً بهذا العنوان، و لازم ذلك كون العقد الثانى ايضاً منحللاً بحل الاول: لاقتضاء الفسخ الذى يكون سبباً لتلقى الملك من المفسوخ عليه ذلك و ثانياً: انه لو سلم البطلان، فالحق انه يصح بعد انقضاء الخيار بلا احتياج الى الاجازة: فان العقد حين تحققه، و ان لم يؤثر الا ان عدم التأثير كان لاجل المانع، فبعد ارتفاعه لا مانع من تأثيره، و لا يلزم من كونه مراعى تخلف المعلول عن العلة، هذا إذا قلنا بعدم جواز التصرف من جهة تعلق الحق بالعين و أما لو قلنا به للتعبد فعدم الفساد واضح إذ الحرمة لا تستلزم الفساد- و أما على القول بجواز التصرفات تكليفاً كما اخترناه فمقتضى القاعدة نفوذ التصرفات و هو واضح.

و أما المورد الثالث- فالانصاف ان شرط الخيار بحسب الغالب انما يكون من جهة تعلق الغرض بابقاء العين ليستردها بشخصها، فبقاء العين من قبيل الشرط المضمّر فلا بد من العمل على طبقه، و حيث ان العمل بالشرط واجب تكليفاً كما مر، و لا فرق فيه بين الشرط الصريح و المضمّر، فلا يجوز التصرفات الناقلة و المتلفة تكليفاً لمن عليه الخيار لكونها خلاف الشرط، و أما النفوذ و عدمه، فمبنيان على ما تقدم فى مبحث الشروط من انه،

هل توجب ادلة الشرط رفع سلطنة المشروط عليه عن المشروط وضعاً، ام لا- و حيث ان المختار عدمه كما تقدم، فالظاهر هو النفوذ.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٥

الخيار، و توجيه بارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان، بان يضمه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيد جداً، و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع الى البدل الا فى مسألة العتق و الاستيلاد، فالمسألة فى غاية الاشكال.

و أما المورد الرابع فقد اختار السيد الفقيه (قدس سره)، انه يجبر على الفسخ- من جهة انه بالفسخ يرجع نفس ما وقع عليه العقد الى الفاسخ، و ان كان تالفاً ففى حال التلف انما يكون نفس العين فى العهدة و انما يعطى البدل فى مقام تفرغ الذمة، و عليه فإذا فرض امكان تحصيله مع تلفه وجب مقدماً على اعطاء بدله و فيه: ان معنى جواز العقد الثانى ان للعاقده فسخه، و الا فهو بالنسبة الى الفاسخ لازم لا جائز، و لا سلطنة له و لا ولاية على المشتري المفسوخ عليه حتى يلزمه بفسخ العقد الثانى و انما له السلطنة على العقد الاول بحله، فإذا حله بما ان العين تحت يد غير المفسوخ عليه،

فيقدر وجودها عنده لترتيب اثر الرجوع الى البدل، و أما تقديره لأثر آخر و هو ما افاده فيحتاج الى دليل مفقود فالظاهر عدم الاجبار.

العقد الثانى لا يفسخ بحل الاول

و أما المورد الخامس فقد استدلل لانفساخ العقد الثانى بحل الاول:

بان تملك العاقد الثاني مبنى على العقد الاول، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كان لم يكن، و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازمه ارتفاع ما بنى عليه من العقد و فيه: ان العقد الثاني مترتب على صحة الاول و لو آنا ما، و لا يتوقف على بقاءه ابدًا:

فان صحته فى وقت موجبة لحدوث الملكية المرسله، فيصح العقد الثانى و بعد انحلال الاول، لا وجه لانحلال الثانى، لعدم ترتب انحلاله على انحلاله.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٦

ثم على القول بانفساخ العقد الثانى، فهى يكون من حين فسخ الأول، أو من اصله (١) قولان، اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين، محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين (٢) فلا يجوز ان يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثانى بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الاول، و رجوع العين الى ملك المالك الاول، ليخرج منه الى ملك الفاسخ، إلا أن يلتزم بان ملك العاقد الثانى الى وقت الفسخ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الاول، و رده بعدم معرفته التملك الموقت فى الشرع فافهم.

(١) و على القول بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين فسخ الاول أو من اصله قولان اختار ثانيهما المحقق صاحب المقاييس على ما نسب إليه المصنف (قدس سره)

(٢) و استدلل له بان مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين و لازم ذلك انفساخ العقد الثانى و رجوع العين الى ملك المالك الاول لتخرج منه الى ملك الفاسخ و يرد عليه ان الالتزام بانحلال الثانى انما يكون لتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه فهذا امر مشترك بين القولين و لا- يصلح دليلا على احدهما و توهم لزوم توقيت البيع و الملكية من كون الفسخ من الحين يدفعه: ان الانفساخ من الحين غير كون البيع موقتا بل هو مرسل و كذلك الملكية و الفسخ يوجب رفع ذلك و الا فهذا يلزم فى كل فسخ من الحين.

و يمكن ان يقال ان مراده ان البائع الاول لو فسخ العقد،

فاما ان يلتزم برجوع المبيع إليه مع بقاء العقد الثانى، أو يلتزم بان العقد الثانى قبل الفسخ ليتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه- أو يلتزم بان العقد الثانى تملك موقت الى ما قبل فسخ الاول،

و شىء من ذلك لا- يمكن الالتزام به، اما الاول فلمنافاته لمقتضى الفسخ، و أما الثانى فلانه لا وجه للانحلال من دون حل، و أما الثالث فلعدم معرفته التملك الموقت فى الشرع فيتعين الالتزام بانحلاله من الاول

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٧

ثم ان المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلا، كالمجلس، و الثلاثة فى الحيوان و الزمان المشروط فيه الخيار. (١)

و أما الزمان الذى لم ينتج فيه الخيار، اما لعدم تحقق سببه، كما فى خيار التأخير بناء على ان السبب فى ثبوته تضرر البائع بالصبر الى ازيد من الثلث. و أما لعدم تحقق شرطه، كما فى بيع الخيار بشرط رد الثمن، بناء على كون الرد شرطا للخيار و عدم تحققه قبله و كاشترط الخيار فى زمان متأخر.

ففى جواز التصرف قبل تنجز الخيار، خصوصا فيما لم يتحقق سببه، و جهان،

من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، و كونه فى معرض الارتفاع و هو موجود هنا، و ان لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ، و من انه لا حق بالفعل لذى الخيار،

فلا مانع من التصرف، و يمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان،

و المتوقف على شيء آخر (٢) كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف، لان ثبوت الحق في الأول معلوم، و ان لم يحضر زمانه بخلاف الثاني، و لذا لم يقل احد بالمنع من التصرف في احد من العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض، و سيجيء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل، و على كل حال، فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور امر كالغبن و العيب و الرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف، بلا خلاف ظاهرا.

و لكن يرد عليه ان مقتضى الجمع بين ما دل على انفساخ العقد الثاني- و ما دل على صحة البيع و انتقال المبيع الى المشتري- انتقال المبيع قبل ان ينتقل بالفسخ الى البائع الاول الى المشتري الاول.

(١) و أما المورد السادس ففيه اقوال ثالثها التفصيل بين ما يكون متوقفا على مجيء زمان- فلا تجوز التصرفات فيه على القول بالمنع في الخيار المنجز- و بين ما يكون متوقفا على شيء آخر كالرؤية على الخلاف فيجوز.

(٢) اختاره المصنف (رحمه الله)

رابعها التفصيل بين ما إذا كان الخيار متأخرا بنفسه و بمنشئه فيجوز و أما إذا كان شرط الخيار حاصلًا و زمان اعماله متأخرا فلا يجوز اختاره المحقق النائيني (قدس سره)

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠٨

فرعان

إشارة

الأول: لو منعنا عن التصرف المتلف في زمان الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذي الخيار من العين، (١) كوطئ الأمة في زمان الخيار بناء على ان الاستيلاء مانع من رد العين بالخيار قولان للمانعين، اكثرهم على الجواز، كالعلامة في القواعد، و الشارح في جامع المقاصد، و حكى عن المبسوط و الغنية و الخلاف، لكن لا- يلائم ذلك القول بتوقف الملك عن انقضاء الخيار

و الحق ان يقال انه بناء على مانعية حق الخيار من التصرفات ان كان موجودا منع عنها سواء كان زمان الاعمال موجودا ام متأخرا إذ المانع هو الحق الخياري الموجود و ان لم يكن موجودا لم يمنع عنها إذ المانعية فرع الوجود و العلم بانه سيوجد لا يصلح للمنع فضلا عما إذا لم يعلم بذلك و به يظهر ما في القول بالمنع مطلقا، و بالجواز كذلك، و ما اختاره في المتن.

التصرف الذي يكون في معرض التفويت

(١) و أما المورد السابع- فعلى القول بجواز التصرفات المتلفة و الناقلة لا كلام في الجواز و أما على القول بعدمه، ففي المسألة وجوه و لعلها اقوال- الجواز مطلقا و عدمه كذلك، و التفصيل بين ما إذا علم بتحقيق الاستيلاء، فعدم الجواز و بين ما إذا شك فيه فالجواز فالكلام يقع في مقامين،

الاول ما لو علم بتحقيق الاستيلاء الثاني ما لو شك فيه اما الاول فالظاهر فيه هو الجواز. فان ما دل على جواز نقل ام الولد و مانعية الاستيلاء، يكون مختصا بالنقل الاختياري، و لا دليل على المنع عن مطلق الانتقال و لو قهرا على مالكها و أما الثاني فعلى القول بعدم

المنع في المقام الاول لا- كلام، و أما على القول بالمنع فيه فقد استدلل للجواز بوجهين احدهما: ان المتيقن من المنع، هو التصرف المتلف فعلا لحق ذى الخيار، و أما مجرد كونه في معرض التلف فلا دليل على المنع عنه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠٩

كما اعترف به في الايضاح. و لذا حمل في الدروس تجويز الشيخ الوطاء على ما إذا خص الخيار بالواطئ لكن قيل: ان عبارة المبسوط لا تقبل ذلك.

و ظاهر المحكى عن التذكرة، و ظاهر الدروس المنع عن ذلك لكون الوطاء معرضا لفوات حق ذى الخيار من العين.

و اجاب عنه المحقق النائيني (رحمه الله) بان متعلق التكليف فيما كان حصول الاثر متوقفا على امر خارج عن اختيار المكلف، هو نفس فعل المكلف فما يحرم عليه في المقام هو الوطاء لا حصول العلوق، فهو بنفسه تفويت لحق ذى الخيار لا انه في معرض ذلك و فيه: ان الوطاء من حيث انه وطاء لا- منع عنه، و لذا يجوز مع العزل، و مع القطع بعدم الاستيلاء و المنع عنه انما هو فيما كان موجبا للاستيلاء، و حيث انه مشكوك فيه و غير معلوم، فيرجع الى اصالة البراءة و يثبت الجواز ثانيهما التمسك باستصحاب عدم العلوق، و عدم صيرورة المرأة الموطوءة حبلى و اورد عليه المحقق النائيني (رحمه الله) بانه استقبالي و ليس له حالة سابقة، الا بعدم المحمولى، و الجواز مترتب على عدم كون هذا الوطاء موجبا للحمل، و هذا غير مسبوق بالعدم و لكن يرد على الاول ما حققناه في محله من جريان الاستصحاب فى الاستقبالي ايضا و يرد على الثانى: ان المختار جريان الاصل فى العدم الازلى مع ان الايلاء مترتب على القاء النطفة ترتب المسبب التوليدى على سببه فحين القاء النطفة يشك فى تحقق الايلاء فيستصحب عدمه و لا حاجة الى اثبات انه لا يتولد منه بنحو العدم النعتى فالأظهر هو الجواز.

اجارة العين فى زمان الخيار

اشارة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٠

الثانى: انه هل يجوز اجارة العين فى زمان الخيار بدون اذن ذى الخيار فيه وجهان، (١) من كونه ملكا له، (٢) و من ابطال هذا التصرف لتسلط الفاسخ على اخذ العين، إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعة، و لو اجره من ذى الخيار أو ياذنه ففسخ لم يبطل الاجارة، لان المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة، فإذا استوفاها المشتري بالاجارة، فلا- وجه لرجوعها الى الفاسخ، بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة، كما إذا باعه بعد الاجارة، و ليس الملك هنا نظير ملك البطن الأول من الموقوف عليه، لأن البطن الثانى لا يتلقى الملك منه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة، بل من الواقف كالبطن الأول، فالملك ينتهى بانتهاء استعداده.

(١) هذا هو المورد الثامن- و الكلام فيه فى مقامات الاول فى انه هل يجوز التصرف الاجارى على القول بالمنع من التصرفات الناقلة و المتلفة ام لا و استدلل للمنع بان لازم الفسخ استرداد العين خارجا و الاجارة منافية لذلك فان لازمها سلطنة المستأجر على امساك العين لاستيفاء المنفعة و فيه ان الفسخ لا يقتضى الا استرداد العين ملكا و أما استردادها خارجا فهو مقتضى تسلط الناس على اموالهم و لا مجرى لذلك بعد كون العين متعلقة لحق الغير- و الأظهر هو الجواز.

(٢) لا- لما افاده المصنف (رحمه الله) من كونه ملكا فان توهم المنع لم يكن من ناحية عدم الملك بل من ناحية كون العين متعلقة لحق الخيار بل لان حق الخيار و ان كان متعلقا بالعين لا ينافى اجارتها فانه لا يقتضى الا اعادة العين الى ملكه.

المقام الثاني في ان عقد الاجارة هل يفسخ بفسخ البيع لخصوصية فيه، ام لا، بعد الفراغ عن صحته، اما لما ذكرناه، أو فيما إذا استأجر من ذى الخيار أو باذنه و قد استدل للانفساخ بوجوه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١١

فإن قلت: ان ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى انه إذا ثبت الملكية في زمان،

و كان زوالها بالانتقال الى آخر ملك المنفعة الدائمة، لأن المفروض ان المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقيه مسلوب المنفعة (١) و أما إذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الاول، و مستندا إليه، بل كان مستندا الى ما كان قبل تملك المالك الأول، فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاه سببه لا برفعه كما في ملك البطن الاول من الموقوف عليه، فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه، (٢) قلت: اولاً- انه منقوض بما إذا وقع التفاضل بعد الاجارة مع عدم التزام احد ببطلان الاجارة و ثانياً: انه يكفي في ملك، المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد للدوام لو لا الراجع آنا ما

(١) احدها ان ملكية من عليه الخيار للعين و منافعها ملكية مرسله غير موقتة بالفسخ فالمنفعة بعد الفسخ لم تكن له بالفسخ تبطل الاجارة و فيه: ان ملكية المشتري للعين و منافعها ملكية مرسله غير موقتة، و الفسخ يكون رافعا لها، و عليه بالفسخ تعود العين و أما منافعها، فحيث انها انتقلت الى المستأجر، فلا تعود ملكيتها إليه.

(٢) ثانيها: ان الفسخ يقتضى عود الملك لا- ملكية اخرى، فالفسخ يوجب رفع ما اوجب انتقال العين و منافعها الى المشتري، فيعود ملكه لها مستندا الى ما كان قبل تملك المالك، فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاه سببه، لا برفعه كما في ملك البطن الاول من الموقوف عليهم: فان المنفعة تتبع مقدار تملكها و فيه: ان المشتري إذا كان مالكا للعين و منافعها بملكية مطلقة، فاجرهما صارت المنفعة ملكا للمستأجر، بالفسخ تعود العين و لا تعود المنفعة للمانع و هو كونها ملكا للمستأجر و لا يقاس بما إذا كان ملكية المنفعة ملكية موقتة ثالثها: ما يختص بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن، و هو ان البائع يبيعه الخيارى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٢

ثم ان فاضل القمى في بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن، و علله بأنه يعلم بفسخ البيع، ان المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ، و ان الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة الى فسخ البيع. انتهى. (١)

فإن كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك، أو الملك المستند الى ذلك الملك فقد عرفت الجواب عنه نقضا وحلا، و ان المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام، و ان كان مرجعه الى شىء آخر فليبين حتى ينظر فيه (٢) مع ان الاصل عدم الانفساخ، لأن الشك في ان حق خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعة ام لامع العلم بقابلية المنفعة بعد الفسخ للتملك قبله، كما إذا تقايلا البيع بعد الاجارة.

يشترط بالشرط المضمم ابقاء العين مع المنفعة، فانفساخ الاجارة انما يكون لاجل كون الاجارة بعد الفسخ خلاف الشرط، و لعل هذا هو مراد المحقق القمى (رحمه الله)

(١) من قوله انه يعلم بفسخ البيع ان المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ الى آخر ما نقل المصنف (رحمه الله) كلامه في المتن.

و عليه فهو غير الوجه المتقدم عليه، فما في المتن من قوله.

(٢) فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك الى آخر ما افاده غير تام و لكن يرد ما تقدم من ان الشرط لا يوجب رفع السلطنة الوضعية،

فلا يظهر عدم انفساخ الاجارة المقام الثالث في انه، هل تتدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة، ام لا، وجهان اظهرهما التدارك: فان

الفسخ يوجب رد العين بما لها من المنافع الى مالکها الاول،

فكما انه إذا كانت العين تالفه يجب رد بدلها كذلك إذا كانت منافعها تالفه بالاجارة أو غيرها يجب رد بدلها و بذلك يظهر انه يتدارك باجرة المثل لا الأجرة المسماة.

التصرف باذن ذى الخيار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٣

ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و انه يسقط خياره (١) بهذا التصرف، اما لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفا. (٢) و ان لم يكن منافاة بين الاذن فى التصرف و الاتلاف و ارادة الفسخ و اخذ القيمة، كما نهينا عليه فى المسألة السابقة، و به يندفع الاشكال الذى اورده المحقق الاردبيلي من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار. و أما لأن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين باذن صاحبه، فلا يفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل (٣) لأن اخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه لامع سقوطه عنه.

و لو اذن و لم يتصرف المأذون فى القواعد و التذكرة انه يسقط خيار الاذن و عن الميسية انه المشهور قيل: كان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور فى سقوط الخيار فى الصورة السابقة الى دلالة مجرد الاذن، و لا يقدر فيها تجرده عن التصرف. و قد منع دلالة الاذن المجرد فى المسالك و جامع المقاصد و القواعد.

(١) قوله ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف باذن ذى الخيار و انه يسقط خياره قد استدل المصنف (رحمه الله) لسقوط خياره بوجهين. (٢) احدهما ان الاذن فى التصرف دال عرفا على الالتزام بالعقد و ان لم يكن منافاة بين الاذن فى التصرف و ارادة الفسخ، و اورد عليه المحقق الايروانى، بانه لا دلالة لو لا المنافاة، و ستعرف ما فيه،

(٣) الثانى ان التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين باذن صاحبه فلا يتعلق الحق بالبدل تحقيق القول فى المقام، انه ان كان الخيار متعلقا بالعين كان الاذن فى التصرف موجبا لجوازه و لم يكن دالا على الالتزام بالعقد و لا رضا به و لا دالا على اسقاط الخيار و بعبارة اخرى انه حينئذ يكون اذنا فى تفويت محل الحق الذى كان لا يجوز بدونه فما لم يفت لا وجه لسقوطه كما لو اذن فى اتلاف ماله فانه ما لم يتلف لا يكون خارجا عن ملكه، و لا يكون الاذن مخرجا له عن ملكه، و لا التصرف مسقطا، و ان كان تفويتا لمحل الحق باذنه فان تفويت محل الحق لا يوجب سقوطه، و لذا لو اتلفه كان الحق باقيا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٤

و الأولى أن يقال بأن الظاهر كون إذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخا لحكم العرف، و لأن اباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعا فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التى لا يصح شرعا الا بجعلها فسخا.

و أما كون اذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف إجازة و اسقاطا لخياره،

فيمكن الاستشكال فيه، لأن الثابت بالنص و الاجماع ان التصرف فيما انتقل إليه إجازة، و ليس الأذن من ذلك، و انما حكم بالسقوط فى التصرف عن اذنه لا لأجل تحقق الاسقاط من ذى الخيار بالاذن، بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت، من ان التصرف الواقع باذنه صحيح نافذ

و لا فرق الا بحرمة الاتلاف، تارة و اباحتها، اخرى و ان كان متعلقا بالعقد، كان الاذن فى التصرف، لو لا كونه التزاما بالعقد و رضا به أو اسقاطا للخيار، لغوا فلا محالة يكون دالا على الالتزام بالعقد، و اسقاطا لحقه بالكلية عرفا،

و أما التصرف نفسه فهو لا يكون مسقطا و لا مفوتا لمحل حقه.

و بما ذكرناه ظهر امور احدها: ان الوجهين المذكورين فى المتن لمسقطية الاذن و التصرف لو تما- كانت تامية كل منهما على مسلك و لا- يردان على محل واحد ثانيها: ان ما افاده المحقق الايروانى (رحمه الله) من انه لا دلالة لو لا المنافاة غير تام ثالثها ان ما افاده المحقق النائنى (رحمه الله) فى وجه بطلان مسقطية الاذن، من انه لو كان مسقطا و التزاما بالعقد، لزم سقوطه و لو لم يتصرف المأذون، و لا يمكن التزام به غير وجهه، فانه لم يلتزم به بعد دلالة عليه عرفا، و الغريب انه يسلم دلالة الاذن بتصرف الأجنبي على الفسخ مع ان هذا الوجه بعينه يجرى فى الاذن بتصرف المالك إذ لا معنى للاذن فى ان يتصرف المالك فى ماله، فيجب حمله على كونه اجازة و التزاما بالعقد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤١٥

و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق، (١) فالاذن فيما نحن فيه، نظير اذن المرتهن فى بيع الرهن، لا يسقط به حق الرهانة، و يجوز الرجوع قبل البيع. نعم يمكن القول باسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد، فإنه ليس بأدون من رضا المشتري بتقبيل الجارية.

و قد صرح فى المبسوط بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره و يؤيده رواية السكونى فى كون العرض على البيع التزاما، فهذا القول لا يخلو عن قوة.

مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد،

و اثر الخيار تزلزل الملك (٢) بسبب القدرة على رفع سببه، فالخيار حق لصاحبه فى ملك الأخر، و حكى المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار، و اطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري، و صرح فى التحرير بشموله لذلك

(١) قوله و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق و فيه ان التصرف نفسه لا يكون مفوتا لمحل الحق بجميع مراتبه، و لذا لو اتلفه من غير اذن كان الخيار باقيا و الاذن انما يؤثر فى رفع المنع و لا- أثر له غير ذلك فالمتحصل من ما ذكرناه، مسقطية الاذن لو كان الخيار متعلقا بالعقد، و عدم مسقطيته لو كان متعلقا بالعين و ان التصرف نفسه لا يكون مسقطا على المسلكين. المبيع يملك بالعقد

(٢) قوله المشهور ان المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك لا يخفى انه حيث لا يكون احد الوجوه و الاقوال اجماعيا و على فرضه لا يكون تعديا فلا يهمننا اطالة الكلام فى نقل الاقوال و النزاع فى بيان مراد القوم بل المتعين صرف عنوان الكلام الى بيان ادلة الطرفين و الكلام فيه يقع فى مقامين الاول: فى ادلة حصول الملك بالبيع و عدم توقفه على انقضاء الخيار الثانى: فى ما استدل به على توقفه على انقضائه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤١٦

لكن الشهيد فى الدروس قال: فى تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه ان الناقل العقد و الغرض من الخيار الاستدراك و هو لا ينافى الملك. و ان غاية الملك التصرف الممتنع فى زمان الخيار و ربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار، و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار، انتهى.

فإن فى هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح فى عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره فى الخلاف و المبسوط، قال فى محكى الخلاف العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول، فإن

كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالابدان، و ان كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم و ان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإن انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الاول، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف فحيث يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك في المبيع نظير لزوم العقد من طرف الاصيل إذا وقع مع الفضولي و بين عدم انتقاله الى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضى خياره فإذا انقضى ملك بسبب العقد الاول بمعنى كشف الانقضاء عنه فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير اجازة عقد الفضولي و لا يرد حينئذ عليه ان اللازم منه بقاء الملك بلا مال. و حاصل هذا القول ان الخيار يوجب تزلزل الملك و يمكن حمله ايضاً على ارادة الملك اللازم الذي لا حق و لا علاقة لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور. و لذا عبر في غاية المراد بقوله و يلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار، و لم ينسب ذلك إليه صريحاً.

و قال في المبسوط: البيع ان كان مطلقاً غير مشروط، فإنه يثبت بنفس العقد و يلزم بالتفرق بالابدان، و ان كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزم بنفس العقد، و ان كان مقيداً «مشروطاً» بشرط لزم بانقضاء الشرط، انتهى.

و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع و المشتري، لكن قال في

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٧

باب الشفعة: إذا باع شقصاً بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفيع الشفعة لأن الشفعة انما تجب إذا انتقل الملك إليه، و ان كان الخيار للمشتري وجب الشفعة للشفيع لأن الملك يثبت للمشتري بنفس العقد، و له المطالبة بعد انقضاء الخيار و حكم خيار المجلس و الشرط في ذلك سواء على ما فصلناه. و لعل هذا مأخوذ ما تقدم من النسبة في ذيل عبارة الدروس، هذا، و لكن الحل (قدس سره) في السرائر ادعى رجوع الشيخ عما ذكره في الخلاف.

و يمكن ان يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور، مثل استدلاله في مواضع على المنع عن التصرف في مدة الخيار، بأن فيه ابطالا لحق ذي الخيار، كما في مسألة بيع احد النقدين على غير صاحبه في المجلس، و في مسألة رهن ما فيه الخيار للبائع، فإنه لو قال بعدم الملك تعين تعليل المنع به لا يابطال حق ذي الخيار من الخيار، لأن التعليل بوجود المانع في مقام، فقد المقتضى كما ترى.

و منها انه ذكر في باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانياً في المجلس لأن شروعهما في البيع قطع للخيار مع انه لم يصحح في باب الهبة البيع الذي يتحقق به الرجوع فيها لعدم وقوعه في الملك، فلو لا قوله في الخيار بمقالة المشهور لم يصح البيع ثانياً لوقوعه في غير الملك على ما ذكرنا في الهبة، و ربما ينسب الى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار احد المتبايعين الذي له الخيار مفلساً، حيث حكم بأن له الخيار في الاجازة و الفسخ، لأنه ليس بابتداء ملك لأن الملك قد سبق بالعقد، انتهى.

لكن النسبة لا يخلو عن تأمل لمن لاحظ باقي العبارة، و قال ابن سعيد (قدس سره) في الجامع على ما حكى عنه: ان المبيع يملك بالعقد و بانقضاء الخيار، و قيل بالعقد، و لا ينفذ تصرف المشتري الا بعد انقضاء خيار البائع، انتهى.

و قد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيدي ايضاً،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٨

و كيف كان فالاقوى هو المشهور لعموم ادلة حل البيع، و اكل المال إذا كانت تجارة عن تراض، (١) و غيرهما مما ظاهره كون العقد علته تامة لجواز التصرف الذي هو من لوازم الملك، و يدل عليه لفظ الخيار في قولهم (عليهم السلام) البيعان بالخيار، (٣)

اما الاول: فما يدل على ذلك أو توهم دلالاته امور.

(١) احدها: العمومات مثل «١» احل الله البيع و دليل «٢» التجارة عن تراض و نحوهما و الاستدلال بها يتم مع ضم ما افاده صاحب

الجواهر (رحمه الله) الذي نقله المصنف (رحمه الله)

بعد اسطر بقوله و اشد ضعفا من الكل ما قيل، من ان المقصود للمتعاقدين و الذي وقع التراضى عليه انتقال كل من الثمن و المثل من حال العقد فهذه المعاملة اما صحيحة كذلك كما عند المشهور فثبت المطلوب أو باطله من اصلها أو انها صحيحة الا انها على غير ما قصدها و تراضيا عليه و تقريب الاستدلال ان المقصود بالبيع هو الملكية المطلقة، و هي انما تكون من حين العقد، و مقتضى العمومات امضاء البيع على ما قصد، فلو حصل الملك بعد انقضاء الخيار يكون غير ما قصدها، و يحتاج الى دليل مفقود و تحقق الملك بعد القبض في الصرف و السلم، انما هو لاجل دليل خاص مقيد لإطلاق الادلة و بما ذكرناه ظهر ان شيئا من الوجهين. أى العمومات و تخلف العقد عن القصد- لا يصلح دليلا ما لم يضم احدهما الى الآخر.

(٢) ثانيها: لفظ الخيار في قولهم «٣» البيعان بالخيار و فيه: ان هذا الاستدلال يتم لو كان الخيار عبارة عن حق استرداد العين، إذ لا يعقل الاسترداد الا مع الخروج عن الملك و أما لو كان عبارة عن حق حل العقد و العقد بما هو مع قطع النظر عن حصول الملك به له و فاء و نقض فلا يدل على المقام و به يظهر ان المصنف الذي يرى ان حق الخيار هو حق حل العقد، لا وجه لاستدلاله بهذا الوجه

(١) البقرة آية ٢٧٥.

(٢) النساء آية ٢٩.

(٣) الوسائل - باب ١ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٩

و ما دل على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك، (١) فإنه يدل على الحل بعد العقد في زمن الخيار، الا ان يلتزم بأنه نظير حل و طئ المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع، (٢) و يدل عليه ما تقدم في ادلة بيع الخيار بشرط رد الثمن، من كون نماء المبيع للمشتري و تلفه منه، (٣) فيكشف ذلك عن ثبوت الملزوم و هو الملك، الا ان يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن. و قد تقدم في مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال و ما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدم انه بعيد في الغاية، أو يقال ان النماء في مورد الرواية نماء المبيع في زمان لزوم البيع، لأن الخيار يحدث برد مثل الثمن،

و ان ذكرنا في تلك المسألة أن الخيار في بيع الخيار المعنون عند الاصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد في ادلة بيع الخيار، الا الرواية قابلة للحمل عليه، الا ان يتمسك باطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من اول العقد في فسخه مقيدا برد مثل الثمن، هذا مع ان الظاهر ان الشيخ يقول بالتوقف في الخيار المنفصل ايضا

(١) ثالثها ما دل «١» على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك.

(٢) و اورد عليه المصنف (رحمه الله) بانه يمكن ان يكون نظير حل و طئ المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع، فيكون الملك حاصلًا بنفس النظر الموجب لسقوط الخيار،

و يرد عليه مضافا الى ذلك ان الشيخ لا ينكر حصول الملك في زمان الخيار المختص بالمشتري كما في المقام.

و للمحقق النائيني: في المقام كلام ذكره ايراد اعلى المصنف (رحمه الله) و هو ان التصرف في و طئ المطلقة الرجعية وقع ممن له الحق، و في المقام يقع ممن عليه الخيار فلو لم يكن مالكا لكون العقد خياريا حرم النظر، و الظاهر انه سهو من قلمه الشريف فان خيار الحيوان للمشتري و السؤال انما هو عن نظره إليها.

(٣) رابعها ما ورد من الادلة الدالة على ان نماء المبيع للمشتري و تلفه منه في بيع الخيار «٢» بشرط رد الثمن

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٠

و ربما يتمسك بالاخبار الواردة في العينة: (١) و هي ان يشتري الانسان شيئا بنسيئة، ثم يبيعه باقل منه في ذلك المجلس نقدا، لكنه لا دلالة لها من هذه الحيثية، لأن بيعها على بائعها الأول و ان كان في خيار المجلس أو الحيوان، الا ان يبيعه عليه مسقط لخيار هما اتفاقا و قد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه من غير صاحبه في المجلس، نعم بعض هذه الاخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت: اشترى متاعى فقال: ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك، فإن في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار و لا استيناس بها ايضا عند التأمل لما عرفت من ان هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خيار هما بالتواطؤ على هذا البيع، كما عرفت التصريح به من المبسوط و يذب بذلك عن الاشكال المتقدم نظيره سابقا من ان الملك إذا حصل بنفس البيع الثانى مع انه موقوف على الملك للزم الدور الوارد على من صحح البيع الذى يتحقق به الفسخ، و حينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله اشترى متاعى من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق.

و مقتضى اطلاقها ان النماء له، و ان كان الشرط هو الخيار من اول العقد مقيدا برد مثل الثمن، و حيث ان النماء تابع للاصل، و من لوازم الملك فيستكشف من ذلك حصول الملك قبل انقضاء الخيار.

(١) خامسها النصوص الواردة في العينة و هي ان يشتري الانسان شيئا بنسيئة ثم يبيعه باقل منه نقدا - كصحيح بشار بن يسار المذكور في المتن «١»

و الاستدلال بها ليس بتضمنها جواز البيع من البائع كى يقال انه جائز حتى عند القائل بعدم حصول الملك على القاعدة أو بالتعبد بل بقوله فى الصحيح ليس متاعك فان حكمه بعدم كونه للبائع و ان كان فى زمان الخيار يشهد بذلك

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢١

و يكون جواب الامام (عليه السلام) مبني على جواز بيعه على البائع لأن تواطؤهما على البيع الثانى اسقاط للخيار من الطرفين (١) كما فى صريح المبسوط، فقوله ليس هو متاعك اشارة الى ان ما ينتقل اليك بالشراء انما انتقل اليك بعد خروجه عن ملك بتواطؤ كما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما لا بنفس العقد، و هذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسألة ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة و الاستيناس لم يدفع به الا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى و مثل هذه الرواية فى عدم الدلالة و الاستيناس صحيحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل فقال: ابتع لى متاعا لعلى اشترىه منك بنقد أو بنسيئة، فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس، انما يشتريه منه بعد ما يملكه.

فإن الظاهر ان قوله انما يشتريه الخ، اشارة الى ان هذا ليس من بيع ما ليس عنده و ان يبيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الاول، فقوله بعد ما يملكه اشارة الى استيجاب العقد مع الأول كما يظهر من قولهم عليهم السلام فى اخبار اخر واردة فى هذه المسألة، و لا توجب البيع قبل ان تستوجه مع ان الغالب فى مثل هذه المعاملة قيام الرجل الى مكان غيره ليأخذ منه المتاع و رجوعه الى منزله لبيعه من صاحبه الذى طلب منه ذلك، فيلزم العقد الاول بالفرق، و لو فرض اجتماعهما فى مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور البائع

دالا عرفا على سقوطه خياره و يسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

(١) و الايراد عليه كما في المتن بانه يمكن ان يكون ذلك اشارة الى الخروج عن الملك بالتواطى على المعاملة الثانية المسقط للخيار، فحين المعاملة الثانية ليس متاعك، خلاف الظاهر- فان ظاهره نفى كونه متاعا له من ناحية البيع أى ليس متاعك حيث بعته- نعم- يرد عليه انه لم يفرض فى مورد الصحيح خيار و ليس الخبر فى مقام البيان من هذه الجهة كى يتمسك باطلاقه فتأمل و بما ذكرناه يظهر الحال فى الاستدلال لهذا القول بصحيح «١» محمد المذكور فى المتن

(١) الوسائل- باب ٨- من ابواب احكام العقود حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢٢

و بالجملة ليس فى قوله بعد ما يملكه دلالة على ان تملكه بنفس العقد مع انها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف (١) كما لا يخفى، و نحوه فى الضعف الاستدلال فى التذكرة، بما دل على ان مال العبد المشتري لمشتريه مطلقا أو مع الشرط، أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار إذ فيه، ان الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له، و انه يدخل فى شراء العبد حتى إذا ملك العبد ماله،

مع ان الشيخ لم يثبت منه هذا القول فى الخيار المختص بالمشتري، و التمسك باطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى، و اشد ضعفا من الكل ما قيل من ان المقصود للمتعاقدين و الذى وقع التراضى عليه، انتقال كل من الثمن و الثمن حال العقد، فهذه المعاملة اما صحيحة كذلك كما عند المشهور، فثبت المطلوب، أو باطله من اصلها أو انها صحيحة الا انها على غير ما قصدها و تراضيا عليه.

توضيح الضعف أن مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن الانشاء لما كان علة لتحقق المنشأ عند تحققه، كان الداعى على الانشاء حصول المنشأ عنده، لكن العلية انما هى عند العرف، فلا ينافى كونه فى الشرع سببا محتاجا الى تحقق شرائط اخر بعده، كالقبض فى السلم و الصرف و انقضاء الخيار فى محل الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجردا عن الزمان، لكنه عرفا علة تامة لمضمونه، و امضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلة، فليس فى تأخير الامضاء تخلف اثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، و إنما فيه التخلف عن داعى المتعاقدين و لا ضرر فيه.

و ان الاستدلال به انما يكون بتصحيح الامام (عليه السلام) البيع الثانى بحصول الملك و ظاهره حصوله بالاشتراف فى المعاملة الاولى لا بالتعريض للبيع الثانى، و ليس الاستدلال بصحة البيع الثانى، حتى يقال انه جائز عند من يقول بعدم الملك إذا تعريض مسقط للخيار. (١) و ما فى المتن من انه على فرض الدلالة يدفع النقل لا-الكشف يرد عليه: ان ظاهره التملك بالاشتراف لا بالاشتراف المتعقب بالبيع فتدبر فانه دقيق.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢٣

و قد تقدم الكلام فى ذلك فى مسألة كون الاجازة كاشفة أو ناقلة. و قد يستدل ايضا بالنبوى المشهور المذكور فى كتب الفتوى للخاصة و العامة على جهة الاستناد إليه و هو ان الخراج بالضمان (١) بناء على ان المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع فى ضمان المشتري، فخراجه له و هى علامة ملكه.

و فيه انه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نماؤه له.

و قد ظهر بما ذكرنا ان العمدة في قول المشهور عموم ادلة حل البيع و التجارة عن تراض، و اخبار الخيار.

(١) سادسها: النبوى «١» المشهور- الخراج بالضمان و تقريب الاستدلال به ان المبيع فى زمان، الخيار المشترك، أو المختص بالبائع، فى ضمان المشتري، فخرجه له، و بقاعدة التلازم بين، ملك المنفعة، و ملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد و فيه بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به مع انه محل نظر،
قد مر فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد، ان فيه احتمالات،
اظهرها كون المراد بالضمان المعنى المصدرى مع امضاء الشارع له، و انه يختص بالخبر بالعقود المعاوضية الصحيحة، و يدل على انها توجب ملك المنافع، كما توجب ملك العين،
و عليه فلا- يتم هذا الاستدلال نعم- يمكن تقريب الاستدلال بطريق آخر، و هو ان النبوى ظاهر فى ان المعاوضة الصحيحة توجب ملك المنفعة بلا توقف على شىء آخر، و من ملك المنفعة يستكشف ملك العين سابعها السيرة العقلانية فانها جارية على ترتيب آثار الملك على الشىء المشتري من دون انتظار لانقضاء زمان الخيار فتحصل ان العمومات و الروايات الخاصة و السيرة تدل على حصول الملك قبل انقضاء الخيار.

(١) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان- و صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ و سنن ابى دواد ج ٢ ص ٢٥٥.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢٤

و استدلال للقول الآخر، بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار، (١) فيدل بضميمة قاعدة كون التلف عن المالك، لأنه مقابل الخراج على كونه فى ملك البائع، مثل صحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد و الدابة بشرط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك، فقال على البائع، حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام، و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط، قال و ان كان بينهما شرط اياما معدودة، فهلك فى يد المشتري، فهو من مال البائع.
و رواية عبد الرحمن بن ابى عبد الله قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل اشترى امه من رجل بشرط يوما أو يومين فماتت عنده، و قد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه. و مرسله ابن رباط ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع. و النبوى المروى فى قرب الاسناد فى العبد المشتري بشرط فيموت، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان،

اما المقام الثانى: فقد استدلل لعدم حصوله الا بعد انقضاء الخيار بوجوه احدها: ان الغرض من الملك، و غايته التصرف الممتنع فى زمان الخيار و فيه اولاً: انه يجوز كما تقدم و ثانياً: انه لو سلم عدم الجواز فهو فى التصرف المتلف و الناقل لا كل تصرف و ثالثاً: انه لا ملازمة بين امتناع التصرف و عدم حصول الملك.

(١) ثانيها: النصوص الدالة على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار كصحيح «١» ابن سنان، و خبر عبد الرحمن «٢» و مرسل ابن رباط، «٣» و النبوى «٤» المذكورة فى المتن و تقريب الاستدلال بها من وجهين الاول ان قوله حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له ظاهر فى توقف الملك على انقضاء الخيار و أما قبله فلا يصير للمشتري و فيه: انه بعد دلالة الادلة المتقدمة الصريح بعضها كقوله

(١) اوررد صدره فى الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٢ و ذيله فى باب ٨- منها حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب الخيار حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) نفس المصدر حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٥

و هذه الاخبار انما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري (١) مع اختصاص الخيار.

وقد عرفت ان ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ما حكاه عنه فى الدروس من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار، وكذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع و على اى حال، فهذه الاخبار اما ان تجعل مخصصة لأدلة المشهور، بضميمة قاعدة تلازم الملك و الضمان، أو لقاعدة التلازم بضميمة ادلة المسألة، (٢) فيرجع بعد التكافؤ الى اصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار. و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات اعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالاجماع المحكى عن السرائر،

ليس متاعك على حصول الملك بالعقد، يتعين صرف ذلك عن ظهوره، و حملة على الملك المستقر، و انه لا يكون مستقرا عليه الا بعد انقضاء الخيار الثانى ان يضم الى هذه النصوص، ما دل على ان المنافع تابعة للضمان، أو ملازمة معه كالنبوى المتقدم آنفا الخراج بالضمان، فانه يستنتج منهما ان الضمان على البائع و المنافع له و بدليل تبعية ملك المنافع لملك العين يستكشف ان المبيع فى زمان الخيار للبائع و فيه: انه لا دليل على التلازم بين الضمان و ملكية المنافع، و النبوى قد عرفت ان مفاده ان منافع المغصوب لمالكه، مع ان الغاصب ضامن له،

مع- ان الشيخ و من تبعه غير ملتزمين بذلك فى الخيار المختص بالمشتري فانهم بانون على حصول الملك بالعقد.

(١) قوله انما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري مراده ان هذه الاخبار، انما تجدى من ينكر تملك المشتري، مع اختصاص الخيار:

لورودها فى الخيار المختص به، و لا تجدى لمثل شيخ الطائفة و ابن سعيد القائلين، بملك المشتري مع اختصاص الخيار به، فكلمة (فى مقابل) زائدة.

و قد اجاب المصنف (رحمه الله) عن هذا الاستدلال بجواب آخر.

(٢) حاصله ان فى المقام طوائف من الادلة احداها: ادلة المشهور الدالة على حصول الملك بالعقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٦

اطلاق ما تقدم عبارتي المبسوط و الخلاف، من كون الخلاف فى العقد المقيد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل عن العقد، كما إذا شرط الخيار من الغد كما ان مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط و الحيوان الذى يطلق عليه الشرط أيضا. فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس ليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها. و مما يدل على الاختصاص ان ما ذكر من الادلة مختصة بالخيارين و ان الظاهر من لفظ الانقضاء فى تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزمانى. و أما خيار المجلس، فالظاهر دخوله فى محل الكلام لنص الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة، و لقوله فى الاستبصار ان العقد سبب لاستباحة الملك الا انه مشروط، بان يتفرقا بالابدان، و لا يفسخا العقد، و لنص الشيخ فى الخلاف و المبسوط على ان التفرق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد به، و مراده من اللزوم تحقق علته الملك لا مقابل الجواز كما لا يخفى، مع ان ظاهر عبارة الدروس المتقدمة فى مأخذ هذا الخلاف ان كل خيار يمنع من التصرف فى المبيع، فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه، و كذلك العبارة المتقدمة فى عنوان هذا الخلاف عن الجامع، و قد تقدم عن الشيخ فى صرف المبسوط ان خيار المجلس مانع عن التصرف فى احد العوضين.

ثانيتها: دليل التلازم بين الضمان و الملك ثالثها- النصوص المشار إليها الدالة على ضمان البائع للمبيع في زمان الخيار و هذه الطوائف متعارضة و الجمع بينها انما يكون باحد نحوين اما بجعل النصوص المتضمنة لان المبيع من مال البائع في زمان الخيار مخصصة لأدلة المشهور فيكون مفادها حينئذ ان الملك يحصل بالعقد الا إذا كان خياريا:

و أما بجعل تلك النصوص مخصصة لقاعدة التلازم بمعنى ان المبيع يملك بالعقد و ان كان خياريا الا ان ضمان هذا المبيع على البائع الذى هو غير مالك- و انما لم يحتمل التصرف فى النصوص المشار إليها لصراحتها، فيدور الامر بين رفع اليد عن اصالة العموم فى احدى تينك الطائفتين، و الترجيح مع ادلة المشهور لوجوه اعظمها الشهرة و فيه: انه لو علم بتخصيص احد العامين من وجه مقتضى القاعدة سقوطهما عن الحجية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢٧

و من ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب و اخوته عن محل الكلام، فإن الظاهر عدم منعها من التصرف فى العوضين قبل ظهورها. فلا بد ان يقول الشيخ باللزوم و الملك بعد الظهور و تنجز الخيار، و هذا غير لائق بالشيخ، فثبت ان دخولها فى محل الكلام مستلزم. اما لمنع التصرف فى موارد هذا الخيار. و أما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله و كلاهما غير لائق بالالتزام، مع ان كلام العلامة فى المختلف كالصريح فى كون التملك بالعقد اتفاقيا فى المعيب، لأنه ذكر فى الاستدلال ان المقتضى للملك موجود، و الخيار لا يصلح للمنع، كما فى بيع المعيب. و ذكرنا ايضا انه لا منافاة بين الملك و الخيار، كما فى المعيب. و قد صرح الشيخ قدس سره فى المبسوط ايضا بانه اشترى شيئا فحصل منه نماء ثم و جدبه عيبا رده دون نمائه محتجا بالإجماع، و بالنبوى الخراج بالضمان و سيجىء تنمؤه ذلك إن شاء الله تعالى.

و الشهرة ليست مرجعة للدلالة و انما هى مرجعة للسند،

مع: ان المراد بالتلازم بين الضمان و الملك ان كان هو التلازم بين الضمان و ملك المنافع و يتبعه ملك العين، فيرد عليه ما تقدم من عدم التلازم،

و ان كان هو التلازم بين الضمان بمعنى الخسارة و كون تلف الشيء خسارة منه لا عليه و الملك فهو، و ان كان عقليا، الا ان الجمع بين الادلة انما يكون بالالتزام بالملك من حين العقد و الانفساخ قبل التلف آنا ما.

ثالثها صحيح الحلبي «١» عن الامام الصادق (عليه السلام) فى رجل اشترى شاء فامسكها ثلاثة ايام ثم ردها فقال (ع) ان كان فى تلك الثلاثة الايام يشرب لبنها رد معها ثلاثة امداد و ان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء- بتقريب- انه لو كان مالكا كانت المنافع له و لم يكن وجه لرد ثلاثة امداد و فيه ما مر من عدم عمل الاصحاب به فانه متضمن للرد بعد ثلاثة ايام و لا خيار بعدها.

(١) الوسائل- باب ١٣- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢٨

مسألة و من احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار (١)

اشارة

فى الجملة على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد.

المبيع في ضمان من ليس له الخيار

(١) قوله و من احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار لا يخفى ان موضوع هذه المسألة، ما لو تلف المبيع، أو الثمن في يد مالكة الفعلية مع كون الخيار له، كما لو كان الخيار للمشتري و تلف المبيع في يده اما لو تلف المال تحت يد مالكة و كان الخيار لطرفه كما لو كان الخيار للبائع و تلف المبيع في يد المشتري أو كان الخيار للمشتري و تلف الثمن في يد البائع فكون الضمان على من لا خيار له مطابق للقاعدة و كيف كان فهذا الحكم في الجملة مما لا كلام فيه و لا إشكال، و يشهد به النصوص الخاصة لاحظ صحيح ابن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال (عليه السلام): على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري «١». و عن التهذيب روايته مثله الا انه قال: و يصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترط «٢». و النبوي الخاصي الآتي، و مرسل ابن رباط عن ابي عبد الله (عليه السلام): ان حدث بالحيوان قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع «٣». و خبر البصري عنه (عليه السلام) فيمن اشترى امه بشرط فماتت عنده: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه «٤».

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) نفس المصدر حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٩

...

و قد وردت روايات دالة على ثبوت هذا الحكم في خيار الشرط ايضا، لاحظ رواية اسحاق بن عمار، و خبر معاوية بن ميسرة، فثبوت ذلك فيهما في الجملة مما لا كلام فيه، و هذا الحكم هو الذي طفحت عبارات القوم به. قالوا: ان تلف المبيع في زمان الخيار ممن لا خيار له، و من مال البائع و هذه قاعدة مسلمة عند القوم مصطادة من النصوص الواردة في خيارى الحيوان و الشرط. و عليه فلا يصغى الى ما قيل، من ان مقتضى استصحاب عدم انفساخ العقد و اصاله البراءة عن وجوب دفع الثمن. و خبر عقبة بن خالد عن الامام الصادق (عليه السلام) عن رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده ... فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال (عليه السلام): من مال صاحب المتاع - الى ان قال - فإذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد «١».

و عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد «٢» عدم كون التلف من مال البائع،

إذ الأولان محكومان للنصوص، و الأخيران يقيد اطلاقهما بها.

و قد استدل لضمان من ليس له الخيار مطلقا:

باستصحاب الضمان الثابت قبل القبض و فيه اولاً: انه اخص من المدعى إذ ربما يكون المبيع من اول العقد في يد المشتري فلا ضمان على البائع حتى يستصحب - و لا يمكن اثبات الحكم فيه بعد جريان الاستصحاب فيما لم يكن مقبوضا في اول العقد بضميمة عدم القول بالفصل فان ذلك انما يكون بين الحكيم الواقعيين و ثانياً: ان المراد بالضمان اما ان يكون ضمان الغرامة، أو ضمان المعاوضة

(١) المائدة آية ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٠

و توضيح هذه المسألة ان الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا اشكال ولا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. و يدل عليه ما تقدم في المسألة السابقة من الاخبار، وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك لقوله (عليه السلام) في ذيل صحيحة ابن سنان و ان كان بينهما شرط اياما معدودة، فهلك في يد المشتري، فهو من مال بائعه، (١) و لو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله (عليه السلام) حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشتري، كذلك (٢) بناء على ان المناط انقضاء الشرط الذي تقدم انه يطلق على خيار المجلس في الاخبار، بل ظاهره ان المناط في رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، و ان هذا المناط ينظر تعليلا

لا سبيل الى اجراء الاستصحاب على التقديرين اما على التقدير الاول فلان الثابت قبل القبض كما سيأتي ضمان المعاوضة دون ضمان الغرامة - و أما على الثاني - فلان ضمان الغرامة و ان كان من الاحكام الوضعية الاعتبارية، الا ان ضمان المعاوضة و هو انفساخ العقد لا يكون الا - حكما شرعيا بانه لو تلف يفسخ العقد - و حيث انه لم يتلف فالمعلوم السابق ليس الا هذا الامر التعليقي - و قد حقق في محله انه لا يجرى الاستصحاب التعليقي و ثالثا: ان العمومات مقدمة على الاستصحاب فالحق ان مقتضى الاصل الاولى عدم الضمان إذا عرفت هذا فاعلم ان مورد الكلام مواضع.

يختص هذا الحكم بخيارى الحيوان و الشرط

(١) الاول: ان هذا الحكم هل يختص بخيارى الحيوان و الشرط كما عن الجواهر.

(٢) ام يعم خيار المجلس لو كان للمشتري فقط كما لو اسقطه البائع كما مال إليه المصنف، ام يكون ثابتا في جميع الخيارات كما هو المنسوب الى المشهور؟ وجوه:

وجه الأول: اختصاص النصوص من حيث المورد بهما خصوصا بملاحظة ذكر المدة في جميع الروايات، الا النبوي: في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة ايام فمات العبد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣١

هذا الحكم في السرائر حيث قال: فكل من كان له خيار، فالمتاع يهلك من مال: من ليس له خيار لأنه قد استقر عليه العقد، و الذى له الخيار ما استقر عليه العقد و لزم،

فإن كان الخيار للبائع دون المشتري، و كان المتاع قد قبضه المشتري و هلك في يده،

كان هلاكه من مال المشتري دون البائع، لأن العقد مستقر عليه و لازم من جهته.

و من هنا يعلم انه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار،

فتثبت القاعدة المعروفة من ان التلف في ضمان الخيار ممن لا خيار له من غير فرق بين اقسام الخيار (١)

في الشرط قال (صلى الله عليه و آله): يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان، المروى في قرب الاسناد «١».

و استدلل للثاني: بان الشرط الذى جعل انقضائه غايةً لضمان من لا خيار له اطلق فى النصوص على خيار المجلس.
و فيه: ان المراد بالشرط فى نصوص الباب هو ما ذكر فيها سابقا سؤالاً و جواباً، و هو الخيار الذى يشترطه المتبايعان.
و استدلل للثالث: بوجهين:

احدهما: صدق الشرط على مطلق الخيار.

و فيه: ما تقدم آنفاً.

(١) ثانيهما: استفادة المناط الذى يعم جميع الخيارات من قوله (عليه السلام) فى ذيل الرواية:

حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري. «٢» فانه يستفاد منه- بعد حمل يصير المبيع له على صيرورته ملكاً لازماً للفراغ
عن كونه ملكاً له قبل انقضاء الخيار ان المناط فى الضمان عدم استقرار الملك لكون مالكة ذا خيار يقدر ان يسلب الملكية عن نفسه،
و ان فى مثل ذلك يكون تلف ماله على غيره، و عليه فلا فرق بين الخيارات لأن هذا المناط موجود فى جميعها.

(١) الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٤.

(٢) الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٢

و لا بين الثمن و الثمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب بل نسبه جماعة الى اطلاق الاصحاب، قال فى الدروس فى
احكام القبض: و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض إذا لم يكن له خيار، انتهى. فإن ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري فى عدم
ضمان المشتري للمبيع المقبوض، و نحوه كلامه (قدس سره) فى اللعة و فى جامع المقاصد فى شرح قول المصنف: و لو ماتت الشاة
المصرأة أو الامة المدلسة فلا شىء له، و كذا لو تعينت عنده قبل علمه بالتدليس قال: و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر، لأن العلم
إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك الا ان يقال انه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، و لم اظفر فى كلام المصنف و غيره بشىء فى
ذلك، انتهى. و قال فى شرح قول المصنف قدس سره و لا يسقط الخيار بتلف العين، مقتضى إطلاق كلامهم، أنه لو تلف المبيع مع
خيار الغبن للمشتري، انفسخ المبيع لاختصاص الخيار بالمشتري، ثم تردد فيه و فى خيار الرؤية. و فى المسالك فى مسألة أن العيب
الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم، و ان الحادث فى ايام خيار الحيوان مضمون على البائع، قال: و كذا كل خيار مختص بالمشتري.
و عن مجمع البرهان فى مسألة ان تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استناداً الى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض، ان
هذه القاعدة معارضة بقاعدة اخرى، و هى ان تلف المال فى الخيار المختص بالبائع من مال المشتري، فإن الظاهر من جعل هذه قاعدة
كونها مسلمة بين الاصحاب، و صرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين فى حاشية الروضة، و استظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد
القبض معترفاً بعمومها من جهات اخرى، و ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين اقسام الخيار، و لا بين الثمن و المثمن، و لا بين الخيار
المختص بالبائع و المختص بالمشتري. و لذا نفى فى الرياض الخلاف فى ان التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له.
و فى مفتاح الكرامة ان قولهم: التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له، قاعدة لا خلاف فيها، ثم ذكر فيه تبعاً للرياض: ان الحكم فى
بعض افراد المسألة مطابق للقاعدة.

لكن الانصاف انه لم يعلم من حال احد من معتبرى الاصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلاً عن اتفاهم عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٣

فإن ظاهر قولهم التلف فى زمان الخيار هو الخيار الزمانى، و هو الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك على انقضائه لا مطلق
الخيار، ليشمل خيار الغبن و الرؤية و العيب و نحوها، ألا ترى انهم اتفقوا على انه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع، و لو
كان الموت بعد العلم بالعيب، ألا ترى ان المحقق الثانى ذكر ان الاقتصاص من العبد الجانى إذا كان فى خيار المشتري، كان من

ضمان البائع. و أما ما نقلنا عنه سابقا في شرح قوله: و لو تعيبت قبل علمه بالتدليس فهو مجرد احتمال، حيث اعترف بأنه لم يظفر فيه على شىء، مع انه ذكر في شرح قول المصنف في باب العيوب و كل عيب تجدد في الحيوان بعد القبض، و قبل انقضاء الخيار، فإنه لا يمنع الرد في الثلاثة نفى ذلك الاحتمال على وجه الجزم، حيث قال الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان، و كذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له، و هل خيار الغبن و الرؤية كذلك يبعد القول به خصوصا على القول بالفورية لا خيار العيب، لأن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم قطعاً، انتهى.

و من ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن، فلم يبق في المقام ما يجوز الركون إليه، الا ما اشرنا إليه من ان مناط خروج المبيع عن ضمان البائع، على ما يستفاد من قوله (عليه السلام) حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشتري هو انقضاء خيار المشتري الذى يطلق عليه الشرط في الاخبار، و صيرورة المبيع مختصاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، فيدل على ان كل من له شرط، و ليس المعوض الذى وصل إليه لازماً عليه، فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه، و يصير مختصاً به لازماً عليه، و فى الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل فى مقابلة القواعد، مع انه يمكن منع دلالة هذا المنط المستنبط عليه، لان ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل و عدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من اول الامر، كما يظهر من لفظه - حتى - الظاهرة فى الابتداء. و هذا المعنى مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو كان منفصلاً، بناء على ان البيع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط. و لذا ذكرنا جريان الخلاف فى المسألتين السابقتين فيه.

و أما الغبن و العيب و الرؤية و تخلف الشرط و تفليس المشتري و تبعض الصفقة، فهى توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٣٤

و الحاصل ان ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض الى ان يصير المبيع لازماً على المشتري، و هذا مختص بالبيع المتزلزل من اول الامر، (١) فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم بأن يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض، ثم يرجع بعد عروض التزلزل الى ضمان البائع، فاتضح بذلك ان الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة على تأمل فى خيار المجلس، ثم ان مورد هذه القاعدة انما هو ما بعد القبض.

و أما قبل القبض فلا اشكال و لا خلاف فى كونه من البائع من غير التفات الى الخيار فلا يشمل هذه القاعدة خيار التأخير. و أما عموم الحكم للثمن و المثمن، (٢) بأن يكون تلف الثمن فى مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري فهو غير بعيد

و فيه: ان كلمة حتى قلما يتفق استعمالها فى العلية، و معناها غالباً هى الغاية، و هى ظاهرة فيها فى الخبر، فلا يستفاد العموم من الخبر.

و بعبارة اخرى: لا سبيل الى احراز ان ما ذكر هو تمام العلة بحيث يتعدى عن مورد النصوص الى غيره.

و أما ما اورده المصنف (رحمه الله) عليه بعد الاعتراف بانه المنط: بان الظاهر منه بقريته حتى الظاهرة فى الاستمرار من حال العقد الى حين انقضاء الخيار الاختصاص.

(١) بما إذا كان التزلزل من اول الامر و هذا مختص بالخيارات الثلاثة إذ فى الخيارات الاخر غير الثلاثة يحدث التزلزل بعد ان كان العقد لازماً.

فيرده: انه فى خيارى الغبن و العيب يحدث التزلزل من حين العقد لا من بعد الظهور،

مع ان كلمة حتى و ان كانت ظاهرة فى الاستمرار الا ان كون المبدأ من حين العقد أو غيره،

فلا دلالة للفظه حتى عليه جزماً.

(٢) الثاني: هل تختص هذه القاعدة بالمبيع ام تعم الثمن؟ وجهان:

وجه الأول: اختصاص الاخبار بالمبيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٥

نظرا الى المناط الذي استفدناه، (١) ويشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة،

مضافا إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض، (٢) و توهم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض مدفوع بأن الضمان الثابت قبل القبض و بعده في مدة الخيار ليس مخالفا لتلك القاعدة، لأن المراد به انفساخ العقد و دخول العوض في ملك صاحبه الأصلي و تلفه من ماله.

نعم هو مخالف لأصالة عدم الانفساخ، و حيث ثبت المخالفة قبل القبض، فالاصل بقاؤها بعد القبض في مدة الخيار.

نعم يبقى هنا ان هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخيارى من المشتري فينفسخ البيع، و يرد المبيع الى البائع، و التزام عدم الجريان من حيث ان الخيار في ذلك البيع، انما يحدث بعد رد الثمن أو مثله، فتلف الثمن في مدة الخيار انما يتحقق بعد رده قبل الفسخ لا- قبله مدفوع بما اشرنا إليه سابقا من منع ذلك، مع ان المناط في ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه الى ذى الخيار تنزل البيع المتحقق و لو بالخيار المنفصل كما اشرنا سابقا، فالاولى الالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصا، (٣) بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع، و لو منفصلا عن العقد

وجه الثاني: امران:

(١) احدهما: عموم المناط و ان الملاك تلف الملك المتزلزل و لو كان ثمنا و فيه: - مضافا الى ما تقدم من عدم كونه علء- انه لو سلم ذلك فالعلة هي صيرورة المبيع ملكا مستقرا للمشتري كما في الخبر لا صيرورة البيع لازما، و الفرق واضح.

(٢) ثانيهما: استصحاب ضمان المشتري الثابت قبل قبضه و قد تقدم عدم جريانه، فالأظهر هو الاختصاص.

(٣) الثالث: ان القاعدة هل تختص بالمبيع الشخصي أو مع الثمن الشخصي ام تعم الكلى منهما بعد التطبيق على الفرد.

وجه الأول: امران:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٦

و أما إذا كان الثمن كليا، فحاله حال المبيع إذا كان كليا، كما إذا اشترى طعاما كليا بشرط الخيار له الى مدة، فقبض فردا منه فتلف في يده. فإن الظاهر عدم ضمانه على البائع، لأن مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له، على ما فهمه غير واحد بقاؤه على ما كان عليه قبل القبض، و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلى كغير المقبوض. و هذا مما لا يدل عليه الاخبار، (١) المتقدمة، فتأمل.

ثم ان ظاهر كلام الاصحاب، و صريح جماعة، منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين ان المراد بضمان من لا خيار له. لما انتقل الى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه (٢) و انفساخ العقد آنا ما قبل التلف

احدهما ظهور النصوص بقريته ما فيها من استناد التلف و الهلاكة و ما شابههما في الشخصي، فان الكلى إذا كان مبيعا أو ثمنا لا تلف له و لا هلاكة، و الفرد ليس مبيعا.

(١) ثانيهما: ان مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له بقائه على ما كان عليه قبل القبض، و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلى كغير المقبوض، و هذا مما لا تدل عليه الاخبار.

ولكن يمكن ان يقال: ان المبيع إذا كان كلياً و طبق على الفرد يصير البيع مستقراً عليه، فيكون هو المبيع بالحمل الشائع، و يكون للمبيع حينئذ التلف و الهلاكه، و معنى ضمانه حينئذ انفساخ المعاملة لا صيرورة الكلى كغير المقبوض بحيث يعود الثمن كلياً، فان عوده كذلك بعد التشخص كما ترى، فالأظهر هو التعميم.

المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة

(٢) الرابع: ان الضمان المستفاد من هذه النصوص هل هو ضمان المعاوضة و انفساخ العقد قبل التلف آناً ما كما هو المشهور، ام هو ضمان الغرامة و الرجوع على البائع بقيمته
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٧
 و هو الظاهر ايضاً من قول الشهيد قدس سره في الدروس، و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له خيار حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه به بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض.

و بدله على تقدير عدم الفسخ كما عن الشهيدين و العلامة؟ قولان.

و أما سائر الوجوه المحتملة في المتن و غيرها فلم نجد قائلًا بشيء منها.

و تنقيح القول فيه بالبحث في مقامين:

الأول: فيما يستفاد من ظواهر النصوص.

الثاني: في الحكم بلحاظ القواعد الخارجية الشرعية.

اما الأول: فظاهر قوله (عليه السلام) في صحيح ابن سنان: و ان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع. «١» هو الانفساخ، إذ كلمة من اما نشوية أو تبعيضية أو للابتداء، و على جميع التقادير ظاهرة في ذلك.

اما على الأول: فلأن نشوء الهلاكه من مال البائع و عروضها عليه عبارة اخرى عن صيرورته ملكاً له قبلها، و حيث انه لا يصير ملكاً له مجاناً بل بالعوض، فيعود الثمن ايضاً الى المشتري.

و أما على الثاني: فلأن ظاهره حينئذ كون المبيع الهالك مال البائع، و حيث لا يعقل ذلك فيقدر ملكه له قبل التلف آناً ما.

و أما على الثالث: فلأن الضمير حينئذ و ان كان يرجع الى المبدأ المستفاد من قوله فهلك نظير (اعدلوا هو اقرب للتقوى) الا ان ظاهر كون هلاكه المبيع من مال البائع كونه ملكاً له قبل التلف، إذ فرق بين كون التلف من البائع و كونه على البائع، و ظاهر الأول ما ذكرناه.

و قد استدلل للقول الثاني: بقوله على البائع في جواب السائل على من ضمان ذلك،

بدعوى ظهور ضمان المال التالف في الغرامة و الخسارة لمال الغير، فان الانسان لا يكون

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٨

و قد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعدة و هي ان التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له، فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له، مع ان ظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكه، (١) و قاعدة التلازم بين الضمان و الخراج، (٢) فإننا إذا قدرنا

المبيع في ملك البائع أنا ما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين.

ضامنا لمال نفسه،

هذا مضافا الى التعبير بلفظ على فان تلف مال كل احد منه خسارة منه لا عليه.

و بالجمع بين التلف و الحدث في جملة من النصوص مع انه لا- انفساخ في الحدث- كما سيأتي- فالضمان المنسوب اليهما بمعنى واحد و هو الغرامة.

و لكن يرد على الأول: ان السؤال عن ضمان ما تلف في ملك المشتري بانه هل تكون خسارته على البائع أو المشتري مما لا يتصور له وجه معقول، إذ لا يتوهم عاقل كون المشتري غارما لما تلف في ملكه، فلا محالة يكون المسئول عنه اما ضمان المعاوضة أو الجامع، و على التقديرين لا يعارض مع الظهور المتقدم.

و به يظهر الجواب عن التعديء بحرف الاستعلاء، و كذا عن الجمع بين التلف و الحدث.

و أما المقام الثاني: فالقول بالانفساخ مخالف لقاعدة أصالة بقاء العقد المستفاد من.
 أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و غيره.

و أما القول بالغرامة فهو مخالف لأصالة البراءة عن وجوب تدارك التالف في ملك صاحبه، فكل منهما مخالف لقاعدة لا أولوية لأحد القولين من الآخر من هذه الجهة.

و قد يقال كما في المتن: بان القول بالغرامة مخالف لقاعدتين:

(١) احدهما: ما اشرنا إليه.

(٢) ثانيتهما: قاعدة الخراج بالضمان الدالة على ان المنافع لمن يكون ضامنا للمال فانه على هذا البائع ضامن له و المنافع للمشتري.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٩

و الحاصل ان ارادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغى الريب فيها، و مع ذلك كله فظاهر عبارة الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم، بل يدل على عدم الانفساخ، (١) قال (قدس سره) لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع و الخيار و بعده لا يبطل الخيار و ان كان التلف من البائع، كما إذا اختص الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع رجع بالبدل في صورة عدم ضمانه، و لو فسخ المشتري رجع بالثمن، و غرم البدل في صورة ضمانه، و لو اوجبه المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع القيمة أو المثل، و في انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر، انتهى.

و العبارة محتاجة الى التأمل من وجوه، (٢) و قد يظهر ذلك من اطلاق عبارة التذكرة،

و يرد عليه: ان قاعدة الخراج بالضمان بهذا المعنى لا أساس لها، و قد تقدم الكلام فيها في المقبوض بالعقد بالفساد، و سيأتي في مسألة التلف قبل القبض، و المخالفة للقاعدة الاولى و ان لزمنا الا ان القول بالانفساخ ايضا مخالف لقاعدة اخرى كما عرفت.

و قد يقال: بان القول بالانفساخ مخالف لقواعد اربع، و سيأتي في مسألة التلف قبل القبض توجيهه و ما يرد عليه فانتظر،

كما سيأتي في تلك المسألة ان الانفساخ انما يكون من حين العقد و يكون حقيقيا لا حكيميا، و جميع ما ذكره في تلك المسألة جار هنا.

(١) قوله فظاهر عبارة الدروس ... يوهم بل يدل على عدم الانفساخ صدر العبارة و هو قوله و بعده لا يبطل صريح في عدم الانفساخ و لكن ذيلها و هو قوله و في انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر دال على انه متأمل في الحكم بالانفساخ و لهذه العبارة لا يجوز نسبة البطلان الى الشهيد.

(٢) قوله و العبارة محتاجة الى التأمل من وجوه الأول: من الوجوه قوله و بعده لا- يبطل الخيار، فان ظاهره ان القبض يرفع الضمان المعاوضى: فانه ينافى ما افاده فى موضع آخر، و بالقبض ينتقل الضمان، الا ان يكون خيار إذ ظاهره: ان الضمان المعاوضى باق بعد القبض

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٤٠

قال: لو تلف المبيع بأفة سماوية فى زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً، و ان كان بعده لم يبطل خيار المشتري و لا البائع، و يجب القيمة على ما تقدم. ثم حكى عن الشافعية و جهين فى الانفساخ بعد القبض و عدمه، بناء على الملك بالعقد، و يمكن حمله على الخيار المشترك، كما ان قوله فى القواعد لا- يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها، و ربما يحتمل ان معنى قولهم ان التلف ممن لا خيار له، ان عليه ذلك إذا فسخ صاحبه لا انه يفسخ كما فى التلف قبل القبض. و أما حيث يوجب المشتري فيحتمل انه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمة، و بين الرجوع بالثمن و يحتمل تعيين الرجوع بالثمن. و يحتمل ان لا يرجع بشيء فيكون معنى له الخيار ان له الفسخ، (١)

الثانى: قوله فلو فسخ الخ: إذ لو فسخ البائع ذو الخيار، لا وجه لزمانه كى يقيد الرجوع بالبدل، بصورة عدم ضمانه: لان ضمانه لا يكون الا مع اختصاص الخيار بالمشتري الثالث: قوله و لو فسخ المشتري الخ: إذ مع فرض كون الخيار للمشتري يكون الضمان على البائع، لقاعدة كل مبيع تلف فى زمان الخيار، فهو ممن لا خيار له و لا يتصور ضمان المشتري الا ان يقال ان نظر الشهيد الى صورة ثبوت الخيار المشترك،

و هناك مواضع اخر يظهر للمتأمل فيما قدمناه.

(١) قوله و أما حيث يوجب المشتري فيحتمل انه يتخير بين الرجوع الى آخره لا- وجه لهذه الاحتمالات، الا- الأخير منها بعد حمل القاعدة على صورة الفسخ: فان عدم الضمان، قد مر أنه على وفق القاعدة و انما المخرج هو القاعدة فإذا اختصت بصورة الفسخ تبقى صورة الامضاء باقية تحت ما تقتضيه القواعد الاولى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٤١

ثم الظاهر ان حكم تلف البعض حكم تلف الكل، (١) و كذا حكم تلف الوصف الراجع الى وصف الصحة بلا خلاف على الظاهر، لقوله فى الصحيحة السابقة أو يحدث فيه حدث، فإن المراد بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف، (٢) هذا كله إذا تلف بأفة سماوية. و منها حكم الشارع عليه بالاتلاف. و أما إذا كان باتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته، (٣) و ان كان باتلاف غير ذى الخيار (٤) لم يبطل خيار صاحبه فيتخير بين امضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن.

(١) الخامس: انه لو كان التالف هو الجزء انفسخ العقد بالنسبة إليه و لو كان هو الوصف الراجع الى وصف الصحة، فهل تشمله القاعدة لقوله (عليه السلام) فى الصحيح المتقدم أو يحدث فيه حدث.

(٢) فان المراد بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف كما فى المتن ام لا يشمله كما هو الظاهر من التبصرة قال: و العيب الحادث من غير تفریطه لا يمنع الرد بالسابق؟ وجهان، و على فرض الشمول يشكل الأمر فى معناه إذ لا يعقل الانفساخ بالاضافة إليه لفرض عدم مقابلته بالثمن، و قد اشبعنا الكلام فى ذلك فى خيار العيب و ذكرنا ما افاده المصنف فى المقام و نقده، فراجع

السادس: إذا كان تلف المبيع بالاتلاف لا بأفه سماوية فهذه النصوص لا تشملها لانصرافها الى التلف السماوى.
و أما حكمه فملخص القول فيه: ان الاتلاف تارة: يكون ممن له الخيار، و اخرى:
يكون ممن عليه الخيار، و ثالثة: يكون من الأجنبى.

(٣) فان كان الاتلاف من ذى الخيار فقد حكم المصنف (رحمه الله) بكونه مسقطا لخياره و هو كذلك فى خيار الحيوان و فى خيار الشرط لو قصد به الاجازة و الامضاء،
و الا فالأظهر بقاءه، و قد مر وجهه.

(٤) و ان كان الاتلاف ممن عليه الخيار، فان اجاز من له الخيار العقد و لم يفسخه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٤٢

...

غرم المتلف للمشتري ما اتلفه و لو فسخ يأخذ الثمن، و لا يخفى وجهه،

و لو كان الاتلاف من الأجنبى لا تنفسخ المعاملة و لا يسقط الخيار، فلو امضاها لا كلام، و ان فسخ رجع المشتري الى البائع فيأخذ ثمنه، و بالنسبة الى البائع وجوه:

احدها: انه يرجع بالقيمة الى المتلف.

ثانيها: انه يرجع الى صاحبه.

ثالثها: انه يتخير بينهما.

استدل للأول بوجهين:

الأول: ان البدل فى ذمة المتلف قائم مقام العين، فيسترده بالفسخ بعد عدم امكان استرداد العين.

وفيه: ان ما فى ذمة المتلف قبل الفسخ انما هو الحصه الخاصه من الكلى المتقومه بطرفيها من ذمة المتلف لمالكه حين التلف، فان اشتغلت ذمته لغيره فهو غير ما كان.

الثانى: ما حاصله: ان العين التالفه ملك للمالك السابق بعد الفسخ، و هى فى عهده المتلف، فتكون كما لو كانت موجوده عنده، فلا بد من الرجوع إليه.

و اورد عليه: بان الفسخ و ان اوجب اعتبار كون العين ملكا للنقل الا انها موصوفه باشتغال ذمة متلفها ببدلها، و تلفها بهذا الوصف يكون على المالك المنقوله إليه لا على المتلف، فيتعين ان يكون الضامن للفاسخ هو المفسوخ عليه.

و المصنف (رحمه الله) قد ذكر فى وجه الثانى ما يكون دليلا له، و مع ذلك هو ايراد على الوجهين اللذين ذكرهما للوجه الأول، و سيأتى عند شرح كلماته بيان ذلك، و ستعرف ان مراده الإيرادان المتقدمان فانظر.

و الأظهر هو التخيير، فان العين بالتلف تثبت فى عهده المتلف، و مقتضى الفسخ رجوع العين الى الفاسخ، و حيث انها فى عهده الأجنبى فيرجع إليه، و لكن لا يتعين ذلك،

بل له ان يرجع الى المفسوخ عليه، لأن المال كان فى عهده قبل وضع الأجنبى يده عليه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٤٣

و ان كان باتلاف اجنبى (١) تخير ايضا بين الامضاء و الفسخ، و هل يرجع حينئذ بالقيمة الى المتلف، أو الى صاحبه، أو يتخير وجوه، من ان البدل القائم مقام العين فى ذمة المتلف، فيسترده بالفسخ و لأن الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ، أو

لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ بناء على الوجهين في اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ، وعلى التقديرين فهي في ضمان المتلف، كما لو كانت العين في يد الاجنبي، و من انه إذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلث في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلث و صار في ذمته، لأن ضمان المتلف محله الذمة لا الأمور الخارجية، و ما في ذمة المتلف إنما تشخص مالا للمالك و كونه بدلا عن العين انما هو بالنسبة الى التلف من حيث وجوب دفعه الى المالك (٢) كالعين لو وجدت، لا انه بدل خارج يترتب عليه جميع احكام العين حتى بالنسبة الى غير التلف. فهذا البديل نظير بدل العين لو باعها المشتري، ففسخ البائع، فإنه لا يتعين للدفع الى الفاسخ. و أما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها، (٣) مضمونة، لمالكها على متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ، فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك لا المتلف، و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمة بعده، و اتلاف الاجنبي ايضا سبب للضمان، فيتخير في الرجوع. و هذا اضعف الوجوه. (٤)

(١) قوله و ان كان باتلاف اجنبي عبارته في ذيل هذا العنوان لا تنطبق على ما هو ما لو كان الخيار للمشتري و اتلف المبيع اجنبي إذ الفاسخ هو المشتري و المفسوخ عليه و هو البائع و التالف هو المبيع و للمشتري الرجوع الى البائع بالثمن فقط كما تقدم نعم- يتم ما افاده من الوجوه- مع تبديل الفاسخ بالمفسوخ عليه في الموردين و المفسوخ عليه بالفاسخ في مورد واحد فلاحظ و تدبر.

(٢) قوله و كونه بدلا انما هو بالنسبة الى التلف من حيث وجوب دفعه هذا اشارة الى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الاول للرجوع الى المتلف.

(٣) قوله و أما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها هذا اشارة الى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الثاني له.

(٤) قوله و هذا اضعف الوجوه قد عرفت انه الاقوى

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٤

مسألة و من احكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال: يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن، في زمان الخيار،

و لو تبرع احدهما بالتسليم، لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضية للخيار. (١) و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. و يظهر منه ان الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار احدهما التسليم. و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذي الخيار اجماعا، (٢) ثم انه ان اريد عدم وجوب التسليم على ذي الخيار من جهة ان له الفسخ، فلا يتعين عليه التسليم، فمرجه الى وجوب احد الامرين عليه. و الظاهر انه غير مراد و ان اريد عدم تسلط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خيار، فلذا يجوز منعه عن ماله، ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم سلطنة الناس على اموالهم. (٣) و بالجملة فلم اجد لهذا الحكم وجها معتمدا، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه.

حكم تسليم العوضين في زمان الخيار

(١) المشهور بين الاصحاب انه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار حتى لو سلم احدهما لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، و له استرداد المدفوع و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه،

(٢) و المصنف بعد استظهاره نقل الاجماع على هذا الحكم استشكل فيه: بانه، ان كان المراد عدم تعين التسليم بل هو مخير بينه و بين الفسخ، فمتين، الا انه غير مراد،

و ان اريد انه مع بقاء العقد لا يجب التسليم،
 (٣) فغير تام إذ لا مخصص لعموم سلطنة الناس على اموالهم، الدال على وجوبه و اورد عليه المحقق النائيني (رحمه الله) بان العقد لو كان خياريا فهو بجميع مداليه المطابقية
 منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٥

مسألة قال في القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين، (١)

و هذا الكلام ليس على اطلاقه كما اعترف به في جامع المقاصد، فإن من جملة افراد الخيار خيار التأخير بل مطلق الخيار قبل القبض، أو الخيار المختص بعده. (٢) و من المعلوم ان تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار، فيكون المراد التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار. و عبارة اخرى تلف العين في ملك من في يده لا يسقط به خياره و لا خيار صاحبه، و هو كذلك لأن الخيار، كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد. و معلوم ان العقد بعد التلف قابل للفسخ، و لذا يشرع الاقالة حينئذ اتفاقا، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف و لا مقيد له بصورة البقاء.

و الالتزامية تحت يد ذي الخيار فلا- يجب عليه التسليم كما لا- يجب عليه الوفاء باصل العقد و فيه: اولاً انه، لو تم لاختصاص، بالخيار المجعول للمتبايعين، و أما في الخيار المجعول الشرعي، فلا يجري فانه ليس هناك التزام بكون العقد بجميع مداليه تحت يد ذي الخيار،

و غاية مدلول دليله كون رفع العقد و بقاءه بيده، و لكن على فرض البقاء، هل يجب التسليم ام لا فلا بد من الرجوع الى ما يقتضيه القاعدة، و هو الوجوب و ثانياً: انه لا يتم في الخيار المجعول للمتبايعين ايضاً: فان وجوب التسليم اثر الملك، لا اللزوم، و من يجعل الخيار لنفسه يجعل العقد مترلزلاً، و لا نظر له الى شيء آخر، كى يكون من قبيل شرط عدم تعيين التسليم، فالأظهر وجوبه على تقدير بقاء العقد.

بقاء الخيار مع تلف العين

(١) قوله قال في القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين تنقيح الكلام بالبحث في موارد.

الاول ان مرادهم بما ذكروه: ان التلف لا يكون ملزماً للعقد و هذا على اطلاقه صحيح،

(٢) و لا يرد عليهم النقض بالخيار قبل القبض و في الخيار المختص بعده بدعوى

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٦

اللهم إلا- ان يعلم من الخارج ان شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فينتفى هذا الضرر بتلف العين. كما في العيب، فإن تخيره بين الرد و الارش لأن الصبر على العيب ضرر و لو مع اخذ الارش، فتداركه الشارع بملك الفسخ و الرد، فإذا تلف انتفى حكمه الخيار، أو يقال انه إذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الرد لا بالخيار اختصاص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف على بقاء العين. هذا مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب و المدلس فيه فلا يرد عدم اطراد تلك الحكمة.

نعم هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، (١) أو يظهر منهم عدم، كما تردد العلامة قدس سره في باب المراجعة فيما لو ظهر كذب البائع مراجعة في اخباره برأس المال، بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم، نظراً الى ان الرد انما يتحقق مع بقاء العين. و فيه اشارة الى ما ذكرنا، من ان الثابت هو جواز الرد،

فيختص الفسخ بصورة تحققه لكن قوى في المسالك و جامع المقاصد ثبوت الخيار لوجود المقتضى و عدم المانع، و كما تردد المحقق الثاني في سقوط خيار الغبن، بتلف المغبون فيه.

ان التلف يوجب انفساخ العقد و يتبعه يرتفع موضوع الخيار كما لا يرد النقض بخيار التأخير. فالكلام بما له من المراد على اطلاقه.

(١) الثانى: انه لو شك فى ان الخيار هل يرتفع بالتلف ام يكون باقيا و لم يدل الدليل على احد الطرفين، فهل الاصل بقاءه، ام لا،

ربما يقال بان مقتضى الاستصحاب بقاءه و لكن الظاهر عدم جريان هذا الاصل و ذلك لوجوه،

احدها عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام،

ثانيها: ان بقاء الموضوع مشكوك فيه فان الموضوع يمكن ان يكون هو العقد، و هو باق و يمكن ان يكون هو العين و هى تالفه و مع

الشك لا يجرى الاستصحاب،

نعم لو احرز انه متعلق بالعقد و شك فى بقاءه من جهة اخرى يجرى الاستصحاب من هذه الجهة و لا محذور فيه من هذه الناحية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٤٧

و ظاهر تعليل العلامة فى التذكرة عدم الخيار، مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم امكان الاستدراك حينئذ هو عدم الخيار مع

التلف، و الاقوى بقاءه، لأن العمدة فيه نفى الضرر الذى لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه، (١) مضافا الى اطلاق قوله (عليه السلام) و

هم بالخيار إذا دخلوا السوق، مع انه لو استند الى الاجماع امكن التمسك بالاستصحاب، الا ان يدعى انعقاده على التسلط على الرد،

فيختص بصورة البقاء و الحق فى جامع المقاصد بخيار الغبن فى التردد خيار الرؤية، و من مواضع التردد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار

على وجه ارادتهما التسلط على مجرد الرد،

المتوقف على بقاء العين، فإن الفسخ و ان لم يتوقف على بقاء العين، الا انه إذا فرض الغرض من الخيار الرد أو الاسترداد، فلا يبعد

اختصاصه بصورة البقاء و التمكن من الرد، و الاسترداد. (٢) و ان كان حكمه فى خيارى المجلس و الحيوان، الا ان الحكم اعم موردا

من الحكمه إذا كان الدليل يقتضى العموم

ثالثها: ان المورد مورد للتمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لا باستصحاب حكم الخاص.

(١) الثالث: ان الخيار الثابت بحديث لا ضرر لو قلنا به، هل يكون باقيا بعد التلف ام لا ربما يقال بالثانى نظرا الى ان قاعدة نفى الضرر،

انما تنفى اللزوم و تثبت الجواز، و المتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فإذا امتنع ردها لا دليل على جواز فسخ العقد و فيه: ان

حديث نفى الضرر ينفى اللزوم، فيثبت بديله و بديل لزوم العقد جوازه و تراد العوضين غير مربوط بحديث نفى الضرر- فالحق هو

الاول:

(٢) الرابع إذا كان الخيار ثابتا بعنوان الرد و الاسترداد فهل يرتفع بالتلف ربما يقال بذلك لعدم امكان الرد معه و لكن يرد عليه انه

يمكن ان يكون المراد هو الرد و الاسترداد فى الملك لا خارجا و هذا لا يتوقف على بقاء العين بل الظاهر منه ذلك.

الخامس: الخيار الذى، يجعله المتعاقدان، ان علم مقصودهما، فلا كلام، و ان قصد الخيار بما له من المعنى كان باقيا بعد التلف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٤٨

بخلاف ما إذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه التصريح به فى الكلام، أو استظهاره منه بعدم تعلق الغرض. الا بالرد أو

الاسترداد. و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن فى البيع الخيارى إذا تلف المبيع عند المشتري، لأن الثابت من

اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رد الثمن لا التسلط على مطلق الفسخ المشروع مطلقا، و لو عند التلف لكن لم

اجد من التزم بذلك أو تعرض له. و من هنا يمكن ان يقال فى هذا المقام و ان كان مخالفا للمشهور، بعدم ثبوت الخيار عند التلف،

الا فى موضع دل عليه الدليل، إذ لم يدل ادلة الخيار من الاخبار و الاجماع الا على التسلط على الرد أو الاسترداد، و ليس فيها التعرض

للفسخ المتحقق مع التلف ايضا، و ارادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينه فى كلمات الشارع، لما عرفت فى اول باب الخيارات من انه

استعمال غالب في كلمات بعض المتأخرين. (١)

نعم لو دل الدليل الشرعي على ثبوت خيار الفسخ المطلق، الشامل لصورة التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف ايضاً، والله العالم.

السادس: ان الخيارات التي اخذ في لسان دليلها عنوان الخيار كقوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا «١» هل تكون باقية بعد التلف، ام لا ظاهر المصنف (رحمه الله)

(١) الثاني من جهة ان ارادة ملك فسخ العقد من لفظ الخيار انما تكون من المستحدثات و ليس في الروايات من ذلك اثر فالمتيقن من النصوص جواز الرد و الاسترداد و هو انما يكون مع بقاء العين و فيه: ان الخيار انما يكون مقابل اللزوم كما يشهد له مضافا الى انه المتفاهم منه عرفا ما تضمن من النصوص ثبوت الخيار، الى ان يصير العقد لازماً- و بالجملة- كون المراد من الخيار ملك فسخ العقد واضح و عليه فيكون باقيا بعد التلف لبقاء العقد، و احتمال كون الحق مأخوذاً على وجه مخصوص و هو حق حل العقد المتعلق بالعوضين بشخصيهما يدفعه الاطلاق.

(١) الوسائل - باب ٣- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٩

مسألة لو فسخ ذو الخيار، فالعين في يده مضمونة (١)

بلا خلاف على الظاهر، لأنها كانت مضمونة قبل الفسخ، إذ لم يسلمها ناقلها الا في مقابل العوض، و الاصل بقاؤه (٢) إذ لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ امانة، إذ الفسخ انما هو من قبله، و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها امانة مالكية أو شرعية، ليكون غير مضمونة برضا المالك، أو بجعل الشارع و اذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم، و مرجع ذلك الى عموم على اليد ما اخذت، (٣) أو الى انها قبضت مضمونة، فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي، اعنى المثل أو القيمة، كما في البيع الفاسد، هذا، و لكن المسألة لا تخلو عن اشكال. و أما العين في يد المفسوخ عليه، ففي ضمانها أو كونها امانة اشكال مما في التذكرة من انه قبضها قبض ضمان، فلا- يزول الا- بالرد الى مالكة، و من ان الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركه العين في يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضى للاستئمان، و ضعفه في جامع المقاصد، بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت و الله العالم، هذا بعض الكلام في الخيارات و أحكامها و الباقي محول إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء و الحمد لله صلى الله على محمد و آله.

كون العين مضمونة بعد الفسخ

(١) قوله لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة قد استدلل للضمان بوجهين.

(٢) الاول: انها كانت مضمونة قبل الفسخ و الاصل بقائه و فيه: ان المعلوم سابقا هو الضمان المعاوضى و ما يراد اثباته هو ضمان الغرامة فلا يجرى الاصل و استصحاب الجامع بينهما من قبيل الاستصحاب في القسم الثالث من اقسام الكلى و لا يجرى.

(٣) الثانى: عموم على اليد فانه يقتضى ضمان كل ما هو تحت يد غير مالكة خرج عنه اليد الامانية، و فى المقام ليست يد الفاسخ امانية و فيه: ان ذلك يتم فى المقدار الزائد عما يقتضيه ضرورة الايصال- و أما فى ذلك المقدار، فهو مأذون من الشارع فى امساكه بل و من قبل مالكة للقطع برضاه بحفظه و امساكه فيده امانية فالظاهر عدم الضمان،

و بما ذكرنا يظهر الحال فيما بيد المفسوخ عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٠

القول في النقد و النسبة.

اشارة

قال في التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم في احد العوضين إلى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد. و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالي بالكالي. و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هي النسبة. و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر اعم من الكلي و بالمؤجل خصوص الكلي. (١)

النقد و النسبة

طفحت كلماتهم بما افاده العلامة في التذكرة من انقسام البيع باعتبار التأخير و التقديم الى اربعة اقسام، و منها بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هي النسبة، و في المتن.

(١) و المراد بالحاضر اعم من الكلي و بالمؤجل خصوص الكلي و لكن الظاهر ان المؤجل ليس عبارة عن تعليق التمليك على مضي الاجل، إذ لا تعليق في البيع اجماعاً، و لاعن تعليق المملوك و الثمن عليه: إذ الاعيان لا تتقدر بالزمان، بل المراد شرط تأخير الأداء الى رأس المدة المعلومة.

فما عن المحقق الخراساني (رحمه الله) من انه من قبيل الثاني، ضعيف.

و على ما ذكرناه لا اختصاص للمؤجل بالكلي، بل يتصور ذلك في العين الشخصية، فيشترط ان تكون العين الى مدة كذا في يد المشتري امانة أو عارية.

و به يظهر ما في كلام المصنف (رحمه الله)

اطلاق العقد يقتضى النقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥١

مسألة اطلاق العقد يقتضى النقد، (١)

و علله في التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين الى الآخر، فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها (٢) فيكون المراد من النقد عدم حق للمشتري في تأخير الثمن، و المراد المطالبة مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل المثلث أو مكن منه على الخلاف الآتي في زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري، و يدل على الحكم المذكور ايضا الموثق في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى. ثم افترقا، قال: وجب البيع و الثمن، إذا لم يكونا شرطاً فهو نقد.

فلو اشترط تعجيل الثمن، كان تأكيد المقتضى الاطلاق (٣) على المشهور، بناء على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط من ارادة عدم المماطلة و التأخير، عن زمان المطالبة لا ان يعجل بدفعه من دون مطالبة إذ لا يكون تأكيداً حينئذ لكنه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذي هو محط نظر المشهور، مع ان مرجع عدم المطالبة في زمان استحقاقها الى القاء هذا الحق المشتري في هذا المقدار من الزمان.

و كيف كان فاستقصاء القول في هذه المسألة بيان امور.

(١) الاول ما افاده المصنف من ان اطلاق العقد يقتضى النقد واضح لا ريب فيه.
 (٢) و على ضوء ما ذكرناه فى معنى التأجيل اتضح ان ما افاده (رحمه الله) فى بيان المراد من النقد متين: فان لزوم الأداء بعد العقد، انما يكون بمقتضى ما دل على تسلط الناس على اموالهم، «١» فمع عدم اشتراط التأجيل و مطالبة المالك يجب رده إليه.
 و يمكن ان يقال: ان لزوم التسليم مما يقتضيه الشرط الضمنى ايضا.
 و يشهد بالحكم - مضافا الى ذلك - موثق عمار بن موسى عن ابي عبد الله (عليه السلام) فى رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا فقال (عليه السلام): وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد «٢».
 (٣) قوله فلو اشترطا تعجيل الثمن كان تأكيد المقتضى الاطلاق.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٣ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب احكام العقود حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٥٢

و كيف كان، فذكر الشهيد (رحمه الله) فى الدروس ان فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد، فاخل المشتري (١) به و قوى الشهيد الثانى ثبوت الخيار مع الاطلاق ايضا. يعنى عدم تعيين الزمان إذا اخل به فى اول وقته (٢)

و لكن اشتراط التعجيل يتصور على وجوه:

احدها: ان يشترط ثبوت حق التعجيل بنحو النتيجة و مثل هذا الشرط لا يكون نافذا، لأنه لم يثبت كونه من قبيل الحق الاعتبارى، و مع ذلك فهو ليس مؤكدا لمقتضى العقد لعين هذا الوجه.

ثانيها: ان يشترط التعجيل و الاسراع حتى مع عدم المطالبة، و هذا يكون تأكيدا لما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامى، و بما فى ضمنه من شرط الأداء، فان مقتضاه الأداء حتى مع عدم المطالبة خارجا.
 فما فى المتن من انه لا يكون تأكيدا على هذا غير تام.

ثالثها: ان يشترط التعجيل مع المطالبة، و هو ايضا تأكيد لمقتضى العقد.

رابعها: ان يشترط عدم حق للمشتري فى التأخير.

و قد يقال: انه صحيح و مؤكد لمقتضى العقد، فانه لو شرط التأجيل كان مقتضاه حق التأخير، و مقتضى عدمه الذى هو معنى الاطلاق عدم حق له فى التأخير، فهذا الشرط مؤكد لمقتضى العقد.

وفيه: ان المشتري لا حق له فى التأخير لعدم العلة، فلا معنى لاشتراطه.

و كيف كان: فما هو المتعارف من شرط التعجيل مؤكدا لمقتضى العقد،

فما عن الجواهر من انكاره فى غير محله.

(١) و الشهيد (رحمه الله) قال فى الدروس ان فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد فاخل المشتري به و ظاهر ذلك فى بادئ النظر اختصاص الخيار بما إذا عين زمان النقد فاخل المشتري به.

(٢) و عن الشهيد الثانى: ثبوت الخيار عند التخلف و ان اطلق التعجيل و لم يقيد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٥٣

و هو حسن، (١) و لا يقدر فى الاطلاق عدم تعيين زمان التعجيل، لأن التعجيل المطلق معناه الدفع فى اول اوقات الامكان عرفا، و لا حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل. (٢) لأن المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، امكن

اجباره به ام لم يمكن وجب أو لم يجب. فإن مسألة ان ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر اجباره على الوفاء. مسألة اخرى مضافا الى عدم جريانها في مثل هذا الشرط

بزمان معين،

(١) و استحسنة المصنف (رحمه الله) لان التعجيل المطلق معناه الدفع في اول اوقات الامكان عرفا.

ما افاده العلمان متين،

و لكن الظاهر ان الشهيد لم يرد من كلامه هذا اختصاص الخيار بما إذا عين زمان النقد،

بل مراده انه في صورة الاطلاق بعد مضي اول اوقات الامكان العرفي يثبت الخيار بخلاف ما إذا عين زمان النقد، فانه بمضي هذا المقدار لا يثبت الخيار، بل يتوقف على مضي ذلك الزمان، مثلا لو وقع البيع في اول الصبح و اشترط التعجيل بلا تعيين زمان لو اخر الأداء ساعة مثلا- يثبت الخيار، و أما لو اشترط التعجيل الى الغروب فقبل الغروب لا- خيار له، و انما يثبت الخيار لو اخر الأداء عن الغروب. ففائدة هذا الشرط التضييق في زمان الخيار.

(٢) قوله و لا حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل هذا ايراد على صاحب الجواهر (رحمه الله) حيث انه اورد على الفقهاء بانهم حكموا بالخيار من دون تقييد بعدم امكان الاجبار، مع انه لا بد من ذلك.

و محصل ما اورده المصنف (رحمه الله) عليه امران:

الأول: ان الخيار معلق على فوات التعجيل، لا نفسه، فالموضوع غير قابل للاجبار،

و بعبارة اخرى: ان الخيار لم يعلق على التعجيل الذى يمكن فيه الاجبار، بل علق على فواته غير الممكن فيه ذلك، و الظاهر ان هذا مراده لاما افاده السيد المحشى (رحمه الله)

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٥٤

إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفع لأنه غير الزمان المشروط فيه الاداء (١)

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة (٢)

غير محتملة مفهوما و لا مصداقا للزيادة و النقصان الغير المسامح فيهما، فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر، (٣) و لما دل فى السلم الذى هو عكس المسألة على وجوب تعيين الاجل و عدم جواز السلم الى دياس أو حصاد، (٤) و لا فرق فى الأجل المعين بين الطويل و القصير.

من ان الكلام فى اصل ثبوت الخيار لا فى بيان جميع ما يعتبر فيه حتى يجب التعرض لهذه الجهة ايضا.

(١) الثانى: ان الاجبار قبل اول ازمته الامكان عرفا حيث لا حق للبائع لا يجوز بعد مضيه لا معنى للاجبار، فانه ليس اجبارا على التعجيل المشترك لفوات موضوعه،

و اول ازمته الامكان هو زمان الأداء، و هو غير قابل للاجبار.

و لكن يرد على الوجه الثانى: اولاً: النقص بالاجبار على الواجبات، فان لازم هذا البيان عدم امكانه، اما فى الواجبات المضيقه فلأنه قبل انقضاء زمانه لا يجوز الاجبار،

و بعده لا مورد له، و أما فى الموسعة فلأنه قبل ان يصير وقته مضيقا لا يجوز الاجبار، و بعده حكمها حكم المضيقه.

و ثانيا: بالحل، و هو انه يجوز الاجبار فى اول وقت الأداء، و لو قلنا بعدم توسعه وقته و فى آخر الوقت لو قلنا بتوسعته.

اشترط تأجيل الثمن

الثاني: بعد ما لا كلام في جواز اشترط تأجيل الثمن في الجملة فاعلم: انه.

(٢) يجوز اشترط تأجيل الثمن مدة معينة غير محتملة للزيادة و النقصان بلا كلام.

(٣) كما لا كلام في انه يبطل لو لم يعين ذلك بلا خلاف للغرر.

(٤) و أما الاستدلال له بما دل في السلم على وجوب تعيين الاجل و عدم جواز السلم الى دياس أو حصاد، «١»

فغير صحيح، إذ بعد عدم العلم بالمناط يكون ذلك من قبيل القياس

(١) الوسائل - باب ٣ من ابواب السلف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٥

و عن الاسكافي المنع من التأخير إلى ثلاث سنين. (١) و قد يستشهد له بالنهي عنه في بعض الأخبار مثل رواية أحمد بن محمد، قلت لأبي الحسن إني أريد الخروج إلى بعض الجبال. إلى أن قال: إنا إذا بعناهم نسيئته كان أكثر للريح، فقال فبعهم بتأخير سنة قلت: بتأخير سنتين قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين قال: لا.

و المحكى عن قرب الاسناد عن البنظي، انه قال لأبي الحسن الرضا (عليه السلام) ان هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق، فقال (عليه السلام) إذا اردت الخروج فخرج فانها سنة مضطربة، و ليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: انهم قوم ملأ و نحن نحتمل التأخير، فنباعهم بتأخير سنة، قال: بعهم، قلت: سنتين، قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين، قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين.

و ظاهر الخبرين الارشاد لا التحريم فضلا عن الفساد، (٢) و هل يجوز الافراط في التأخير (٣) إذا لم يصل الى حد يكون البيع معه سفها و الشراء اكلا للمال بالباطل، فيه وجهان. قال في الدروس لو تمادى الاجل الى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالبا كالف سنة. ففي الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، و من الاجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، و هو اقرب و ما قربه هو الاقرب، لأن ما في الذمة،

و لو كان مؤجلا بما ذكر مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع بل و بالبيع، كما اختاره في التذكرة.

(١) و عن الاسكافي المنع من التأخير الى ثلاث سنين و استدلال له بخبر احمد بن محمد «١» و خبر البنظي «٢» المذكورين في المتن.

(٢) و الجواب عنه ما افاده المصنف من ظهورهما في الارشاد لا التحريم فضلا عن البطان.

(٣) و هل يجوز الافراط في التأخير إذا لم يصل الى حد يكون البيع معه سفها؟ فيه وجهان.

الظاهر ان التأجيل بمقدار لا يعد الثمن المؤجل مالا عند العقلاء لا إشكال في فساده

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب العقود حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٦

نعم يبقى الكلام في انه إذا فرض حلول الاجل شرعا بموت المشتري، كان اشترط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا، بل مخالفا للمشروع، حيث ان الشارع اسقط الاجل بالموت، (١) و الاشترط المذكور تصريح ببقائه بعده، فيكون فاسدا بل ربما كان مفسدا و إن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشترط مدة مجهولة، فافهم.

فانه من قبيل البيع بلا ثمن.

(١) ولا يصح: ان يقال ان الدين حيث يصير معجلا بالموت فأىّ زمان جعل اجلا و لو كان فى نفسه لا يعتبره العقلاء مالا الا انه بعد هذا الحكم من الشارع تكون له المالىة، و بهذا القيد يكون مالا،

فان هذا الحكم مترتب على الدين المؤجل، فلا بد من ملاحظة الدين قبل هذا الحكم، و المفروض انه لا دين قبله لعدم المالىة له، و فى مقابل هذا القسم ما لو جعل المدة قصيرة جدا،

انما الكلام فيما لو اجل الثمن الى ما لا يطمئن ببقاء المتعاقدين الى ذلك الحين، بل يطمئن بعدم البقاء كمائة سنة مثلا، و فى هذا المورد لا إشكال فى ذلك من حيث انه مال، و الاشكال انما هو من جهات اخرى:

احداها: لزوم اللغوئىة، فانه إذا فرض حلول الأجل شرعا بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا. و فيه: ان مجرد اللغوئىة لا يوجب البطلان.

ثانيها: لزوم الغرر من ذلك بعد ملاحظة حكم الشارع بحلول الأجل، فانه حينئذ لا يدري مدة تأجيل الثمن.

و فيه: ان الموضوع لما نهى عنه «١» هو الغرر العرفى، مع قطع النظر عن الحكم الشرعى، و فى المقام مع قطع النظر عن الحكم الشرعى لا غرر هناك.

ثالثها: ان هذا الشرط مخالف للكتاب إذ الشارع اسقط الأجل بالموت، و الاشترط المذكور تصريح ببقائه بعده، فيكون فاسدا.

و فيه: ان الشرط فى نفسه ليس مخالفا للشرع، إذ الشارع حكم تعبدا بحلول

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٥٧

ثم ان المعتبر فى تعيين المدة هل هو تعيينها فى نفسها و ان لم يعرفها المتعاقدان فيجوز التأجيل الى انتقال الشمس الى بعض البروج كالنيروز، و المهرجان،

و نحوهما، ام لا بد من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد، و جهان (١) اقواهما الثانى،

تبعاً للدروس و جامع المقاصد لقاعدة نفى الغرر، (٢) و ربما احتمل الاكتفاء فى ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة فى نفسها كاوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق حيث انه له شراء وزنة مثلا بعيار بلد مخصوص، و ان لم يعرف مقدارها و ربما استظهر ذلك من

التذكرة.

ولا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال، إذ المضبوطة فى نفسه غير مجد فى مقام يشترط فيه المعرفة، إذ المراد بالاجل الغير القابل للزيادة و النقيصة ما لا يكون قابلا لهما حتى فى نظر المتعاقدين لا فى الواقع. و لذا اجمعوا على عدم جواز التأجيل الى موت فلان، مع

انه مضبوط فى نفسه و ضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدى ايضا، و ما ذكر من قياسه على جواز الشراء بعيار بلد مخصوص

الأجل بالموت بعد صحة هذا الدين، و الشرط ليس هو عدم حلول الأجل كى يخالف الكتاب، بل هو تأجيل الثمن الى مدة معينة، و حكم الشارع بالحلول انما هو فى مرتبة متأخرة عن هذا الشرط، فانه لو صح الشرط و تحقق الدين ترتب عليه هذا الحكم،

فلا يعقل ان يكون منافيا له، و لو لا ذلك لما بقى لهذا الحكم موضوع، إذ الدين المؤجل لا بد و ان يكون شرط تأجيله فى ضمن عقد من العقود، و المفروض بطلان شرط التأجيل الى مدة بعد الموت.

(١) و هل المعتبر فى تعيين المدة تعيينها فى نفسها و ان لم يعرفها المتعاقدان ام لا بد من معرفة المتعاقدين بها؟ و جهان.

(٢) بعد ما عرفت من ان وجه بطلان شرط التأجيل الى مدة مجهولة انما هو لزوم الغرر، و عرفت سابقا ان الغرر عبارة عما لا يؤمن خطره، تعرف ان المعيار هو المعلوماتية عند المتعاقدين، و لا تكفى المعلوماتية عند الناس لو كانت المدة مجهولة عندهما، فان المعلوماتية عند الناس كالمعلوماتية الله تعالى، فكما ان علمه تعالى بذلك لا يوجب رفع الغرر، كذلك علم الناس به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٨

لا نقول به بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفا، كما تقدم في شروط العوضين. و ظاهر التذكرة اختيار الجواز حيث قال: بجواز التأقيت بالنيروز و المهرجان، لأنه معلوم عند العامة، و كذا جواز التأقيت ببعض اعياد اهل الذمة إذا عرفه المسلمون، لكن قال: بعد ذلك و هل يعتبر معرفة المتعاقدين، قال بعض الشافعية: نعم. و قال بعضهم لا يعتبر، و يكتفى بمعرفة الناس سواء اعتبر معرفتهما أولا و لو عرفا كفى، انتهى.

ثم الاقوى اعتبار معرفة المتعاقدين و التفاتهما الى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات و الحساب.

مسألة لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا، (١)

ففي المبسوط و السرائر و عن اكثر المتأخرين انه لا يصح، و علله في المبسوط و غيره بالجهالة، كما لو باع اما هذا العبد و أما ذاك.

البيع بثمانين حالا و مؤجلا

(١) الثالث قال المصنف: لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا كلمات الأصحاب في هذه المسألة مضطربة، فالاولى صرف عنان الكلام

الى ما تقتضيه الأدلة،

و تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الأول: فصور البيع الموضوع في هذه المسألة ثلاث:

الاولى: ان يكون هناك بيع واحد بثمانين.

الثانية: ان يكون بيعان.

الثالثة: ان يكون بيع و شرط.

اما الاولى: فان كان المجمعول في البيع ثمنا مرددا بين الثمنين واقعا كان ذلك باطلا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٩

...

لعدم المعقولية، إذ المردد لا-وجود له في الخارج، من غير فرق في ذلك بين كون تملك كل منهما بنحو التردد فعليا، ام كان احدهما فعليا و الآخر المؤجل معلقا على مجيء وقته، و ان كان المجمعول هو ما يختاره المشتري بعد ذلك الذي هو معين واقعا بطل البيع للغرر.

و ما عن المحقق الأردبيلي (رحمه الله) من عدم الغرر لأن الثمن معلوم على كل من التقديرين و الاختيار الى المشتري،

غير تام، فانه لا غرر على المشتري، و لكنه غرر بالنسبة الى البائع لأنه لا يدرى ما يختاره المشتري.

و أما الصورة الثانية: و هي ان يكون هناك بيعان معلقان بان يقول ان كان الثمن نقدا فبعتك بدرهم و ان كان مؤجلا فبدرهمين،

فمقتضى القاعدة هو البطلان فيها، إذ التعليق مبطل للبيع.

و أما الصورة الثالثة: و هي ان يبيع بالأقل حالا و يشترط زيادة مقدار الى الأجل المسمى فلا كلام في بطلان الشرط، فانه من الربا، انما الكلام في البيع، و الأظهر صحته، و لا مانع من صحته سوى وقوع الشرط الفاسد في ضمنه، و هو لا يكون مفسدا كما تقدم، فالثمن هو الأقل احرام لم يؤخر، و لكن ليس له التأخير لأن الرضا به مقيد بالشرط و قد فسد، فمقتضى ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه لزوم التعجيل.

و ما افاده المصنف (رحمه الله) بعد اسطر في تصحيح التأخير: بان الزيادة تكون في قبال اسقاط حق مطالبه البائع الى الأجل المعين لا في قبال التأخير كى لا يستحق المشتري التأخير إذا لم يستحق البائع الزيادة، غير تام، فان حق المطالبة ليس من الحقوق القابلة للاسقاط، بل هو حكم بالسلطنة على المطالبة، مع ان المجموع في قبال الزيادة اما سقوط هذا الحق أو اسقاطه، و لازم الأول عدم السقوط مع عدم نفوذ الشرط، منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٠

و يدل عليه ايضا ما رواه في الكافي انه (عليه السلام) قال من ساوم بثمانين احدهما عاجلا و الآخر نظره فليس احدهما قبل الصفقة. و يؤيده ما ورد من النهي عن شرطين في بيع و عن بيعين في بيع بناء على تفسيرهما بذلك. و عن الاسكافي، كما عن الغنية أنه روى عن النبي (صلى الله عليه و آله) أنه قال لا يحل صفقتان في واحدة، قال و ذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا، و إن كان بالنسيئة فبكذا، هذا إلا أن في رواية محمد بن قيس المعبره أنه قال أمير المؤمنين (عليهما السلام) من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد. و كذا نظره فخذها بأى ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما و إن كانت نظره. و في رواية السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه ان عليا (عليه السلام) قضى في رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا، و بالنسيئة كذا، فاخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال هو باقل الثمنين و ابعده الاجلين

و لازم الثاني عدم استحقاق المشتري اسقاط البائع حق المطالبة.

فتحصل: ان مقتضى القاعدة عدم جواز التأخير في هذه الصورة، و لكن لو اخر لا يستحق ازيد من الأقل.

و أما المقام الثاني: فنصوص الباب متعددة،

منها: ما ورد من النهي عن شرطين في بيع و عن بيعين في بيع، «١» فانهما قد فسرا بذلك، و لكن ذلك مجمل لا يمكن الاستناد إليه في حكم و هو واضح.

و منها: النبوي انه (صلى الله عليه و آله) قال: لا يحل صفقتان في واحدة «٢».

قال السيد ابن زهرة بعد نقله: و ذلك بان يقول ان كان بالنقد فبكذا، و ان كان بالنسيئة فبكذا، و هو ضعيف السند للارسال.

و منها: خبر «٣» محمد بن قيس عن أمير المؤمنين (عليه السلام) - بسند معتبر المذكور في المتن و منها خبر «٤» السكوني عن الامام علي (عليه السلام) المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٢.

(٤) المستدرک - باب ٢ - من ابواب احكام العقود حديث ٢، و رواه في الغنية ايضا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦١

فقال هو بأقل الثمنين و ابعده الاجلين، فيقول ليس له الا اقل النقيدين الى الاجل الذى اجله نسيته.

و عن ظاهر جماعة من الاصحاب العمل بهما، و نسب الى بعض هؤلاء القول بالبطلان، فالاولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل من هؤلاء من دون اسناد احد القولين إليهم، (١) قال فى المقنعة: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقوله هذا المتاع بدرهم نقدا و بدرهمين الى شهر أو سنة أو بدرهم الى شهر،

و بدرهمين الى شهرين، فان ابتاع انسان شيئا على هذا الشرط كان عليه اقل الثمنين فى آخر الاجلين. و هذا الكلام يحتمل التحريم مع الصحة، و يحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع، فإن اللازم مع فرض فساد البيع بالاقل الذى يبيع به نقدا، لأنه قيمة ذلك الشئ، و معنى قوله فى آخر الاجلين انه لا يزيد على الاقل و ان تأخر الدفع الى آخر الاجلين، أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك، و يحتمل ارادة الكراهة، كما عن ظاهر السيد (قدس سره) فى الناصريات، ان المكروه ان يبيع بثمانين بقليل ان كان الثمن نقدا، و بأكثر ان كان نسيه، و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد كما سيجىء. و عن الاسكافى انه بعد ما تقدم عنه من النبوى الظاهر فى التحريم قال: و لو عقد البائع للمشتري كذلك و جعل الخيار إليه لم اختر للمشتري ان يقدم على ذلك، فإن فعل و هلكت السلعة لم يكن للبائع الا اقل الثمنين، لإجازته البيع، به، و كان للمشتري الخيار فى تأخير الثمن لاقل الى المدة التى ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زيادة على الثمن الاقل.

و فى النهاية فإن ذكر المتاع بأجلين و نقدين على التخيير، مثل ان يقول بعثك هذا بدينار أو درهم عاجلا أو الى شهر أو سنة أو بدينارين أو درهمين الى شهر أو شهرين أو سنتين، كان البيع باطلا، فإن امضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع اقل الثمنين فى آخر الاجلين انتهى

و قد عمل بهما جماعة، و نسب الى بعضهم القول بالبطلان، فكما افاده المصنف (قدس سره)

(١) الاولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل من هؤلاء من دون اسناد احد القولين إليهم - ثم نعقبه بما يخطر بالبال

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٦٢

و عن موضوع من الغنية قد قدمنا ان تعليق البيع بأجلين و ثمنين، كقوله بعث الى مدة بكذا و الى اخرى بكذا يفسده، فإن تراضيا بانفاذه كان للبائع اقل الثمنين فى ابعده الاجلين بدليل اجماع الطائفة، و عن سلالر ما علق باجلين و هو ان يقول: بعثك هذه السلعة الى عشرة ايام بدرهم و الى شهرين بدرهمين كان باطلا غير منعقد، و هو المحكى عن ابى الصلاح. و عن القاضى: من باع شيئا بأجلين على التخيير مثل ان يقول ابيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا و بدرهمين أو دينارين الى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين كان باطلا، فإن امضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع اقل الثمنين فى آخر الاجلين.

و قال فى المختلف بعد تقوية المنع: و يمكن ان يقال انه رضى بالثمن الاقل، فليس له الاكثر فى البعيد و الا لزم الربا إذ يبقى الزيادة فى مقابل تأخير الثمن لا غير، فإذا صبر الى البعيد لم يجب له الاكثر من الاقل، انتهى.

و فى الدروس: ان الاقرب الصحة و لزوم الاقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري، لازما من طرف البائع لرضاه بالاقل، فالزيادة ربا. و لذا ورد النهى عنه و هو غير مانع من صحة البيع، انتهى.

اقول لكنه مانع من لزوم الاجل من طرف البائع، لأنه فى مقابل الزيادة الساقطة شرعا إلا أن يقال: إن الزيادة ليست فى مقابل الأجل بل هى فى مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه، و الزيادة و ان كانت لکنه ربا كما سيجىء الا ان فساد المقابلة لا يقتضى فساد الاسقاط، كما احتتمل ذلك فى مصالحة حق القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له أو حرته، بل قال فى التحرير بالرجوع الى الديه، و حينئذ فلا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبة قبل الاجل، لكن المشتري لو اعطاه و جب عليه القبول، إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الاجل، و انما سقط حقه من التعجيل.

و يمكن ايضا حمل الرواية على ان الثمن هو الاقل، لكن شرط عليه ان يعطيه على التأجيل شيئا زائدا، و هذا الشرط فاسد لما سيجيء من ان تأجيل الحال بزيادة ربا محرم،
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٣

لكن فساد الشرط لا- يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعة، و حينئذ فللبائع الاقل، و ان فرض ان المشتري اخره الى الاجل، كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس و ان كانت نظرة لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط،
 أو البناء عليها تشريعا. و لعل هذا مبني قول الجماعة (قدس الله اسرارهم) فإن امضيا البيع بينهما كذلك بمعنى انهما تراضيا على هذه المعاملة لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها شيئا زائدا على الاقل، لفساد المقابلة و مرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولا بطلانه بهذه الخصوصية، و عدم ترتب الاثر المقصود عليه.

و قد تلخص من جميع ما ذكرنا ان المعاملة المذكورة في ظاهر متن الروايتين لا إشكال و لا خلاف في بطلانها، بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدا عليه. و أما الحكم بامضائهما، كما في الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حل المال على الرضا و طيب النفس، و كون الاكل لاعن تراض اكلا للباطل، فيقع الاشكال في

و قد حمل خبر ابن قيس بعض على ارادة البطلان و كون المشتري ضامنا للمبيع التالف في يده بالثمن الأقل بعد دعوى كون القيمة بحسب الغالب بمقدار الثمن المعين على تقدير التقد.

و فيه: انه لم يذكر في الخبر ما يشهد لكونه في مقام بيان حكم صورة التلف خاصة.

و قد حملة بعضهم على صورة كون الزيادة من باب الشرط، و كون الثمن هو الأقل- اى الصورة الثالثة المتقدمة و اصر على ذلك المحقق الاصفهاني (رحمه الله)،

و هو و ان كان خلاف الظاهر جدا لأن قوله في الخبر و كذا نظرة جعل الثمن هو الزائد على تقدير النظرة، و يؤكده قوله فخذها باى ثمن شئت الصريح في تعدد الثمن،

الا ان الحمل على الصورة الاولى أو الثانية مستلزم لتعبد بملكية الأقل مؤجلا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٤

نهوض الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للاصل، ثم ان الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في مورد هما، (١) و أما ما عدها كما إذا جعل له الاقل في اجل و الاكثر في اجل آخر، فلا ينبغي الاستشكال في بطلانها، لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الاصل. و فى التحرير البطلان هنا قولاً واحداً. و حكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك الا انك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسألتين، و ان لم ينسب ذلك فى الدروس الا الى المفيد (قدس سره) لكن عن الرياض: ان ظاهر الاصحاح عدم الفرق فى الحكم بين المسألتين، و هو ظاهر الحدائق ايضا، و ما ابعدها بينه و بين ما تقدم من التحرير، ثم ان العلامة فى المختلف ذكر فى تقريب صحة المسألة انه مثل ما إذا قال المستأجر لخياطة الثوب: ان خطته فارسيا فبدرهم، و ان خطته روميا فبدرهمين، و اجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها الى الجعالة.

من دون سبب معاملى، إذ البيع متقوم بالقصد المنتفى هنا على الفرض، و هو لا يمكن، فيتعين الحمل المزبور من جهة انه لا يلزم منه التعبد بامر غير ممكن غاية كونه خلاف الظاهر.

ثم الخبر لا يكون متعرضا لاستحقاق المشتري التأخير الى ابعده الأجلين، و يكون ذلك لازما على البائع، بل غاية ما يستفاد منه جواز التأخير.

و مما ذكرناه ظهر الحال في خبر السكوني بل حمله على الصورة المزبورة لا يكون منافيا لما هو الظاهر منه.
 (١) قوله ثم ان الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في مورد ما عرفنا من ان الخبرين، انما يتضمنان الحكم بالصحة في مورد يكون الصحة هناك موافقة للقاعدة، لا بد من البناء على الصحة في هذا المورد ايضا،
 و لعل ما عن الفقهاء من عدم الفرق بين المسألتين، بل عن الرياض ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق،
 يكون مؤيدا لما ذكرناه من حمل الخبرين على الصورة الثالثة: إذ لو كانا متضمنين للصحة في غيرها، لم يكن وجه للحكم بالصحة في هذه المسألة الا القياس
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٥

مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب (١)

اجماعا، لان ذلك فائدة اشتراط التأجيل، و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف، بل عن الرياض الاجماع عليه، و في جامع المقاصد في باب السلم نسبة الخلاف الى بعض العامة، و علل الحكم في التذكرة في باب السلم بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنه (٢) و فيه تأمل.

القبول و الاسقاط قبل حلول الأجل

(١) قوله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب و تمام الكلام في هذه المسألة في طي فرعين:
 الأول: انه هل يجب القبول على البائع لو تبرع المشتري بدفع الثمن ام لا؟
 الثاني: انه إذا اسقط المشتري الأجل الذي يستحقه هل يسقط و يكون للبائع مطالبته في الحال ام لا؟
 اما الأول: فالمشهور بين الأصحاب: عدم وجوب القبول، و المراد بالوجوب ما سيأتي في المسألة الآتية من وجوب القبول لو كان الدين حالا.
 و استدلل له بوجوه:

(٢) احدها: ما عن التذكرة، و هو: ان التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقلد المنه.
 و فيه: ان الزائد لا يكون ملكا، و صيرورته كذلك تتوقف على القبول، و هذا بخلاف التعجيل الذي هو خصوصية في اداء ما هو ملك له.
 و لعله لذلك امر المصنف بالتأمل بعد نقله ثانيها: ما عن المحقق الخراساني (رحمه الله)، و هو: ان المملوك شيء مؤجل، و هو لا ينطبق على المدفوع بالحال.

و فيه: ما عرفت في اول مبحث النقد و النسيئة من ان المؤجل ليس الا الدين الحالي مع جواز التأخير في الأداء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٦

و يمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع، من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله اياه كالودعي، فإن ذلك حق عرفا (١) و بالجملة ففي الاجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر.

و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال و المؤجل، حيث انه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون، و اندفع ايضا ما يتخيل من ان الأجل حق مختص بالمشتري، و لذا يزداد الثمن من اجله، و له طلب النقصان في مقابل التعجيل، و ان المؤجل كالواجب الموسع في انه يجوز فيه التأخير و لا يجب، ثم انه لو اسقط المشتري اجل الدين. (٢) ففي كتاب الدين من التذكرة و القواعد انه لو اسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته في الحال، و علله في جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم

(١) ثالثها: ما في المتن و هو: ان التأجيل كما يكون حقا للمشتري يكون حقا للبائع من جهة ان المشتري التزم بحفظ ماله في ذمته، و المشتري انما يكون مسلطا على حقه دون حق البائع.

لا كلام و لا إشكال في ان الزام الشخص و التزامه بحفظ مال غيره مشروع، و إذا وقع في ضمن العقد كان لازما، و ما لم يرفع المالك يده عن ذلك يجب على المشروط عليه الحفظ.

انما الكلام في الشروط الخارجية المتعارفة بين الناس المتعلقة بتأجيل الثمن، فان الظاهر منهم اعتبار الاجل حقا للمشتري فقط، و عليه فيجب على البائع القبول. نعم إذا اعتبر حقا للبائع أو لكل منهما على الآخر لم يجب القبول.

(٢) اما الفرع الثاني: و هو انه لو اسقط المشتري الاجل فهل يسقط فقد استدل لعدم سقوط حق التأجيل بالاسقاط بوجوه:

(٣) احدها: ما عن جامع المقاصد و هو: انه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الاسقاط.

وفيه: انه ان اريد بذلك انه من قبيل الحكم لا الحق فلا يسقط بالاسقاط،

فيرد عليه: ان التأجيل انما يكون بجعل من الدائن، و امضاء من الشارع الأقدس،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٧

لانه المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط، و لأن في الأجل حقا لصاحب الدين. (١) و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل اما لو تقايلا

في الأجل يصح (٢) و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و ينبغي أن لا يسقط بتقايلهما المفروض، لأن التقايل في العقود لا في النذور، انتهى.

وفيه ان الحق المشترط في العقد اللازم يجوز لصاحبه اسقاطه، و حق صاحب الدين لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه، و في

باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل، فاسقط المديون الأجل لم يسقط، و ليس للمستحق مطالبته في الحال لأن الأجل

صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالاسقاط، و لهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط و للشافعي

وجهان، انتهى

و من المعلوم ان المجهول ليس حكما شرعيا، بل يكون حقا امضاء الشارع،

فله اسقاطه.

و ان اريد به انه حق في العقد اللازم فلا يجوز اسقاطه للزوم العقد،

ففيه: ان الشرط في ضمن العقد صار سببا لثبوت الحق، و لا نظر له الى بقاءه، و فيه يرجع الى ما تقتضيه القاعدة من ان لكل ذي حق

اسقاط حقه.

(١) ثانيها: ما عنه ايضا من ان في الاجل حقا لصاحب الدين و فيه: ان المراد ان كان ان للبائع حقا كما يكون للمشتري،

فيرد عليه: ان ثبوت حق لشخص لا يمنع عن اسقاط الآخر حقه.

و ان كان المراد ان هناك حقا واحدا قائما بالطرفين فما لم يجتمعا على اسقاطه لا يسقط فيرد عليه: ان الحق ان كان ثابتا لهما فيما ان

طرف الحق بالنسبة الى كل منهما غير ما هو طرفه بالنسبة الى الآخر فان معنى ثبوت حق التأخير للبائع ان له حق تأخير الاستيفاء على

المشتري، و معنى حق التأخير للمشتري ان له حق تأخير الوفاء على البائع، و مع تعدد الطرفين كيف يمكن ثبوت حق واحد.

(٢) قوله اما لو تقايلا في الاجل يصح مشروعية التقايل متوقفة على كونه من الحقوق و عليه فمقتضى غير الوجه الثاني عدم صحته

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٨

و يمكن ان يقال ان مرجع التأجيل في العقد اللازم الى اسقاط حق المطالبة في الأجل، (١) فلا يعود الحق باسقاط التأجيل و الشرط

القابل للاسقاط ما تضمن اثبات حق قابل لاسقاطه بعد جعله، ألا ترى انه لو شرط في العقد التبري من عيوب لم يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد العقد، و لم تعد العيوب مضمونة ما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من ان لصاحب الدين حقا في الأجل، فدلالته على المدعى موقوفة على ان الشرط الواحد إذا انحل الى حق لكل من المتبايعين لم يجز لاحدهما اسقاطه، لأن الفرض اشتراكهما فيه، و لم يسقط الحق بالنسبة الى نفسه، لأنه حق واحد يتعلق بهما، فلا- يسقط الا باتفاقهما الذي عبر عنه بالتقابل، و معناه الاتفاق على اسقاط الشرط الراجع اليهما، فلا يرد عليه منع صحة التقابل في شروط العقود لا في انفسها.

(١) ثالثها: ما افاده المصنف (رحمه الله) و هو: ان التأجيل عبارة عن اسقاطه حق المطالبة و الساقط لا يعود باسقاط الأجل، و بعبارة اخرى ان هذا الشرط لا يوجب ثبوت حق كى يجوز اسقاطه، بل هو اسقاط للحق فلا يعقل اسقاطه. و فيه: اولاً: ان جواز المطالبة من قبيل الحكم لا الحق، و لا أقل من الشك، فلا يجوز اسقاطه. و ثانياً: ان الظاهر من اهل العرف احداث حق للمشتري فى تأخير الأداء. و رابعها: ما افاده المحقق الخراساني (رحمه الله)، و هو: ان الثابت فى البيع المؤجل ملكية الثمن المؤجل لا الملكية، و حق للمشتري فى التأخير، فلا حق كى يسقط.

و فيه: ما تقدم فى اول مبحث النقد و النسيئة من ان المؤجل عبارة عن الملكية الفعلية مع جواز التأخير لا الملكية المؤجلة. فراجع. خامسها: ما نفى عنه البعد المحقق الاصفهاني (رحمه الله)، و هو: ان غاية ما يقتضيه التأجيل تضيق دائرة السلطنة على المطالبة و تأخيرها الى شهر مثلا، فلا حق حتى يقبل الاسقاط، و قد ظهر جوابه مما اورده على المصنف (رحمه الله)، منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٩

نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه، لأن الحق معلق بغيرهما، و ما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل، أو لم يبت التعدد، فيرجع الى اصالة عدم السقوط. لكن الظاهر تعدد الحق، فتأمل.

ثم ان المذكور فى باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط اجل الدين بالاسقاط، بأن الاجل صفة تابعة لا يفرد بالاسقاط، (١) و لذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصحاح: الجودة أو الصحة لم يسقط، انتهى. و هذا لا- دخل له بما ذكره جامع المقاصد

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه، (٢)

(١) سادسها: ما عن التذكرة و هو: ان الاجل صفة تابعة فلا تستقل بالسقوط كما هو الشأن فى جميع الصفات كالجودة و الصحة. و فيه: ان الأجل المجعول بالشرط هو التأخير، و هو من الأفعال دون الصفات، مع ان الصفة و ان لم تكن مستقلة فى الثبوت الا انه لا مانع من استقلالها فى الاستحقاق، و هو المناط لجواز الاسقاط مستقلا. فالحق انه يسقط بالاسقاط، و عليه ففى موارد الشروط المتعارفة يصير الدين حالا و يلحقه حكمه، و فى ما إذا اشترط ثبوت حق للبائع ايضا لا يصير حالا من ناحية البائع.

لو دفع الثمن عند حلول الأجل

(٢) مسألة إذا حل اجل الثمن بل كل دين وجب على مالكة قبوله لو دفعه و تنقيح القول فى هذه المسألة بالبحث فى فروع:

الأول: يجب الدفع على المديون بعد الحلول طالب الدائن ام لا، ما لم يكن عدم المطالبة كاشفا عن رضاه بالتأخير، لأنه يجب دفع مال الغير إليه بحكم النص «١»

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الدين و القرض.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٠

لان في امتناعه اضرار (١) و ظلما إذ لا- حق له على من في ذمته في حفظ ماله في ذمته (٢) و الناس مسلطون على انفسهم، و توهم عدم الاضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكة مدفوع، بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل انما يثبت لدفع هذا الظلم و الاضرار المحرم عن المديون، و ليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك، لتحقق البديل أ لا ترى ان من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله، لا يسقط عنه الوجوب، لقيام الحاكم مقامه في البيع، و كيف كان فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه لحديث نفى الضرر، بل مورده كان من هذا القبيل حيث ان سمره بن جندب امتنع من الاستئذان للمرور الى عذقه الواقع في دار الأنصاري و عن بيعها، فقال النبي (صلى الله عليه و آله) للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها وجه صاحبها. فاسقط ولايته على ماله،

الثاني: إذا كان الدين حالا أو حل و دفع المديون، هل يجب على الدائن القبول كما عن المشهور، بل في الجواهر: بلا خلاف اجده ايضا، بل في الرياض: الاجماع عليه، ام لا؟
وجهان:

قد استدل للأول: بوجوه:

(١) احدها: ان في امتناع الدائن اضرارا بالمديون وفيه: ان بقاء المال في ذمته الذي هو امر اعتباري ليس ضررا عليه، نعم ربما يكون لزوم الاداء بعد ذلك ضررا عليه، فلو كان يرفع ذلك بالحديث لا هذا.

(٢) ثانيها: كون الامتناع ظلما على المديون فانه لا يستحق ابقاء ماله في ذمته بل هو مستحق لتفريغ ذمته، حيث ان الناس مسلطون على انفسهم، «١» فلا يجوز.

وفيه: ان سلطنة المديون على تفريغ ذمته لا تنكر، الا انها لا تقتضى رفع سلطنة الدائن على نفسه التي مقتضاها ان له عدم القبول ما لم يثبت وجوبه الشرعي، و ابقاء المال في ذمة المديون ليس اينذاء و ظلما، فلو كان فانما هو رفع للاينذاء، و لا دليل على وجوب دفع الاذية عن الغير.

ثالثها: ما في الجواهر، و هو: ان مقتضى آية الوفاء بالعقد «٢» ذلك، فان وجوب

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢١ الطبع الحديث.

(٢) المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧١

و مقتضى القاعدة اجبار الحاكم له على القبض (١) لأن امتناعه اسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه عليه، لا أصل القبض الممكن تحققه منه كرها، مع كون الاكراه بحق بمنزلة الاختيار، فإن تعذر مباشرته و لو كرها تولاه الحاكم، لأن السلطان ولي الممتنع بناء على ان الممتنع من يمتنع و لو مع الاجبار.

و لو قلنا انه من يمتنع بالاختيار جاز للحاكم تولى القبض عنه من دون الاكراه و هو الذي رجحه في جامع المقاصد و المحكى عن اطلاق جماعة عنهم عدم اعتبار الحاكم و ليس للحاكم مطالبة المديون بالدين، إذا لم يسأله، لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه

فى ذمته، و عن السرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و عدم وجوب الاجبار، و استبعده غيره، و هو فى محله.

الوفاء يتبع وجوب الدفع و القبول.

و فيه: ما تقدم مكررا من ان العقد هو ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالآخر، و الوفاء عبارة عن التمام أو ما يقاربه، فمفاد الآية الشريفة عدم رفع اليد عن العقد بحله و نقضه، و لا تدل الآية على وجوب التسليم و وجوب القبول.

فتحصل: انه لو لا الاجماع لا دليل على وجوب القبول، و لكن الظاهر التسالم عليه.

الثالث: لو دفع المديون الدين.

فان امتنع الدائن من القبض فان رضى المديون بالصبر فلا كلام، و ان لم يرض به ففيه وجوه و اقوال:

الأول: ما عن الشيخين و المحقق و ابن حمزة و غيرهم، و هو: تعيين العزل و كان هلاكه من صاحب الحق و ان امكن دفعه الى الحاكم.

الثانى: ما عن المشهور، و هو: تعيين الدفع الى الحاكم.

(١) الثالث: ما اختاره المصنف (رحمه الله) و هو: تعيين الاجبار اولاً فان لم يمكن فالدفع الى الحاكم و مع تعذره فالعزل.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٧٢

و لو تعذر الحاكم، فمقتضى القاعدة اجبار المؤمنين له عدولا كانوا ام لا، لأنه من المعروف الذى يجب الامر به على كل احد، فإن لم يمكن اجباره. ففى وجوب قبض العدول عنه نظر، أقواه العدم، و حينئذ فطريق براءة ذمة المديون ان يعزل حقه، و يجعله امانة عنده، فإن تلف فعلى ذى الحق، لأن هذه فائدة العزل و ثمره الغاء قبض ذى الحق،

الرابع: تعيين الاجبار اولاً، و مع عدم امكانه فالتخير بين العزل و الدفع الى الحاكم خامسها: التخير بين الوجوه.

الظاهر انه ان قلنا بان اداء الدين انما يكون بالتخليه بين المال و الدائن، و انه لا يعتبر فى تعيين الكلى فى الفرد قبض الدائن لا كلام فى كفاية التخليه فى المقام، و لكن الظاهر اعتبار قبضه و عدم كفاية التخليه فيه، و بذلك يظهر وجه القول الأول و ضعفه.

و استدلل للثانى: بان السلطان ولى الممتنع، فالحاكم يتولى القبض عنه.

و فيه: ان ذلك مختص بالممتنع عن حق مالى، كما هو مورده، و فى المقام امتناع الدائن ليس امتناعا عن الحق، إذ المديون لا يستحق على الدائن قبضه منه:

و بان فراغ ذمة المديون من الامور الحسيه فيتصدها الحاكم.

و فيه: انه ليس ذلك من الامور المهمة التى لا يجوز تعطيلها.

و استدلل لتعين الاجبار: بان اعتبار رضا الدائن بالقبض يسقط لحديث نفي الضرر،

فيجبره الحاكم على القبض.

و فيه: اولاً: انه لا دليل على اعتبار الرضا و طيب النفس فى القبض.

و ثانياً: ان الضرر انما يأتى من ناحية انحصار تعيين الحق شرعا بقبض الدائن، فيرفع ذلك بالحديث، و إذا ثبت به تعيينه بقبض غيره فالمتعين هو الحاكم.

و بذلك يظهر تعيين الدفع الى الحاكم الذى هو المشهور.

و يمكن ان يقال: ان الضرر ينشأ من اناطة تفرغ ذمته بقبول الدائن، فيرتفع ذلك،

و نتيجة ذلك انه بالعزل يتعين ملك الدائن، و لا يبعد اظهاره الثانى،

فالقول الأول هو الارجح

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٣

و لكن لم يخرج عن ملك مالكة، لعدم الدليل على ذلك، فإن اشتراط القبض في التمليك لا يسقط بأدلة نفي الضرر، وإنما يسقط بها ما يوجب التضرر و هو الضمان، (١)

و حينئذ فناء المعزول له و قاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا. و قد يستشكل في الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع و كون التلف من ذى الحق و وجهه ان الحق المملوك لصاحب الدين ان تشخص في المعزول كان ملكا له و ان بقى في ذمة الدافع لم يمكن تلف المعزول منه إذ لم يتلف ماله. و يمكن ان يقال ان الحق قد سقط من الذمة و لم يتشخص بالمعزول، و انما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبة العبد الجاني،

فبتلفه يتلف الحق، و مع بقاءه لا- يتعين الحق فيه فضلا عن ان يتشخص به. و يمكن ان يقال بأنه يقدر آنا ما قبل التلف في ملك صاحب الدين.

ثم ان الظاهر جواز تصرفه في المعزول فينتقل المال الى ذمته لو اتلفه، (٢)

(١) و المصنف (رحمه الله) ذهب الى انه مع عدم امكان الاجبار و الدفع الى الحاكم يتعين العزل، و لكن لا- يصير المعزول ملكا للدائن.

و تقريب ما افاده: ان الالتزام ببقاء ذمة المديون مشغولة ضرر عليه، و الالتزام بذهاب مال الدائن هدرا ضرر على الدائن، و الجمع بينهما انما يكون بالالتزام بتفريغ الذمة على وجه لا يتضرر به الدائن، و هو انما يكون بالعزل بنحو يوجب تعلق حق الدائن به بحيث له متى شاء استيفاء حقه منه، فالمعزول ملك للمديون لكنه متعلق حق الدائن،

و لازم ذلك عدم الضمان لو تلف مع كونه ملكا للمديون.

و فيه: ان لازم ذلك الالتزام بعدم ملكيته لشيء، إذ المفروض سقوط الدين عن الذمة و عدم ثبوته في الخارج، و هو بلا وجه. و اضعف منه الالتزام بتبدل الملك الى الحق،

و مثله الالتزام بتبدل الملك الحقيقي الى التقديرى آنا ما.

(٢) الرابع: انه بناء على المختار من تعيينه بالعزل ملكا للدائن لا يجوز للمديون التصرف فيه و لا إتلافه و لا تبديله، و أما بناء على بقاءه على ملك المديون فهل تعلق

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٤

و مقتضى القاعدة عدم وجوب حفظه من التلف، لأن مشروعية عزله و كون تلفه من مال صاحب الدين، انما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة، و تكليفه بحفظ المعزول اضر عليه من حفظ اصل المال في الذمة.

و عن المحقق الثاني انه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و لم يأت به لكن اعلم بالحال، و بين ما إذا اتاه و طرحه عنه فينتفى «فيلغى» وجوب الحفظ في الثاني دون الاول، و لعل وجهه ان المبرى للعهد التخليه و الاقباض المتحقق في الثاني دون

الاول، و لعل وجهه ان المبرى للعهد التخليه و الاقباض المتحقق في الثاني دون الاول و سيجيء في مسألة قبض المبيع ما يؤيده، و عن المسالك انه مع عدم الحاكم يخلى بينه و بين ذى الحق و تبرأ ذمته، و ان تلف، و كذا

يفعل الحاكم لو قبضه

حق الدائن به يمنع عن الامور المذكورة ام لا؟

الظاهر أن التصرف لا إشكال فيه على أي تقدير، و إن كان ناقلا لعدم كونه مفوتا للحق، إذ لا مانع من الالتزام بان لذي الحق استيفاء حقه من المعزول متى شاء و إن كان منتقلا الى غير من عليه الحق كما التزمنا بذلك في حق الرهانة.

و أما الاتلاف: فقد يقال: انه لا يجوز، فانه اعدام لموضوع الحق و ابطال له،

و عود المال الى الذمة مضافا الى احتياجه الى دليل موجب و ليس إذ لا دليل على ان اتلاف الحق موجب لاشتغال ذمته لا يقتضى جواز الاتلاف.

و لكن يمكن ان يقال: ان متعلق الحق ليس هو الموجود الخارجى بما هو كما هو كذلك في ما إذا كان تعلقه به بتعيين من الشارع كتعيين الجاني للاسترقاق، أو بجعل من المتعاقدين كجعل حق الخيار في عقد مخصوص، بل المتعلق هو ما عينه المديون بهذا العنوان من جهة ان بقاء المال في ذمته ضرر عليه فله ابقائه في ذمته و تحمل الضرر و له تفرغ ذمته بعزل ما يتمكن الدائن من استيفاء ماله منه، فيكون فراغ ذمته موقوفا على بقاء المعزول على حاله.

و بعبارة اخرى: ان هذا العنوان له حدوث و بقاء و ماله من البقاء موضوع لهذا الحق،

فللمديون اعدام الموضوع، و بارتفاعه يرتفع الحق، و لا مانع من ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٥

ان لم يتمكن من الزامه بالقبض و ان اشتركا في عدم الضمان ثم ان المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من اخذه: ان في انسحاب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على جهة الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما تردها و مثله لو تسلط الظالم بنفسه، و أخذ قدر نصيب الشريك (١) لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفي و لا إثبات مع أن الضرر هنا قائم أيضاً، و المتجه عدم الانسحاب، انتهى، و حكى نحوه عنه في حاشية الإرشاد من دون فتوى.

اقول اما الفرع الثاني فلا وجه لإلحاقه بما نحن فيه، إذ دليل الضرر بنفسه لا يقتضى بتأثير نية الظالم في التعيين، فإذا اخذ جزءا خارجيا من المشاع فتوجبه هذا الضرر الى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له، (٢) كما لو اخذ الظالم من المديون مقدار الدين بنية انه مال الغريم

و به يظهر حال التبديل و الله العالم.

كما انه مما ذكرناه ظهر عدم وجوب حفظه من التلف، لأنه إذا صار بالعزل ملكا للدائن فحاله حال سائر أمواله التي لا يجب على المديون حفظه من التلف لعدم كونه امانة عنده، و إذا كان باقيا على ملك المديون و متعلقا لحق الدائن فمن حيث انه ماله سيبله كسبيل سائر أمواله، و من حيث انه متعلق الحق قد عرفت انه يجوز اتلافه فلا يجب التحفظ عليه.

(١) الخامس: انه كما يتعين الكلى في المعزول هل يتعين المشاع فيما اخذه الغاصب اما بالجبر على القسمة أو باخذه بعنوان مال الشريك ام لا؟ ام هناك فرق بين الصورتين؟

وجوه.

وجه الأول: ان الحكم بعدم تعين حصه الشريك بتعيين الغاصب أو الشريك ضررى مرفوع بالحديث.

و وجه الثاني: ان حديث لا ضرر لا يشمل المقام، اما لكون الضررى عدم الحكم لا الحكم، أو لعدم كون رفعه منه على الامه- و ان كان منه على المأخوذ منه.

(٢) أو لان الضرر انما يكون باخذ المال المشاع فهو متوجه اليهما و لا وجه لصرفه الى غيره.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٦

و أما الفرع الأول، فيمكن ان يقال بأن الشريك لما كان في معرض التضمر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة، لكن فيه ان تضمره انما يوجب ولايته على القسمة حيث لا يوجب القسمة تضمر شريكه، بأن لا يكون حصة الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمة، كما في الفرض و إلا- فلا- ترجيح لأحد الضررين مع ان التمسك بعموم نفي الضرر في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الاصحاب يؤسس فقها جديدا.

مسألة لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال، (١)

بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا، لأن حقيقة الربا في القرض راجعة الى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض و تأخيره المطالبة الى اجل،

فالزيادة التي تراضيا عليه في اول المدائنة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر الى شهر، و بين ان يتراضيا بعد الشهر الى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد، و هكذا بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك. بل

و وجه الثالث: انه إذا اجر الغاصب احد الشريكين على تعيين حصة شريكه و افرازها و تقسيم المال المشترك، فكما انه مع امتناع الشريك عن القسمة اختيارا تسقط ولاية الممتنع، كذلك في المقام، و ان كان امتناعه بالاضطرار بمعنى انه كما تسقط ولايته عند امتناعه عن اعمال ولايته كذلك مع تعذر اعمال ولايته لغيبه أو لسبب آخر، و المسألة تحتاج الى تأمل ازيد.

لا يجوز تأجيل الثمن الحال بازيد منه

(١) مسألة: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال.

و الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٧

بل الظاهر من بعض التفاسير ان صدق الربا على هذا التراضى مسلم في العرف، و ان مورد نزول قوله تعالى في مقام الرد على من قال: (انما البيع مثل الربوا و احل الله البيع و حرم الربوا) هو التراضى بعد حلول الدين على تأخيره الى اجل بزيادة فيه.

فعن مجمع البيان عن ابن عباس (١) انه كان الرجل من اهل الجاهلية إذا حل

اما المقام الأول: فلا اشكال في صحة المعاملة الاولى، و انها لا تبطل بذلك، و ان اوجب صيرورتها ربوية.

اما التأجيل بالازيد نفسه، فاما ان يجعل الأجل في مقابل الزيادة باشرطه ابتداء،

أو في ضمن عقد، أو المصالحة عليه، أو يبيعه به، أو يجعل المجموع المؤجل في مقابل المجموع الحال بحيث تكون المعاوضة بين الثمن و مجموع ما جعل مؤجلا، أو يوقع الصلح على ابراء الحال مما في ذمته بازاء ازيد منه مؤجلا، فالمعوض هو البراء.

اما القسم الأول: فهو بجميع فروضه من الربا في القرض، لأن حقيقة الربا فيه راجعة الى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض و تأخيره المطالبة، من غير فرق بين ان يكون ذلك في اول القرض أو بعد مضي زمان، و من غير فرق بين ان يكون ذلك بنحو الشرط أو غيره، و قد ورد ان الربا من ناحية الشروط «١».

و أما القسم الثاني: فان كان ما في ذمته من العروض الربوي كالحنطة فباعها بازيد منها مؤجلة بطل، لأن المشهور بطلان بيع الحال بمثله مؤجلا في الربويين. و ان كان من الاثمان كالدينار فباعه بازيد منه مؤجلا بطل ايضا من جهة ان الصرف لا يجوز الا يدا بيد.

وان كان من العروض أو الاثمان و لكن باعه بغير جنسه بازيد منه فانه يصح على القاعدة من جهة عدم الربا فيه من حيث المعاملة و لا من حيث القرض.

و أما القسم الثالث: فهو صحيح ايضا.

و أما المقام الثاني: فقد استدل المصنف (رحمه الله) على عدم الجواز بوجوه:

(١) الاول: ما نقله في مجمع البيان عن ابن عباس من بيان مورد نزول الآية

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب الصرف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٨

دينه على غريمه فطالبه، قال المطلوب منه زدني في الاجل ازيدك في المال،

فيتراضيان عليه، و يعملان به، فإذا قيل لهم ربا قالوا هما سواء يعنون بذلك ان الزيادة في الثمن حال البيع، و الزيادة فيه بسبب الاجل عند حلول الدين سواء،

فدمهم الله و الحق بهم الوعيد و خطأهم في ذلك بقوله تعالى: (و احل الله البيع و حرم الربوا و يؤيده بل يدل عليه حسنة ابن ابي عمير أو صحيحته (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال سئل عن الرجل يكون له دين الى اجل مسمى، فيأتيه غريمه فيقول له انقدني كذا و كذا واضع عنك بقيته، أو انقدني بعضه و أمد لك في الأجل فيما بقي عليك قال: لا أرى به بأسا انه لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى: (فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ) و لا تظلمون علل جواز التراضي على تأخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على انه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير، و كان ربا يقتضى استشهاده بذيل آية الربا و هو قوله تعالى: (فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ)

الكريمة (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) «١» من انه كان في الجاهلية الرجل منهم إذا حل دينه على غريمه فطالبه به قال المطلوب منه له: زدني في الأجل و ازيدك في المال،

فيتراضيان عليه و يعملان به، فإذا قيل لهم: هذا ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك ان الزيادة في الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء، فدمهم الله تعالى به و الحق الوعيد بهم و خطأهم في ذلك بقوله (و احل) ... الخ و ظاهره القسم الأول و لا يشمل القسمين الآخرين.

(١) الثاني: صحيح ابن ابي عمير «٢» المذكور في المتن بدعوى: انه علل جواز التراضي على تأخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على انه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير.

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام الصلح حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٩

و يدل عليه بعض الاخبار الوارد في تعليم طريق الحيلة في جواز تأخير الدين بزيادة (١) باشتراط التأخير في ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار عن الحرام، فلو جاز التراضي على التأجيل بزيادة لم يكن داع الى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليهم السلام موردا لاعتراض العامة في استعمال بعضها، كما في غير واحد من الاخبار الواردة في ذلك. و يدل عليه ايضا أو يؤيده بعض الاخبار الواردة في باب الدين. (٢) فيما إذا اعطى المديون بعد الدين شيئا مخافة ان يطلبه الغريم بدينه.

و فيه: ان الظاهر من الصحيح هو المعاملة على التأجيل نفسه، و لا يكون له نظر الى بيع الحال بالمؤجل.

الثالث: النصوص الكثيرة الآتى بعضها الدالة على كيفية الاسترباح بزيادة محللة فانها تشهد بان بذل الزيادة فى قبال الأجل لو كان صحيحا لما توقفت حلية الزيادة على هذه الحلية،

و دلالة هذه النصوص على البطلان فى القسم الثانى تتوقف على تأمل زائد.

(١) قال المصنف (قدس سره): و يدل عليه بعض الاخبار الوارد فى تعليم طريق الحيلة كموثق ابن عمار قلت لأبى الحسن (عليه السلام): يكون لى على الرجل دراهم فيقول:

أخرنى بها و انا اربحك، فابيعه جبة تقوم على بالف درهم بعشرة آلاف درهم- أو قال بعشرين الفا- و أخره بالمال قال (عليه السلام): لا بأس «١».

و موثق محمد بن اسحاق عن الامام الرضا (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بالف درهم و يؤخر عنه المال الى وقت فقال (عليه السلام) مثل ذلك، «٢» و نحوهما غيرهما.

(٢) قال (قدس سره): و يدل عليه ايضا أو يؤيده بعض الاخبار الواردة فى باب الدين هو خبر اسحاق بن عمار عن ابى الحسن (عليه السلام) سألته عن الرجل يكون له مع رجل

(١) الوسائل - باب ٩- من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٩- من ابواب احكام العقود حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٨٠

و مما ذكرنا من ان مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا، يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها و المقاوله عليها من غير عقد، و ظهر ايضا انه يجوز المعاوضة اللازمة على الزيادة بشىء باشتراط تأخير الدين عليه فى ضمن تلك المعاوضة، و ظهر ايضا من التعليل المتقدم فى رواية ابن ابى عمير جواز نقص المؤجل بالتعجيل، و سيجىء تمام الكلام فى هاتين المسألتين فى باب الشروط أو كتاب القرض ان شاء الله تعالى.

مسألة إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بانه (١)

و غيره قبل حلول الاجل و بعده بجنس الثمن و غيره، مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا، الا إذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية. اما الحكم فى المستثنى منه فلا خلاف فيه، الا بالنسبة الى بعض صور المسألة، فممنع منها الشيخ فى النهاية و التهذيبين و هى بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا.

مال قرضا فيعطيه الشىء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا «١».

بيع العين الشخصية من بايعها

(١) مسألة إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل قالوا جاز بيعها من بايعها و غيره قبل حلول الاجل بجنس الثمن و غيره مساويا أو زائدا عليه أو ناقصا، الا إذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الاول قبوله منه بمعاملة ثانية فالكلام فى مقامين الاول فى المستثنى

منه و الكلام فيه فى فرعين احدهما فى بيع المؤجل و قد جوزه القوم مطلقا و خالفهم الشيخ قدس سره فى محكى النهاية حيث

(١) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب الدين و القرض حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨١

و قال فى النهاية: إذا اشترى نسيئة فحل الأجل، و لم يكن معه ما يدفعه الى البائع جاز للبائع ان يأخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه، فإن اخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذى كان اعطاه به، فإن اخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس، انتهى.

و عن الشهيد انه تبع الشيخ جماعة، و ظاهر الحدائق ان محل الخلاف اعم بما بعد الحلول و انه قصر بعضهم التحريم بالطعام، و كيف كان، فالاقوى هو المشهور للعمومات المجوزة كتابا و سنة (١) و عموم ترك الاستفصال فى صحيحة بشار بن يسار (٢) قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع المتاع بنساء مباحة فيشترىه من صاحبه الذى يبيعه منه فقال: نعم لا بأس به فقلت له: اشترى متاعى و غنمى قال: ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك، و صحيحة ابن حازم عن ابي عبد الله (عليه السلام) رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فاتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب ابيعك هذه الغنم بدراهمك التى عندى فرضى، قال (عليه السلام): لا بأس بذلك.

منع عن بيعه بعد حلول الاجل بنقصان من الثمن ثانيهما: انه نسب الى الشيخ (قدس سره) فى خصوص الطعام انه بعد الحلول لا يجوز للبائع اخذ الطعام بدلا عن الثمن الا بما يساويه بلا زيادة. اما الأول: فتشهد للمشهور.

(١) مضافا الى العمومات و الاطلاقات جملة من النصوص:

(٢) منها: صحيح «١» بشار بن يسار المذكور فى المتن و مورده بيع النسيئة، و شراء ذاك المتاع بعينه، من دون ان يفصل بين حلول الأجل و عدمه، و ايضا من غير فرق بين كون الثمن فى الثانى مساويا للثمن فى الأول أو اقل أو اكثر. و منها صحيح ابن حازم «٢» المذكور فى المتن و هو صريح فى البيع بعد حلول الأجل، و عام للمبيع الشخصى و مثله لأن قوله هذا الغنم كما يمكن ان يكون اشارة الى ما اشتراه يمكن ان يكون اشارة الى مثله.

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٣.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٢

و رواية الحسين بن منذر، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) الرجل يجيئنى فيطلب العينه فاشترى له المتاع، ثم أبيعته إياه مباحة، ثم اشترى منه مكانى قال: فقال إذا كان هو بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبع، و كنت انت بالخيار ان شئت اشترى و ان شئت لم تشتت فلا بأس، قال: فقلت: ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد و يقولون انه ان جاء به بعد اشهر صح قال انما هذا تقديم و تأخير و لا بأس. و فى المحكى عن قرب الأسناد عن على بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس، و عن كتاب على بن جعفر قوله باعه بعشرة الى اجل ثم اشتراه بخمسة بنقد و هو اظهر فى عنوان المسألة، و ظاهر هذه الاخبار كما ترى يشمل صور الخلاف.

وقد استدلل له بجملة أخرى من النصوص، وهي ان دلت على الحكم في بعض الفروض الا انها لا تصلح للرد على الشيخ (رحمه الله):
منها: خبر الحسين بن منذر «١» المذكور في المتن وهذا الخبر اما صريح في ما إذا كان البيع الأول مؤجلا من جهة اختصاص العينة
بذلك، أو عام له وللحال لو منعنا عن اختصاصها به، و لو فرض كون الأول مؤجلا كان البيع الثاني قبل حلول الأجل لصراحتة في
الاشترء، و هو في مكانه، فعلى اى تقدير لا يكون دليلا على الشيخ (رحمه الله)

و منها خبر على بن جعفر «٢» المروى في قرب الاسناد و كتاب على بن جعفر مع اختلاف المتن و المتنان المذكور ان في الكتاب و
الأول منهما ظاهر في المؤجل، و الثاني صريح فيه، و كلاهما ظاهران في الاشترء قبل حلول الأجل، بل الثاني نص فيه، كما انهما
صريحان في ورود البيعين على المبيع الشخصى و الاشترء بنقصان من الثمن.

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٣

وقد يستدل ايضا (١) برواية يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة قالوا سألتنا ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع طعاما بدرهم الى
اجل، فلما بلغ ذلك تقاضاه فقال ليس لى درهم خذ منى طعاما فقال: لا بأس به، فإنما له درهم يأخذ بها ما شاء. و فى دلالتها نظر، و
فيما سبق من العمومات كفاية إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ (رحمه الله)

من رواية خالد بن الحجاج قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل بعته طعاما بتأخير الى اجل مسمى، فلما جاء الأجل اخذته
بدرهمى فقال ليس عندى درهم و لكن عندى طعام، فاشتره منى فقال لا تشتريه منه، فإنه لا خير فيه.

و رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه، قال: سأله محمد بن قاسم الحناط فقال اصلحك الله ابيع الطعام من رجل الى اجل،
فيجئنى و قد تغير الطعام من سعره، فيقول ليس عندى درهم، قال: خذ منه بسعر يومه فقال: أفهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتريه
منى فقال: لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فقال رغم الله انفى رخص لى فرددت عليه فشدد على. و حكى عن الشيخ (قدس سره)
انه اوردها فى الاستبصار دليلا على مختاره و حكى عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

و منها: خبر يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة «١» المذكور فى المتن و هو ظاهر فى الشراء بذلك الثمن بلا زيادة و لا نقيصة، و هذا
لا ينكره الشيخ (رحمه الله)، بل لا يبعد ظهوره فى الوفاء بغير الجنس لا فى الاشترء، مع انه من جهة تكرار الاسم المنكر و هو قوله خذ
منى طعاما بعد قوله عن رجل باع طعاما يدل على تعدد الطعام فى المورد.

(١) و قد استدلل للشيخ بروايتين: الاولى:

رواية «٢» خالد بن الحجاج المذكورة فى المتن و صريحها الاشترء بعد حلول الأجل، و لكن لا ظهور لها فى كون المبيع واحدا فى
البيعين لو لم تكن بقرينة تكرار الاسم المنكر ظاهرة فى الاختلاف، مع انه لا ظهور لها فى الاختلاف بمقدار الثمن، فهذه الرواية لا
تنفع للشيخ (رحمه الله).

الثانية: رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه «٣» المذكورة فى الكتاب

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب السلف حديث ١٠.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٤

اقول لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ و على تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه لا خير فيه من امارات الكراهة و اعلم انه قال الشيخ (قدس سره) في المبسوط إذا باع طعاما بعشرة مؤجلة، فلما حل الأجل اخذ بها طعاما جاز إذا اخذ ما اعطاه، فإن اخذ اكثر لم يجز. و قد روى انه يجوز على كل حال. و حكى في المختلف عن الخلاف انه اذا باع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة، فلما حل الأجل اخذ بها طعاما جاز ذلك إذا اخذ مثله، فإن زاد عليه لم يجز و احتج باجماع الفرقة و اخبارهم، و بأنه يؤدي الى بيع طعام بطعام، ثم حكى عن بعض اصحابنا الجواز مطلقا، و عن بعضهم المنع مطلقا، ثم حكى عن الشيخ في آخر كلامه: انه قال و القول الآخر الذي لبعض اصحابنا قوى و ذلك انه بيع طعام بدراهم لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج الى اعتبار المثلية، انتهى.

صريحها كون المورد شخص المبيع، و ظاهرها بعد الحلول، و ظاهرها ايضا الاختصاص بما إذا كان الثمن فى البيع الثانى اقل، و هذه تدل على ما ذهب إليه الشيخ (رحمه الله)

و اخص من الخبر الاول من وجهين: لانه اعم من البيع قبل الحلول و بعده و اعم من البيع بالمساوى أو الأقل، و هذه اخص من هاتين الجهتين فيتعين تخصيصه بها.

و أما الخبر الثانى: فهو صريح فى البيع بالمساوى، فلا ينافى هذه الرواية و لا ينكره الشيخ.

و أما الخبر الثالث: فقد مر عدم دلالة على ما يخالفه الشيخ (رحمه الله).

و أما خبرا على بن جعفر فقد عرفت ان ظاهر احدهما و صريح الاخر البيع قبل حلول الأجل.

فتحصل: انه ليس فى مقابل خبر عبد الصمد ما يعارضه، فما افتى به الشيخ بحسب الروايات لا إشكال فيه.

لا يقال: انه ضعيف السند لأن الراوى عن عبد الصمد قاسم بن محمد الجوهري و هو ضعيف أو مجهول.

فانه يرد: بان الخبر رواه الصدوق بسنده الى عبد الصمد و هو حسن،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٥

اقول الظاهر ان الشيخ قدس سره جرى فى ذلك و فيما تقدم عنه فى النهاية من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلا على

قاعدة كلية تظهر من بعض الأخبار من ان عوض الشىء الربوى لا يجوز ان يعوض بذلك الشىء بزيادة. و ان عوض العوض بمنزلة

العوض، (١) فإذا اشترى طعاما بدراهم لا يجوز ان يأخذ بدل الطعام دراهم بزيادة، و كذلك إذا باع طعاما بدراهم لا يجوز له ان يأخذ

عوض الدراهم طعاما و عول فى ذلك على التعليل المصرح به فى رواية على بن جعفر عن اخيه (عليه السلام)

المعتضد ببعض الاخبار المانعة عن بعض افراد هذه القاعدة هنا. و فى باب السلم قال: سألته عن رجل له على آخر تمرا و شعيرا و

حنطة أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال:

إذا قومه دراهم فسد لان الاصل الذى يشترى «اشترى» به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم، قال فى المحكى التهذيب الذى افتى به ما

تضمنه هذا الخبر الاخير من انه إذا كان الذى اسلف فيه دراهم له لم يجز ان يبيعه بدراهم، لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم، و ربما

كان فيه زيادة أو نقصان و ذلك ربا، انتهى.

و هنا يقول ايضا قبلا لمسألة السلم التى هى عكس مسألتنا انه إذا كان الذى باعه طعاما لم يجز ان يشتري بثمنه طعاما لأنه يكون باع

طعاما بطعام.

و أما الفرع الثانى: فالمنسوب الى الشيخ (قدس سره) عدم جواز اخذ الطعام عوضا عن عوض الطعام الا بنحو التساوى، بل الظاهر

المصرح به في محكى التهذيب سريان ذلك في جميع المعاوضات الربوية، فلا يجوز في اسلاف الطعام اخذ الدراهم بدلا عن الطعام. (١) وقد استدل له: بالقاعدة الكلية المستفادة من بعض الاخبار من ان عوض الشيء الربوى لا يجوز ان يعوض بذلك الشيء بزيادة و ان عوض العوض بمنزلة العوض، و هو خبر على بن جعفر قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذى يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم «١».

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب السلف حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٦

و بالجملة فمدار فتوى الشيخ (قدس سره) على ما عرفت من ظهور بعض الاخبار بل صراحته فيه من ان عوض العوض فى حكم العوض فى عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوى، فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه، و بين اشتراء مجانسه منه، و لا فرق ايضا بين اشتراؤه قبل حلول الاجل أو بعده، كما اطلقه فى الحدائق، و تقييده بما بعد الحلول فى عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب وقوع المطالبة و الايفاء بعد الحلول، و ان قصر المشهور خلافه به. لكن الاظهر هو الاطلاق، كما ان تقييد المنع فى كلامه بأخذ ما باعه بالناقص، لأنه الغالب، لأن فى رد نفس ما اشتراه رده بالناقص لا لخصوصية فى النقص لا يجرى فى الزيادة. و لذا ذكر جواز اخذ المتاع الآخر بقيمته فى الحال زادت أو نقصت، فيعلم منه ان اخذ ما باعه بقيمته فى الحال غير جائز زادت أو نقصت.

و يؤيد الحمل على الغالب انه (قدس سره) ذكر فى مسألة السلم التى هى عكس المسألة انه لا يجوز له اخذ مثل الثمن زائدا على ما اعطاه، فإن الغالب من اعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشترى، و مع العكس العكس و ظهر ايضا مما ذكرنا ان الحكم مختص فى كلام الشيخ بالجنس الربوى لا مطلق المتاع و لا خصوص الطعام. و أما الحكم فى المستثنى (١) و هو ما إذا اشترط فى البيع الأول نقله الى من انتقل عنه، فهو المشهور و نص عليه الشيخ فى باب المراجعة و استدلووا عليه أو لا بالدور، كما فى التذكرة، قال فى باب الشروط لو باعه

و فيه: اولاً: انه معارض فى مورده بما يدل على الجواز «١».

و ثانياً: انه يدل على عدم الجواز حتى مع التساوى الذى لا يقول به الشيخ، و لعل وجه عدم حصول التقابض فى المجلس. (١) و أما الثانى و هو الحكم فى المستثنى و هو ما إذا اشترط فى البيع الاول نقله الى من انتقل عنه، فهو البطلان على ما هو المشهور بين الاصحاب و ملخص القول فيه بالبحث فى جهتين: الاولى: فى اصل الحكم بحسب النص و الفتوى. الثانية: فى تطبيقه على القواعد.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب السلف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٧

لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه اياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و وصفا وعينا ام لا، و الا جاء الدور، لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على يبيعه، فيدور اما لو شرط ان يبيعه على غيره صح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب و السنة لا- يقال ما التزمه من الدور آت هنا، لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد

الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع. على البائع، انتهى.

اقول ظاهر ما ذكره من النقض انه يعتبر في الشرط ان يكون معقولا في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، وبيع الشيء على غير مالكة معقول و لو من غير المالك كالوكيل و الفضولي بخلاف بيعه على مالكة، فإنه غير معقول اصلا، فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه باشتراط بيعه على غيره أو عتقه، نعم ينتقض ذلك باشتراط كون المبيع رهنا على الثمن، فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع بل يتوقف عليه. وقد اعترف (قدس سره) بذلك في التذكرة فاستدل بذلك لاكثر الشافعية المانعين عنه.

وقال ان المشتري لا يملك رهن المبيع الا بعد صحة البيع، فلا يتوقف عليه صحة البيع و الا دار لكنه (قدس سره) مع ذلك جوز هذا الا اشتراط الا- ان يقال اخذ الرهن على الثمن و التضمن عليه، و على دركه و درك المبيع من توابع البيع، و من مصالحه فيجوز اشتراطها نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلا و نحو ذلك،

لكن ينتقض حيثنذ بما اعترف بجوازه في التذكرة، من اشتراط وقف المشتري المبيع على البائع و ولده و قرر الدور في جامع المقاصد، بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط، و حصول الشرط موقوف على الملك. و هذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين، و اجيب عنه تارة بالنقض باشتراط بيعه من غيره.

وقد عرفت ان العلامة (قدس سره) تفتن له في التذكرة، و اجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، و عرفت تفتنه لذلك ايضا في التذكرة،

و اخرى بالحل، و هو ان انتقال الملك ليس موقوفا على تحقق الشرط، و انما المتوقف عليه لزومه، و ثالثه بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد اجل البيع الأول، فإن ملك المشتري متخلل بين البيعين و مبني هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه و الجواب عنه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٨

بما حاصله ان الشرط لا- بد من صحته، مع قطع النظر عن البيع فلا يجوز ان يتوقف صحته على صحة البيع، و لا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الاجل أو بعده، لأن بيع الشيء على مالكة غير معقول مطلقا، و لو قيد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق ايضا بين ما قبل الاجل و ما بعده، و استدل عليه ايضا بعدم قصد البائع بهذا الشرط الى حقيقة الاخراج عن ملكه حيث لم يقطع علاقة الملك و جعله في غاية المراد اولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الاولين، ثم قال: و ان كان اجماع على المسألة، فلا بحث ورد عليه المحقق و الشهيد الثانيان بأن الفرض حصول القصد الى النقل الاول لتوقفه عليه، و إلا لم يصح ذلك إذا قصدا ذلك و لم يشترطه مع الاتفاق على صحته، انتهى.

و استدل عليه في الحدائق (١) بقوله (عليه السلام) في رواية الحسين بن المنذر المتقدمة في السؤال عن بيع الشيء و اشتراؤه ثانيا من المشتري ان كان هو بالخيار ان شاء باع، و ان شاء لم يبع، و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتري، فلا بأس، فإن المراد بالخيار هو الاختيار عرفا في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانيا فدل على ثبوت البأس إذا كان احد المتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الاول و ثبوت البأس في الرواية. اما راجع الى البيع الأول فتثبت المطلوب و ان كان راجعا الى البيع الثاني فلا وجه له الا بطلان البيع الأول، إذ لو صح البيع الأول و المفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني باس

اما الجهة الثانية: فقد اشبعنا الكلام فيها في مبحث الشروط في الشرط السابع لصحة الشرط. و لذلك اغمضنا عن البحث فيما افاده المصنف في المقام و أما الجهة الاولى: فالمشهور بين الاصحاب: بطلان البيع المشروط بهذا الشرط، و المصنف (رحمه الله) في الشرط الفاسد صرح بان بطلان هذا البيع مما لا خلاف فيه، و مع ذلك في المقام لم يسلم ذلك.

(١) وكيف كان: فقد استدلل للبطلان بخبرين:

احدهما: خبر الحسين بن المنذر عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يجيئني فيطلب مني العينة فاشترى المتاع له مرابحة ثم يبيعه اياه ثم اشترى منه مكانى قال: فقال: ان كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبع منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٩

بل كان لازما بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح، هذا، وقد يرد دلالتها بمنع دلالة البأس على البطلان. وفيه ما لا يخفى و قد ترد أيضا بتضمنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع، وفيه أن هذا قد قال به كل أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع، فإن المسألتين من واد واحد، بل الشهيد (قدس سره) في غاية المراد عنوان المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء. و قد يرد أيضا بأن المستفاد من المفهوم لزوم الشرط و أنه لو شرطه يرتفع الخيار عن المشروط عليه، و إن كان يحرم البيع الثانى أو هو و البيع الأول مع الشرط و يكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط، و إن كان لو فعل التزم به و هو غير التزم المحرم الذى يفسد و يفسد العقد. و فيه أن الحرمة المستفاد من البأس ليس إلا الحرمة الوضعية أعنى الفساد و لا يجمع ذلك صحة الشرط و لزومه.

نعم يمكن ان يقال بعد ظهور سياق الرواية في بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحة الاول، كما يشهد به ايضا بيان خلاف اهل المسجد المختص بالبيع الثانى ان المراد انه ان وقع البيع الثانى على وجه الرضا و طيب النفس، و الاختيار فلا بأس به. و ان وقع لا عن ذلك، بل لأجل الالتزام به سابقا في متن العقد أو قبله، و الزامه عرفا بما التزم كان الشراء فاسدا لكن فساد الشراء لا يكون الا لعدم طيب النفس فيه،

و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتت فلا بأس. الخبر «١».

ثانيهما: خبر على بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل ثم اشترىه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال (عليه السلام): إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس «٢».

بتقريب: انهما يدلان على ثبوت البأس إذا لم يكونا مختارين و اشترط البيع

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٠

و عدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه. اما لعدم ذكره في متن العقد. و أما لكون الشرط بالخصوص فاسد لا يجب الوفاء به، و لا يوجب فساد العقد المشروط به، كما هو مذهب كثير من القدماء لا لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه، حتى لو وقع عن طيب النفس، لأن هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعا و جوازا بالعقد الثانى. و أما رواية على بن جعفر فهي اظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثانى، فيجب ايضا حمله على وجه لا- يكون منشأ فساد البيع الثانى فساد البيع الأول بأن يكون مفهوم الشرط انه إذا اشترط ذلك في العقد أو قبله، و لم يرضيا بوقوع العقد الثانى بل وقع على وجه اللجوء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح لعدم طيب النفس فيه، و وقوعه عن اللجوء و هذا لا يكون الا مع عدم وجوب الوفاء اما لعدم ذكره في العقد و أما لكونه لغوا فاسدا مع عدم تأثير فساده في العقد.

و بالجملة، فالحكم بفساد العقد الثانى فى الروايتين لا يصح ان يستند الى فساد الأول لما ذكرنا من ظهور الروايتين فى ذلك فلا بد من أن يكون منشؤه عدم طيب النفس بالعقد الثانى و عدم طيب النفس لا يقدر الا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم و عدم اللزوم لا

يكون الا لعدم ذكر الشرط في العقد أو لكونه فاسدا غير مفسد. ثم انه قال في المسالك انهما لو شرطاه قبل العقد لفظا،

بالشرط الملزم و هو ما في ضمن العقد، و عليه فاما يدل على فساد البيع الأول فهو المطلوب، أو يدل على فساد الثاني، و حيث لا منشأ لفساده سوى فساد الأول فيثبت المطلوب.

و اجيب عن هذا الوجه بوجه:

منها: ما افاده المصنف (رحمه الله)، و قد تعرضنا له و لجوابه في مسألة الشرط الفاسد.

و منها: ان ثبوت البأس اعم من الحرمة، و هو كما ترى.

و منها: انهما يدلان على ثبوت البأس و الحرمة للاشتراط أو البيع معه، و هذا يستلزم نفوذ الشرط.

و فيه: ان النهي في باب المعاملات و كذا ما شابهه ظاهر في الارشاد الى الفساد

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩١

فإن كان يعلمان ان الشرط المتقدم لا- حكم له فلا- اثر له و إلا اتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه في متنه لانهما لم يقدموا الاعلى الشرط و لم يتم لهما و يمكن ان يقال ان علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم اقدامهما على الشرط، فالاولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدم في ارتباط العقد به و عدمه و المعروف بينهم عدم التأثير كما تقدم الا ان يفرق بين الشرط الصحيح فلا يؤثر و بين الفاسد فيؤثر في البطلان و وجهه غير ظاهر بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين و قد تقدم توضيح الكلام في ذلك.

القول في القبض

إشارة

و هو لغة: الأخذ مطلقا، أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف عبارات اهل اللغة، و النظر في ماهيته و وجوبه و احكامه يقع في مسائل:

مسألة: اختلفوا في ماهية القبض في المنقول، بعد اتفاهم على انها التخليه في غير المنقول (١) على اقوال:

لا الحرمة التكليفية.

و منها: انهما متضمنان لما لا يقول به احد، و هو اعتبار عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

و فيه: ان القوم ملتزمون بذلك، بل الشهيد عنون المسألة في غاية المراد بالاشتراط بشرط الاثراء، فالحق انهما يدلان على ذلك، فالحكم من حيث النص و الفتوى لا إشكال فيه، و الله العالم.

القول في القبض

و في جملة من الكلمات منها التبصرة، التعبير بالتسليم، و المراد واحد و النظر في ماهيته و وجوبه و احكامه في طي مسائل.

(١) الاولى اختلفوا في ماهية القبض بعد اتفاهم على انه التخليه فيما لا ينقل على اقوال

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٢

احدها: انها التخليه ايضا صرح به المحقق في الشرائع، و حكى عن تلميذه كاشف الرموز. و عن الايضاح نسبه الى بعض متقدمي اصحابنا و عن التنقيح نسبه الى المبسوط.

الثاني: انه في المنقول، النقل، و فيما يعتبر كيله أو وزنه الكيل أو الوزن.

الثالث: ما فى الدروس من انه فى الحيوان نقله، و فى المعبر كيله أو وزنه أو عده أو نقله و فى الثوب وضعه فى اليد.

الرابع: ما فى الغنية و عن الخلاف و السرائر و اللمعة انه التحويل و النقل.

الخامس: ما فى المبسوط من انه ان كان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد، فالقبض فيه هو التناول باليد، و ان كان

مثل الحيوان كالعبد و البهيمة فالقبض فى البهيمة ان يمشى بها الى مكان آخر، و فى العبد ان يقيمه الى مكان آخر

و ان كان اشتراه جزافا كان القبض فيه ان ينقله من مكانه و ان كان اشتراه مكيلا فالقبض فيه ان يكيه، و زاد فى الوسيلة انه فى

الموزون وزنه، و فى المعدود عده،

و نسب عبارة الشرائع الراجعة الى ما فى المبسوط الى المشهور.

السادس: انه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد، حكى عن المحقق اليرديلى و صاحب الكفاية، و اعترف فى المسالك تبعاً لجامع

المقاصد، لشهادة العرف بذلك،

الا انه اخرج عن ذلك المكيل و الموزون، مستندا الى النص الصحيح، و فيه ما سيجىء.

السابع: ما فى المختلف من انه ان كان منقولاً فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد،

و ان كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

الثامن: انه التخليه مطلقاً بالنسبة الى انتقال الضمان الى المشتري دون النهى عن بيع ما لم يقبض، نفى عنه البأس فى الدروس.

و تنقيح الكلام بالبحث فى جهات:

الاولى: ان تحديد مفهوم القبض انما هو لترتيب الآثار و الأحكام المترتبة على هذا العنوان فى الشرع، و أما ما لم يؤخذ القبض فى

موضوعه - كما فى رد المغصوب و اداء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٩٣

اقول: لا- شك ان القبض للمبيع هو فعل القابض و هو المشتري، و لا شك ان الاحكام المترتبة على هذا الفعل لا يترتب على ما كان

من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه، كما ان الاحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع،

و الراهن فى الجملة و اشتراط القدرة على التسليم لا- يحتاج فى ترتبها الى فعل من المشتري، فحيث نقول اما ما اتفق عليه من كفاية

التخليه فى تحقق القبض فى غير المنقول، ان اريد بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبة الى المبيع، و هو جميع ما يتوقف عليه من طرفه

وصوله الى المشتري، و يعبر عنه مسامحةً بالاقباض و التسليم، (١)

و هو الذى يحكمون بوجوده على البائع و الغاصب و الراهن فى الجملة، و يفسرونه بالتخليه التى هى فعل البائع. فقد عرفت انه ليس

قبضاً حقيقياً حتى فى غير المنقول،

و ان فسرت برفع جميع الموانع، و اذن المشتري فى التصرف، قال كاشف الرموز فى شرح عبارة النافع: القبض مصدر يستعمل بمعنى

التقبض و هو التخليه، و يكون من طرف البائع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف، انتهى.

بل التحقيق ان القبض مطلقاً هو استيلاء المشتري عليه و تسلطه عليه الذى يتحقق به معنى اليد و يتصور فيه الغصب.

نعم يترتب على ذلك المعنى الاول الاحكام المترتبة على الاقباض و التسليم الواجبين على البائع، فينبغى ملاحظة كل حكم من

الأحكام المذكورة فى باب القبض، و انه مترتب على القبض الذى هو فعل المشتري بعد فعل البائع، و على الاقباض الذى هو فعل

البائع

ما فى اليد و نحو ذلك - فلا ملزم فى تصوير الجامع بين ما يعتبر فيه، و بين القبض و لا محذور فى الالتزام بتعدد المعنى.

الثانية: ان القبض الذي هو المبدأ لهذه المادة له معنى واحد، و باعتبار قيامه بالبائع مثلاً يعبر عنه بالاقباض، و باعتبار قيامه بالمشتري قيام حلول يعبر عنه بالقبض،

و لا يكون معناه متعدداً، من غير فرق بين تفسيره بالتخليه أو الاستيلاء و لكل من اعتبارى هذا المعنى الواحد آثار و احكام.

(١) فما فى المتن من بطلان تفسير القبض بالتخليه قطعاً من جهة ان القبض فعل المشتري، و التخليه فعل البائع فى غير محله.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٤٩٤

مثلاً إذا فرض ان ادلة اعتبار القبض فى الهبة دلت على اعتبار حيازة المتبهب الهبة، لم يكتف فى ذلك بالتخليه التى هى من فعل المواهب، و هكذا و لعل تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان و غيره، من حيث ان الحكم الاول منوط بالاقباض، و غيره منوط بفعل المشتري، و كيف كان، فلا بد من مراعاة ادلة احكام القبض، فنقول اما رفع الضمان، (١) فإن استند فيه الى النبوى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري و ان استند الى قوله (عليه السلام) فى رواية عقبه بن خالد حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، احتمال فيه اناطه الحكم بالتخليه،

فيمكن حمل النبوى على ذكر ما هو مقارن غالبى للتخليه، و احتمال ورود الرواية مورد الغالب، من ملازمة الاخراج للوصول الى المشتري، بقريته ظاهر النبوى.

و لذا قال فى جامع المقاصد بعد نقل ما فى الدروس: ان الخبر دال على خلافه،

و هو حسن ان اراد به ظاهر النبوى، لا ظاهر رواية عقبه أو غيرها، و الانصاف

الثالثة: ان القبض فى اللغة له معنى واحد فى جميع موارد استعماله، و الظاهر انه الاستيلاء على الشئ و التصرف فيه، كان ذلك بالقبض باليد أو بسائر الجوارح، أو باجراء المعاملة عليه، أو اغلاق الباب، أو نحو ذلك فى المنقول و غيره، و المكيل و الموزون و غيرهما فى الحيوان و غيره، فان هذا المعنى هو المناسب لما يقابل البسط المساوق للمساك، و الظاهر انه فى الشرع ايضا استعمل فى هذا المعنى الواحدانى، و سيمر عليك ما توهم دخله فيه بالتعبد شرعاً.

الرابعة: ان ما اعتبر فيه القبض بعنوانه و توهم انه فى نصوصه، و ادلته اعتبر فى القبض زائداً على ما ذكرناه شئ آخر، أو فسر بغير ما اخترناه امور:

(١) احدها: الخروج عن ضمان المبيع فانه منوط بالقبض بعنوانه كما فى النبوى المعروف: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من ماله بائعه.

«١» و فى رواية عقبه بن خالد عن مولانا الصادق (عليه السلام) فى رجل اشترى متاعاً من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده

(١) المستدرک - باب ٩ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٤٩٥

ان ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة الى ظاهر رواية عقبه، و ربما يخدش فيها بظهورها فى اعتبار الاخراج من البيت مع انه غير معتبر فى رفع الضمان اتفاقاً. و فيه ان الاخراج عن البيت كناية عن الاخراج عن السلطنة، و رفع اليد، (١) و لا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل فى الاستعمال العرفى. هذا، و لكن الجمود على حقيقة اللفظ فى الرواية يقتضى اعتبار الوصول الى يد المشتري، لأن الاقباض و الاخراج ان كانا من فعل البائع، الا ان صدقهما عليه يحتاج الى فعل من غير البائع، لأن الاقباض و الاخراج بدون القبض و الخروج محال، الا ان يستفاد من الرواية تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع و التعبير بالاقباض و الاخراج مسامحة مست الحاجة إليها فى التعبير. و ما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخليه، يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال لو احضر البائع السلعة. فقال المشتري ضعه تم القبض لأنه كالتوكيل فى الوضع، و لو لم يقل المشتري شيئاً. أو قال لا أريد حصل القبض لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغصوب

بين يدي المالك، فإنه يبرئ من الضمان، انتهى.

وظاهره ان المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو فعل البائع، و لو امتنع المشتري لكنه قدس سره صرح في عنوان المسألة، و في باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبه الى بعض الشافعية

و لم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال (عليه السلام): من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه «١» الشارحة لحقيقة القبض بما يوهم خلاف ذلك.

(١) فانه قيل: ان الاخراج من البيت كناية عن اخراجه عن تحت استيلائه و تمكين المشتري منه فتدل على كفاية الاستيلاء في صدق القبض.

و بعبارة اخرى: ان الاخراج الى المشتري مساوق لاستيلائه، و هذا هو مراد المصنف (رحمه الله) مما افاده في المقام.

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف للسند لمحمد بن عبد الله بن هلال المهمل.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٦

فالظاهر ان مراده بل مراد الشهيد قدس سره رفع الضمان بهذا و ان لم يكن قبضاً، بل عن الشهيد في الحواشي انه نقل عن العلامة (قدس سره) ان التخليه في المنقول و غيره يرفع الضمان، لأنه حق على البائع، و قد ادى ما عليه.

اقول و هذا كما ان اتلاف المشتري يرفع ضمان البائع و سيجيء من المحقق الثاني ان النقل في المكيل و الموزون يرفع الضمان و ان لم يكن قبضاً.

و قد ظهر مما ذكرنا ان لفظ القبض الظاهر صيغته في فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء في المنقول و غيره، لأن القبض لغة الأخذ مطلقاً، أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف التعبيرات، فإن اريد الاخذ حساً باليد، فهو لا يتأتى في جميع المبيعات مع ان احكامه جارية في الكل. فاللازم ان يراد به في كلام اهل اللغة و في لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيرة في البيع و الرهن (١) و الصدقة،

و تشخيص ما في الذمة اخذ كل شيء بحسبه و هو ما ذكرنا من الاستيلاء و السلطنة.

و أما ما ذكره بعضهم من اعتبار النقل و التحويل فيه، بل ادعى في الغنية الاجماع على انه القبض في المنقول الذي لا يكتفى فيه بالتخليه

و ثانياً: انه يمكن ان يقرأ يقبض بالفتح من القبض، و يكون الفاعل هو المشتري،

و عليه فالاجماع المعطوف عليه فعله و تصرفه في المبيع، فهو يؤكد ما ذكرناه من عدم كفاية التخليه و الاستيلاء في صدقه.

و الظاهر الى هذا نظر العلامة (رحمه الله) و الشهيد (رحمه الله)، حيث استندا إليه في اعتبار النقل في صدق القبض، و ما افاداه يتم ان كان مرادهما من النقل مطلق التصرف الخارجي كما لعلة الظاهر، و الله العالم.

(١) ثانيها: الرهن و ظاهر الآية و الرواية اعتبار القبض فيه بعنوانه مع ان مجرد الاستيلاء يكفي، فان الاستيثاق المقوم له يحصل بمجرد الاستيلاء، و لم يعتبر القبض الا لأجل الاستيثاق.

و فيه: ان الاستيثاق مقوم حقيقة الرهن، و القبض شرط فيه شرعاً، فاعتبار القبض ليس لأجل الاستيثاق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٧

فهو لا يخلو عن تأمل. و ان شهد من عرفت بكونه موافقا للعرف، في مثل الحيوان، لأن مجرد اعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفا على الظاهر. ثم المراد من النقل في كلام من اعتبره هو نقل المشتري له لا نقل البائع، كما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمة المصريح به في جامع المقاصد. و أما رواية عقبه بن خالد المتقدمة، فلا دلالة فيها على اعتبار النقل في المنقول و إن استدل بها عليه في التذكرة، لما عرفت من ان الـخراج من البيت في الرواية نظير الـخراج من اليد كناية عن رفع اليد و التخليه للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول الى المشتري الا ما هو من فعله.

و أما اعتبار الكيل و الوزن أو كفايته في قبض المكيل أو الموزون، (١) فقد اعترف غير واحد، بأنه تعبد، لأجل النص الذي ادعى دلالة عليه، مثل صحيحة معاوية بن وهب، قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام): عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه، فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه الا ان توليه بالذي قام عليه.

و صحيحة منصور بن حازم إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه، و في صحيحة علي بن جعفر عن اخيه عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال إذا لم يربح عليه فلا بأس، و ان ربح فلا يبعه حتى يقبضه، و رواية ابي بصير عن رجل اشترى طعاما، ثم باعه قبل ان يكيله قال: لا يعجبني ان يبيع كيلا أو وزنا قبل ان يكيله أو يزنه الا ان يوليه، كما اشتراه الى غير ذلك مما دل على اعتبار الكيل و الوزن لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما

(١) ثالثها: بيع المكيل و الموزون و قد اشتهر ان القبض في المكيل و الموزون بالكيل و الوزن.

و قد استدل له بجملة من النصوص: كصحيح معاوية «١» و صحيح منصور «٢» و صحيح «٣» على بن جعفر، و خبر ابي بصير «٤» المذكورة جميعا في المتن

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١١.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٩.

(٤) نفس المصدر حديث ١٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٨

و إلا- لم يفرق بين التولية و غيرها، فتعين لأمر آخر، و ليس الا من كون ذلك قبضا للاجماع، كما في المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه، و منه يظهر ما في المسالك حيث انه بعد ذكر صحيحة ابن وهب قال: و التحقيق هنا ان الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما، لا- على ان القبض لا- يتحقق بدونهما، و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك، لأن الاعتبار بهما قبض و زيادة، و حينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بالعرف و الخبر الآخر، و بتوقف البيع ثانيا على الكيل و الوزن امكن ان لم يكن احداث قول،

انتهى. و الظاهر ان مراده بالخبر، خبر عقبه بن خالد و قد عرفت عدم ظهوره في اعتبار النقل.

ثم ان ظاهر غير واحد كفاية الكيل و الوزن في القبض (١) من دون توقف على النقل. و الظاهر انه لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع كما صرح به في جامع المقاصد. و لذا نبه في موضع من التذكرة: بأن الكيل شرط في القبض، و كيف كان فالاولى في المسألة

و تقريب الاستدلال بها من وجهين:

الأول: انها تدل على اعتبار الكيل و الوزن، و حيث انه ليس لأجل اشتراط صحة المعاملة بهما و الا لم يفرق بين التولية و غيرها، فلا محالة يكون لأمر آخر،

و حيث انه قام الاجماع على جواز بيع الطعام بعد قبضه، فيعلم من ذلك انه يكون من جهة كونه قبضا.

الثاني: ان جملة من النصوص كصحيح منصور و على بن جعفر متضمنة للنهي عن بيع المكيل و الموزون قبل القبض،

و جملة منها كصحيح معاوية و خبر ابي بصير متضمنة للنهي عن بيعهما قبل الكيل و الوزن،

(١) و مقتضى الجمع بين الطائفتين كون قبضهما هو الكيل و الوزن و في صحيح معاوية شهادة على ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٩

ما عرفت من ان القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد، و ان كون القبض هو الكيل أو الوزن خصوصا في باب الصدقة و

تشخيص ما في الذمة مشكل جدا، لأن التعبد الشرعي على تقدير تسليمه مختص بالبيع، الا ان يكون اجماع على اتحاد معنى القبض

في البيع و غيره، كما صرح به العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم في باب الرهن و الهبة، و حكي فيها الاتفاق على الاتحاد

عن ظاهر المسالك و استظهره الحاكي ايضا. و عن ظاهر المبسوط في باب الهبة ان القبض هي التخليه فيما لا ينتقل و النقل و التحويل

في غيره، لكن صرح في باب الرهن بأن كلما كان قبضا في البيوع كان قبضا في الرهن و الهبات و الصدقات لا يختلف ذلك.

و عن القاضي انه لا- يكفي في الرهن التخليه و لو قلنا بكفايته في البيع، لأن البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفي التمكين منه و هنا لا

استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق، بل و مقتضى هذا الوجه لحقوق الهبة و الصدقة بالرهن، و هذا الوجه حكاه في هبة التذكرة

عن بعض الشافعية. فقال قدس سره القبض هنا كالقبض في البيع فبيما لا ينقل و لا يحول التخليه و فيما ينقل و يحول النقل و التحويل

و فيما يكال أو يوزن الكيل و الوزن،

و مورد النصوص، و كلمات الأصحاب البيع الثاني، قبل القبض بعد الفراغ عن صحة البيع الأول، الذي هو حرام أو مكروه،

و محل الكلام ان القبض الراجع للحرمة أو الكراهة هل يكون منحصرا في الكيل أو الوزن المتجدد بينهما، ام هما من افراده، ام لا

يكفيان عن القبض، ام يعتبر ان فيه شرعا زائدا على ما هو حقيقة القبض تعبدا؟

المستفاد من جملة من الأخبار، و النصوص على ما يقتضيه الجمود على ظواهرها:

ان البيع الثاني، لا يجوز تحريما، أو تنزيها في المكيل و الموزون، قبل الكيل و الوزن، و قبل القبض اي الراجع للحرمة أو الكراهة هما

معا، و ما ادعى من الاجماع على الجواز بعد القبض و ان لم يكال أو يوزن غير ثابت،

كيف و قد صرح صاحب الجواهر بان ظاهر النصوص اعتبار الكيل و الوزن

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٠

ثم حكي عن بعض الشافعية عدم كفاية التخليه في المنقول لو قلنا به في البيع مستندا الى ان القبض في البيع مستحق و في الهبة غير

مستحق، فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يديه. و لذا لو اتلف المتهم الموهوب لم يصر قابضا بخلاف المشتري، ثم ضعفه بأنه

ليس بشيء لاتحاد القبض في الموضعين و اعتبار العرف فيهما، انتهى.

و ظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه الا ان يلتزم بكفاية التخليه في رفع الضمان، و ان لم يكن قبضا

كما اشرنا إليه سابقا.

فرعان الاول: قال في التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة بامتعة البائع و مكنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان الى مكان كان

قبضا، و قال ايضا إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كفي في المنقول النقل من حيز الى حيز و ان كان في موضع يختص به،

فالنقل من زاوية الى اخرى بغير اذن البائع لا يكفى لجواز التصرف، و يكفى لدخوله فى ضمانه و ان نقل ياذنه حصل القبض، و كأنه استعار البقعة المنقول إليها.

الثانى: قال فى المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو اما ان يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أو لا بأن اخبر البائع بكيله أو وزنه، أو باعه قدرا معيننا من صبرة مشتملة عليه، فإن كان الآخر فلا بد فى تحقيق قبضه من كيله أو وزنه، للنص المتقدم، و ان كان الاول ففى افتقاره الى الاعتبار ثانيا لاجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان

حتى مع القبض، و حينئذ يبقى سؤال و هو:

انه فى صحيح معاوية سئل عن البيع قبل القبض، و اجاب (عليه السلام) بانه فى المكيل و الموزون لا بيع قبل الكيل و الوزن، و لو لم يكن القبض هو الكيل و الوزن لما صح ذلك و يمكن ان يقال: انه إذا كان المبيع كليا لا يعتبر فى صحته فعليه الكيل و الوزن، و انما يكتفى بتقديره بمقدار معين كيلا- أو وزنا، و لكن يعتبر فعليتهما فى مقام الوفاء و تطبيق الكلى على الفرد، و تعيينه الفرد، و حيث ان تطبيق الكلى على الفرد و تعيينه فيه متوقف على قبول المشتري و قبضه، فمجرد الكيل أو الوزن الفعلى من دون قبض من صاحب الحق لا يوجب التعيين، بل هو كيل مال البائع لا كيل مال المشتري.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠١

من اطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن. و قد حصلا و قوله (عليه السلام) فى النص حتى تكيله أو تزنه لا يدل على اعتبار ازيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل لما وقع قبل البيع. و من ان الظاهر ان ذلك لأجل القبض لا لتحقق شرط صحة البيع الثانى، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد و به صرح العلامة و الشهيد و جماعة و هو الاقوى و يدل عليه قوله (عليه السلام) الا ان يوليه فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع فلا بد منه فى التولية و غيرها فدل على ان ذلك لأجل القبض لا لصحة البيع، انتهى المهم من كلامه (رحمه الله).

اقول يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد عليه و الأخذ و التصرف فى بعضه فى ضمان البائع حتى يكيله ثانيا أو يزنه و ان لم يرد بيعه ثانيا، و كذا لو كاله و قبضه ثم عقد عليه و قد تفتن لذلك المحقق الاردبيلي (رحمه الله) فيما حكى من حاصل كلامه حيث نزل ما دل على اعتبار الكيل و الوزن فى البيع الثانى على ما إذا لم يعلم كيله أو وزنه، بل وقع البيع الأول من دون كيل، كما إذا اشترى اصوعا من صبرة مشتملة عليها أو اشترى باخبار البائع. اما إذا كاله بحضور المشتري، ثم باعه اياه فأخذه و حمله الى بيته و تصرف فيه بالطحن و العجن و الخبز، فلا- شك فى كونه قبضا مسقطا للضمان مجوز للبيع، و لا يلزم تكلف البائع بكيله مرة اخرى للاقباض، الى ان قال: ما حاصله ان كون و جوب الكيل مرة اخرى للقبض مع تحققه اولا عند الشراء كما نقله فى المسالك عن العلامة و الشهيد و جماعة (قدس الله اسرارهم) و قواه ليس بقوى، انتهى.

و قال فى جامع المقاصد عند شرح قول المصنف ان التسليم بالكيل و الوزن فيما يكال أو يوزن على رأى المراد به الكيل الذى يتحقق به اعتبار البيع، و لا- بد من رفع البائع يده عنه، فلو وقع الكيل و لم يرفع البائع يده، فلا تسليم و لا قبض، و لو اخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدقه، و اخذ على ذلك حصل القبض، كما نص عليه فى التذكرة، ثم قال: و لو اخذ المبيع جزافا أو ما اشتره كيلا وزنا أو بالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه صح، و إلا فلا، ذكره فى التذكرة، و الذى ينبغى ان يقال: ان هذا الاخذ باعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع الى المشتري، و انتفاء سلطنة البائع، لو اراد حبسه ليقبض الثمن لا التسلط على بيعه، لأن بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠٢

و لو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه، ثم اشتره و أخذه بذلك الكيل فهو،

كما لو أخبره بالكيل أو الوزن بل هو أولى، انتهى.

ثم الظاهر ان مراد المسالك مما نسبه الى العلامة و الشهيد و جماعة من وجوب تجديد الاعتبار لاجل القبض، ما ذكره في القواعد تفريرا على هذا القول، انه لو اشترى مكايلة و باع مكايلة فلا بد لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض، قال في جامع المقاصد في شرحه انه لو اشترى ما لا- يباع الا مكايلة و باع كذلك لا بد لكل بيع من هذين من كيل جديد، لأن كل بيع لا بد له من قبض. قال بعد ذلك: و لو انه حضر الكيل المتعلق بالبيع الأول فاكتفى به، أو أخبره البائع فصدقه لكفى نقله و قام ذلك مقام كيله. و في الدروس بعد تقوية كفاية التخليه في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض، قال: نعم لو خلى بينه و بين الكيل «المكيل» فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان، و لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض، انتهى.

و هذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة و الشهيد و المحقق الثاني لاختيارهم وجوب تجديد الكيل و الوزن لأجل القبض، و ان كيل أو وزن قبل ذلك،

لكن الانصاف انه ليس في كلامهم و لا غيرهم ما يدل على ان الشيء الشخصي المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه وجب كيله مرة أخرى، لتحقق القبض،

كما يظهر من المسالك، فلا يبعد ان يكون كلام الشيخ قدس سره و من تبعه في هذا القول و كلام العلامة. و من ذكر فروع هذا القول مختصا بما إذا عقد على كيل معلوم من كلي أو من صبرة معينة، أو على جزئي محسوس، على انه كذا و كذا، فيكون مراد الشيخ و الجماعة من قولهم اشترى مكايلة، انه اشترى بعنوان الكيل و الوزن، في مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين في العقد، لكونه لغوا.

و الظاهر ان هذا هو الذي يمكن ان يعتبر في القبض في غير البيع ايضا من الرهن و الهبة، فلو رهن اناء معيناً من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصا على القول بجواز هبة المجهول. فالظاهر انه لا يقول احد بأنه يعتبر في قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض في الهبة بوزنه اصلا.

نعم لو رهن أو وهب مقدارا معيناً من الكيل أو الوزن، امكن القول باشتراط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٣

اعتباره في قبضه، و ان قبضه جزافا كلا قبض، فظهر ان قوله في القواعد اشترى مكايلة و هو العنوان المذكور في المبسوط لهذا القول، كما عرفت عند نقل الاقوال يراد به ما ذكرنا لاما عرفت من جامع المقاصد.

و يؤيده تكرار المكايلة في قوله و باع مكايلة، و يشهد له ايضا قوله في موضع آخر لو اخذ ما اشترى كيلا وزنا و بالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه، الخ.

و اظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط، فإنه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في البيع و الرهن و غيرهما، ذكر انه لو رهن صبرة على انه كيل كذا، فقبضه ان يكيه و لو رهنها جزافا فقبضه ان ينقله من مكانه مع انه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافا، فافهم. و أما قوله في الدروس فلا- يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض، فلا يبعد ان يكون تتمه لما قبله من قوله نعم لو خلى بينه و بينه فامتنع حتى يكتاله، و مورده بيع كيل معين كلي، فلا- يدل على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد، ثم ان ما ذكره في المسالك في صحيحة ابن وهب اولا من ان قوله لا يبيعه حتى يكيه يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهاره ثانيا بقريته استثناء بيع التولية ان المراد غير الكيل المشترط في صحة العقد لم يعلم له وجه، إذ المراد من الكيل و الوزن في تلك الصحيحة و غيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأول و الثاني. و هذا غير قابل لإرادة الكيل المصحح للبيع الأول، فلا وجه لما ذكره اولا اصلا، و لا وجه لإرادة المصحح للبيع الثاني حتى يكون استثناء التولية قريته على عدم ارادته لاشتراك التولية مع غيرها في توقف صحتهما على الاعتبار، لأن السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه، ثم الجواب بالفرق بين المكيل و الموزون لا يمكن ارجاعها الى السؤال و الجواب عن شرائط البيع الثاني بل الكلام

و بدفع مزاحمة الغير و مطالبته عن يده المال و وجوب الدفع عليه، و حيث ان هذا من لوازم الملك و الملك مقتضى العقد، فيصح ان يقال ان العقد يقتضى وجوب التسليم من حيث مدلوله الالتزامى، و لازم هذا الوجه وجوب التسليم و ان امتنع الآخر عنه، لأن ظلم احد لا يسوغ ظلم الآخر. و لو امتنع عن التسليم هل يجبر عليه من غير ناحية الأمر بالمعروف ام لا؟ ربما يقال انه لا يجبر، لأنه ليس له الا الملك، و لا أثر للملك الا السلطنة التكليفية، و لا وجوب على من بيده المال الا بعنوان اداء مال الغير، و الاجبار انما يكون لو امتنع عن حق كى يرفع امره الى الحاكم الذى هو ولى الممتنع. و لكن الأظهر انه يجبر عليه، لأن الحاكم ولى من امتنع عن حق الغير أو ماله، و لذا لو كان المال الموروث عند شخص و امتنع عن ادائه يتولاه الحاكم أو يجبره على الدفع من باب ولايته على الممتنع. و بعبارة اخرى: انه و ان لم يجبر عليه من ناحية وجوب التسليم الذى هو على هذا المسلك تكليف محض، و لكن يجبر عليه من ناحية موضوعه و هو مال الغير. ثانيهما: ان بناء العقلاء فى باب المعاوضات على التسليم و التسلم، فيصير القبض و الاقباض من الشروط الضمنية التى التزم بها المتعاقدان فى متن العقد، و يكون الخيار لأجل تخلف هذا الشرط الضمنى، فكل منهما يستحق على صاحبه تسليم ما فى يده، و لازم هذا الوجه هو الاجبار لو امتنع عن التسليم بلا كلام.

الفروع المتفرعة على وجوب التسليم.

و أما المقام الثانى: فالفروع المذكورة اربعة:

(١) احدها: انه لو امتنع معا عن التسليم فالمشهور بين الاصحاب انهما يجبران

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠٦

و غيرها، و عن ظاهر التنقيح الاجماع عليه، لما فى التذكرة من ان كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه، (١) و عن الخلاف انه يجبر البائع اولاً على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عينا أو فى الذمة، لأن الثمن انما يستحق على المبيع، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن، و لعل وجهه دعوى انصراف اطلاق العقد الى ذلك. (٢) و لذا استقر العرف الى تسمية الثمن عوضاً و قيمةً و لذا يقبحون مطالبته الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبحون مطالبته الاجرة قبل العمل، أو دفع العين المستأجرة، و الاقوى ما عليه الأكثر، ثم ان ظاهر جماعه ان محل الخلاف فى هذه المسألة بين الخاصة و العامة، ما لو كان كل منهما باذلاً و تشاحاً فى البداية و التسليم لاما إذا امتنع احدهما عن البذل.

قال فى المبسوط بعد اختياره، اولاً- اجبارهما معا على التقابض، ثم الحكم بأن تقديم البائع فى الاجبار اولى، قال هذا إذا كان كل منهما باذلاً،

معا لو امتنع و عن التنقيح الاجماع عليه، و عن الخلاف و المبسوط و الغنية و غيرها: انه يجبر البائع اولاً على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن.

و هناك قولان آخران للعامة الأول: انه يجبر المشتري اولاً على تسليم الثمن.

الثانى: انه لا يجبران معا.

(١) و استدلل للاول: بان كلا منهما امتنع عما وجب عليه فيجبر عليه و استدلل للثاني:

بان الثمن تابع للمبيع، و يستحق عليه، فيجب اولا تسليم المبيع ليستحق الثمن.

(٢) و وجهه المصنف (رحمه الله): بانصراف اطلاق العقد الى ذلك و لذا استقر العرف الى تسمية الثمن عوضا و قيمة و يقبحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع،

و بانه بتسليمه يستقر البيع و يتم، إذ لو تلف قبل القبض كان من مال البائع.

و يرد على الأول: ان الثمن عوض لا- تابع، و انما يتصف كل من المبيع و الثمن بالعوضيه في مرتبه واحده و آن واحد، و هو عند تمامية العقد من دون سبق و لحوق اصلا،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٧

...

و كذا في مرتبه استحقاق التسليم المعاوضي. و كون انصراف اطلاق العقد ذلك ممنوع و تقبيح مطالبه الثمن قبل دفع المبيع كتقبيح العكس.

و يرد على الثاني: ان البيع يتم قبل القبض، و قد حكم الشارع تعبدا بالانفساخ لو تلف المبيع قبل القبض.

و استدلل للثالث:

بان حق المشتري متعين في المبيع فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البائع، فان للبائع حقا و هو التسلط على الخيار بعد الثلاثه و قد يفوته ذلك بالقبض. كذا في الجواهر.

و ما ذكره اولا الى قوله فان للبائع موجود في محكى التذكرة، و ذيله اضافته هو إليه،

و الظاهر كونهما وجهين،

فان مال ما في التذكرة الى انه انما يجب التسليم بعد تعيين حق كل منهما، و قبل تسليم الثمن بما انه لا يكون حق البائع متعينا فيجب البدأ به كي يتعين حقه،

و مرجع ما في الجواهر الى ان تكليف البائع بالبدأ يفوت حقا يختص به و هو خيار التأخير.

و الجواب عن الوجه الأول: مضافا الى اختصاصه بالثمن الكلي الذي نبه عليه في آخر كلامه: ان وجوب التسليم كان من باب وجوب رد المال الى صاحبه ام من جهة الشرط الضمني، لا فرق فيه بين المتعين و الكلي، و نسبته اليهما على حد سواء من دون تقدم و تأخر بينهما.

و يرد على الوجه الثاني: ان وجوب التسليم انما يكون من باب الشرط الضمني،

و نسبة ذلك اليهما على حد سواء، و تفويت حق احدهما على تقدير لا يصلح مانعا عن العمل بما التزم على نفسه.

و استدلل للرابع:

بان الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الآخر، فإذا امتنعا معا ارتفع الوجوب عنهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٨

و أما إذا كان احدهما غير باذل اصلا، و قال لا أسلم ما على (١) اجبره الحاكم على البذل، فإذا حصل البذل حصل الخلاف في ان ايهما يدفع هذا إذا كان موسر قادرا على احضار الثمن، فإن كان معسرا كان للبائع الفسخ و الرجوع الى عين ماله كالمفلس، انتهى.

و قال في التذكرة توهم قوم أن الخلاف في البدأ بالتسليم خلاف في ان البائع هل له حق الحبس أم لا، ان قلنا بوجوب البدأ للبائع، فليس له حبس المبيع الى استيفاء الثمن، و إلا فله ذلك، و نازع اكثر الشافعية فيه و قالوا هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما في

مجرد البدأة، و كان كل منهما يبذل ما عليه، و لا يخاف فوت ما عند صاحبه، فاما إذا لم يبذل البائع المبيع، و اراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، و كذا للمشتري حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المبيع، انتهى.

و قد صرح بعض آخر ايضا بعدم الخلاف في جواز الحبس، لامتناع الآخر من التسليم، و لعل الوجه فيه إن عقد البيع مبنى على التقابض، و كون المعاملة يدا بيد،

فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارنا لتسليم صاحبه، و التزم على صاحبه ان لا يسلمه مع الامتناع، فقد ثبت باطلاق العقد، لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه، فلا يرد ان وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطا بتحقيقه من الآخر، فلا يسقط التكليف باداء مال الغير عن احدهما بمعصية الآخر، و ان ظلم احدهما لا يسوغ ظلم الآخر هذا كله مع عدم التأجيل في أحد العوضين،

و فيه: ان دليل الوجوب ان كان ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه فهو مطلق غير مشروط، و ان كان هو الشرط الضمني، و هو و ان كان مقيدا بتسليم الآخر على ما ستعرف الا انه ليس مقيدا بعدم امتناع الآخر مطلقا حتى فيما إذا كان امتناعه لأجل امتناع هذا عن التسليم، فتدبر فانه دقيق، فالأظهر هو القول الأول.

(١) ثانيها: انه لو امتنع احدهما عن التسليم مع تمكين الآخر من التسليم فانه يجبر عليه، و هل يجب التسليم على صاحبه ما لم يجبر عليه كما عن المحقق الأردبيلي، ام يجوز له عدم التسليم كما عن المشهور؟ وجهان: منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٩

فلو كان احدهما مؤجلا لم يجز حبس الآخر. (١) قال في التذكرة: و لو لم يتفق تسليمه حتى حل الاجل لم يكن له الحبس ايضا و لعل وجهه ان غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل اصلا و هذا مما يؤيد ان حق الحبس ليس لمجرد ثبوت حق للحابس على الآخر، فيكون الحبس بازاء الحبس،

قد استدل للأول: بان الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما،

و منع احدهما حق الآخر و ظلمه لا يجوز الظلم للآخر و منعه حقه، و استجوده المحدث البحراني (رحمه الله).

و لكن الأظهر هو الثاني، فانه التزم كل منهما في ضمن العقد ان يسلم بازاء التسليم،

و لازم ذلك عدم المطالبة مع عدم التسليم، و معه فليس للممتنع مطالبة صاحبه، و من المعلوم انه لا يجب دفع ما لا يستحق صاحبه مطالبته.

و ان شئت قلت: ان الالتزام بالتسليم المعاوضى ينحل الى التزامين: الالتزام بالتسليم عند تسليم الآخر، و الالتزام بعدم التسليم مع امتناعه عنه.

(١) ثالثها: انه لو كان تسليم احد العوضين مؤجلا لا إشكال في انه لا يجب على مشروط التأخير التسليم و يجب على غيره،

انما الكلام فيما إذا لم يسلم غير مشروط التأخير حتى حل الأجل، و انه هل لكل تسليم حكم نفسه، فلو امتنع احدهما عنه ليس للآخر الامتناع عنه كما عن الاكثر، ام يعود حكم التقابض؟ وجهان مبيان على انه كما لا التزام بالتسليم المعاوضى قبل حلول الأجل هل لا يكون التزام به بعده ايضا،

ام هناك التزام بالتسليم المطلق قبل حلول الأجل، و بالتسليم المعاوضى بعده إذا فرض عدم تسليم غير المؤجل. صريح الجواهر و التبصرة و غيرهما هو الأول،

و لكن المراجع الى اهل العرف يطمئن بالثاني افرض انه بعد العقد المذكور اطمأن غير مشروط التأخير بان صاحبه لا يسلم بعد حلول الأجل، فهل يلزمه اهل العرف بالتسليم، كلا و ليس ذلك الا لأجل الالتزام الضمنى، فالأظهر هو الثانى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٠

ثم ان مقتضى ما ذكرنا من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما فى يد صاحبه انه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم يصح القبض، (١) فصحة القبض بأحد امرين: اما اقباض ما فى يده لصاحبه فله حينئذ قبض ما فى يد صاحبه و لو بغير اذنه، و أما اذن صاحبه سواء أقبض ما فى يده ام لا؟ كما صرح بذلك فى المبسوط و التذكرة، و صرح فيهما بأن له مطالبة القابض برد ما قبض بغير اذنه، لأن له حق الحبس و التوثق الى ان يستوفى العوض، و فى موضع من التذكرة انه لا ينفذ تصرفه فيه، (٢) و مراده التصرف المتوقع على القبض، كالباع أو مطلق الاستبدال، ثم إذا ابتداء أحدهما بالتسليم اما لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ، أو لتبرعه بذلك اجبر الآخر على التسليم، و لا يحجر عليه فى ما عنده من العوض، و لا فى مال آخر لعدم الدليل.

مسألة: يجب على البائع تفرغ المبيع من امواله مطلقا

إشارة

و من غيرها فى الجملة، (٣) و هذا

(١) رابعها: انه بناء على الالتزام بالتسليم المعاضى لو قبض الممتنع ماله بغير اذن صاحبه، فلا كلام فى ان لصاحبه استرداده، لأنه و ان كان ماله الا ان المفروض ان لصاحبه حق الامتناع عن تسليمه و تسلطه على حسبه مع امتناع القابض عن التسليم، (٢) انما الكلام فى تصرفاته و انها هل تجوز ام لا. و فى الجواهر: اختيار الثانى و استدلاله: بانه المناسب للارفاق، و حديث الضرار. و فيه: ان المناسب للارفاق و حديث الضرار هو الأول، فانه ماله، و لا يكون متعلقا لحق الغير، إذ لم يثبت بالالتزام الا جواز الامتناع لا حدوث حق فى العين يمنع عن التصرف فيها، و منع المالك عن التصرف فى ماله ضرر عليه، فالأظهر هو الأول.

لزوم التفرغ

(٣) الثالث لا خلاف و لا إشكال فى انه يجب على البائع تفرغ المبيع من امواله مطلقا و من غيرها فى الجملة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١١

و هذا الوجوب ليس شرطيا بالنسبة الى التسليم، (١) و ان أو همه بعض العبارات فى غير واحد من الكتب انه يجب تسليم المبيع مفرغا، و المراد ارجاع الحكم الى القيد و الا فالتسليم يحصل بدون، و قد تقدم عن التذكرة، و كيف كان فيدل على وجوب التفرغ ما دل على وجوب التسليم، فإن اطلاق العقد، كما يقتضى اصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغا، (٢) فإن التسليم بدون كالعدم بالنسبة الى غرض المتعاقدين، (٣) و ان ترتب عليه احكام تعبدية كالدخول فى ضمان المشتري و نحوه، فلو كان فى الدار متاع وجب نقله فورا، فإن تعذر ففى اول ازمته الامكان

و تنقيح القول في المقام بالبحث في فروع:

(١) الاول: يجب على البائع تفرغ المبيع من امواله و من غيرها الا مع علم المشتري باشتغاله به و رضاه بذلك، و الدليل عليه ما دل على وجوب التسليم من الوجهين.

الثاني: ان وجوب التفرغ هل هو نفسى كوجوب التسليم أو شرطى؟ ظاهر كلمات القوم هو الثانى حيث قالوا: يجب التسليم مفرغا. و استدل المصنف (رحمه الله) للأول بوجهين:

(٢) احدهما: ان اطلاق العقد كما يقتضى اصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغا و المراد بالاطلاق اما هو الشرط المضمّر، أو ان مقتضى العقد هو مالكية كل من المتعاقدين لما فى يد الآخر،

و يترتب على كل منهما آثار الملكية منها سلطنة مالكه عليه و دفع مزاحمة الغير، و ترك التفرغ مزاحمة له فى سلطانه على الانتفاع بماله فيجب التفرغ دفعا للمزاحمة.

و الظاهر ان مقتضى كلا الوجهين ما افاده من الوجوب النفسى، اما الثانى: فواضح،

اما الأول: فلأن الشرط ليس واحدا و هو التسليم التام، بل هو اثنان لتعدد الغرض من كون المبيع تحت سلطانه، و الانتفاع به بجميع الانتفاعات.

(٣) ثانيهما: ان التسليم بدونه كالعدم بالنسبة الى غرض المتعاقدين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٢

و لو تراخى زمان الامكان، و كان المشتري جاهلا كان له الخيار، لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. (١) و فى ثبوت الأجرة لو كان لبقائه اجرة الى زمان الفراغ وجه، و لو كان تأخير التفرغ بتقصيره فينبغى الجزم بالاجرة، (٢) كما جزموا بها مع امتناعه من اصل التسليم.

و فيه: انه لو تم لدل على الوجوب الشرطى لا النفسى كما لا يخفى.

(١) الثالث: لو تراخى زمان الامكان و مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفرغ أو لم يفرغ فقد حكم المصنف (رحمه الله) بالخيار مع شرطين، و هما: كون المشتري جاهلا، و تضرره بفوات بعض المنافع. و الظاهر ان نظره الى حديث لا ضرر المختص بصورة التضرر و الجهل،

و لكن بما ان هذا الخيار يمكن اثباته من باب تخلف الشرط، فلا يكون مقيدا بصورة التضرر و فوات بعض المنافع.

(٢) الرابع: لو مضت مدة و فات فيها بعض المنافع فان كان بتقصير منه كان تفويتا للمنفعة فتشمله قاعدة من اتلف «١» و يثبت ضمانه، و ان لم يكن كذلك، فان كان الفوات - اى فوات المنفعة - مستندا إليه و لو كان من غير اختيار منه ضمن لقاعدة من اتلف و الا فلا، إذ لا إتلاف، و لا يد «٢» عليها لفرض كونها تحت يد المشتري، فلا موجب للضمان.

و أما قاعدة احترام مال المسلم «٣» و قاعدة نفى الضرر، «٤» فقد تقدم فى الجزء الثالث من هذا الشرح انه لا يمكن اثبات الضمان بهما.

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار و عليها الاجماع.

(٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣.

(٤) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار و قد مر فى خيار الغبن عمدة مصادر الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٣

و لو كان في الأرض زرع قد احصد وجب ازالته لما ذكرنا، و ان لم يحصد (١)
 وجب الصبر الى بلوغ أو انه للزوم تضرر البائع بالقلع. (٢) و أما ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل، (٣) كما لو وجدها مستأجرة،
 و من ذلك يعلم عدم الاجرة لأنه اشترى ارضا تبين انها مشغولة

حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع

(١) الخامس: لو كانت الارض مشغولة بزرع للبائع لم يبلغ أو ان حصاده ففيه جهات من البحث:
 الأولى: انه هل يجب على المشتري الصبر الى بلوغ اوانه، ام له السلطنة على المنع من ابقاء الزرع، ام له القلع أو الالزام بقلعه؟
 (٢) قد استدل للاول: بلزوم تضرر البائع بالمنع من الابقاء و القلع فسلطنة المشتري على المنع من الابقاء مرفوعة بقاعدة نفى الضرر.
 و اورد عليه تارة: بان البائع اقدم على هذا الضرر ببيعه الذي هو نقل للمنافع الى ملك الغير تبعا للأرض.
 و اخرى: بانه معارض بتضرر المشتري من عدم سلطنته على المنع و كون ذلك تحت استيلاء البائع.
 (٣) و دفع ذلك بانجبار ضرره بالخيار كما في المتن غريب فان لزوم البيع ليس ضروريا كي يثبت الخيار، بل الموجب للضرر هو سلطنة
 البائع على الابقاء و عدم سلطنة المشتري على المنع، و معلوم ان القاعدة انما ترفع كل حكم كان ضروريا و لا تدل على رفع حكم آخر
 و ان لزم منه عدم الضرر من هذا الحكم.
 و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن صدق الاقدام على الضرر يتوقف على ثبوت السلطنة للمشتري على المنع عن الابقاء، و هي مرفوعة بالحديث، فلا اقدام
 على الضرر.

و ان شئت قلت: ان صدق الاقدام متوقف على ثبوت السلطنة، و هو يتوقف على صدق الاقدام و الالفى ترتفع بالحديث، و هذا دور.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٤

فلا يثبت اكثر من الخيار، (١) و يحتمل ثبوت الاجرة، لأنه اشترى ارضا لا يستحق عليها الاشتغال بالزرع، و المالك قد ملك الزرع غير
 مستحق للبقاء فيتخير بين ابقائه بالاجرة (٢) و بين قلعه، لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالاجرة،
 و يحتمل تخيير المشتري بين ابقائه بالاجرة و قلعه بالارش، و يحتمل ملاحظة الاكثر ضررا

و أما الثاني: فلأن عدم السلطنة لا يكون مشمولاً لحديث لا ضرر فانه مختص بالأحكام الوجودية، و البائع لا سلطنة له على الابقاء، فان
 الانسان مسلط على مال نفسه دون مال غيره، و السلطنة على الابقاء سلطنة على مال الغير، فعدم هذه السلطنة لعدم المقتضى لا لوجود
 المانع،

فالأظهر انه لا سلطنة له على المنع من الابقاء أو القلع أو الالزام بقلعه.

(١) الثانية: هل للمشتري الخيار مع الجهل ام لا؟ الظاهر ذلك لتخلف الشرط المضمّر، فان بناء المتعاقدين ارتكازا كما ما مر على
 تسليم المبيع مفرغا.

(٢) الثالثة: هل للمشتري الاجرة مع اختيار البائع الابقاء و عدم اعمال المشتري للخيار ام لا؟

الأظهر هو الأول، فان العين بما لها من المنافع تنتقل بالبيع الى المشتري، و البائع يستوفى منفعتها المملوكة له بابقاء الزرع، فلا بد من

دفع الاجرة لاحترام مال المسلم.
 و دعوى ان احترام المال سقط بمقتضى حديث لا ضرر الدال على انه لا سلطنة للمشتري على المنع من ابقاء الزرع و معه لا وجه للبناء على بقاء احترامه و عدم ذهابه هدرا،
 مندفعه بان لكل مال مضاف الى مسلم حيثيتين: حيثية المالىة، و حيثية الملكية،
 و لكل منهما احترام، و مقتضى الاحترام من حيثية الاولى عدم ذهابه بلا تدارك، و مقتضى الاحترام من حيثية الثانية عدم مزاحمة المالك فى سلطانه بالتصرف فيه من غير اذنه و رضاه.
 و حديث لا ضرر انما اسقط الاحترام من حيثية الثانية، و لا وجه لسقوط الاحترام من حيثية الاولى، فالأظهر ثبوت الاجرة.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٥
 و لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شىء (١) هدمه باذن المشتري، (٢) و عليه طم ما يطم برضى المالك و اصلاح ما استهدم أو الارش (٣) على اختلاف الموارد، فإن مثل قلع الباب أو قلع ساجه منه اصلاحه اعادته بخلاف هدم حائط، فإن الظاهر لحقوقه بالقيمي فى وجوب الارش له و المراد بالارش قيمة الهدم لا أرش العيب. (٤)
 و بالجملة فمقتضى العرف الحاق بعض ما استهدم بالمثل و بعضه بالقيمي، و لو الحق مطلقا بالقيمي كان له وجه، و يظهر منهم فيما لو هدم احد الشريكين الجدار المشترك بغير اذن صاحبه اقول ثلاثة

لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شىء

(١) السادس: لو احتاج تفريغ الارض الى هدم شىء هدمه و الكلام فى هذا الفرع ايضا فى جهات:
 (٢) الاولى: هل يتوقف الهدم على اذن المشتري ام لا؟
 ربما يقال بعدم التوقف نظرا الى ان شرط التفريغ شرط لذلك كله، و بناء عليه قيل لا يجب بعد الهدم اصلاح ما افسد.
 و فيه: ان شرط التفريغ ليس الا شرط كون الدار فارغة لا شرط فعل البائع، مع انه شرط له لا عليه، و عليه فلو سلم كون الشرط هو التفريغ المتوقف على الهدم لا- وجه للقول بعدم وجوب الاصلاح، إذ قد عرفت ان للمال المضاف الى المسلم بالاضافة الملكية حيثيتين، و لكل منهما احترام، و سقوط احترامه من احدى حيثيتين لا يوجب سقوطه من حيثية الاخرى.
 (٣) الثانية: انه بعد الهدم هل يجب اعادته أو الارش ام هناك فرق بين ما كان مثليا كحائط البساتين فالاعادة، و بين ما لم يكن كذلك فالارش؟ وجوه،
 و الأظهر هو الأخير، و لا يخفى وجهه.
 الثالثة: ان الارش الذى يؤخذ هل هو قيمة الهدم أو ارش العيب؟
 (٤) صرح المصنف بالاول، و هو الاظهر فان هذا العيب انما طرا باذن المشتري و انما يحكم بضممان القيمة لاجل الاحترام بالتقريب المتقدم.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٦
 الاعادة مطلقا، كما فى الشرائع. و عن المبسوط و الارش كذلك، كما عن العلامة و المحقق و الشهيد الثانيين، و التفصيل بين ما كان مثليا كحائط البساتين و المزارع و إلا فالارش كما عن الدروس، و الظاهر جريان ذلك فى كسر الباب و الشباييك و فتق،
 الثوب من هذا القبيل.

مسألة لو امتنع البائع من التسليم، (١)

فإن كان لحق، كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا اثم، و هل عليه اجرة مدة الامتناع احتمله في جامع المقاصد، الا ان منافع الاموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها، (٢)

لو امتنع البائع عن التسليم

(١) الرابعة: في امتناع البائع عن التسليم وفيها فروع:

الأول: انه لو كان الامتناع لاعن حق لا كلام في ضمان المنافع، فانه كغيره من الغاصبين.

الثاني: إذا كان امتناعه عن حق، فان استوفى البائع المنفعة ضمن بلا كلام لاستيفائه منافع مال الغير، و ان لم يستوفها ففيه وجهان بل قولان،

قد استدلل للضمان: بان جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة.

توضيحه: ان مقتضى اليد والاتلاف الضمان، و لا مانع سوى جواز الحبس، و هو لا يصلح للمانع، و المصنف قال:

(٢) الا ان منافع الاموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها توضيحه: ان مال الغير إذا جاز حبسه اما ان يكون من جهة كونه امانة مالكية، أو يكون من جهة كونه امانة شرعية، و لكل منهما وجه في المقام، فان الالتزام بالتقاضي المعاوضي مقتضاه استحقاق الحبس، و هو اقوى من التامين المالكى، و المفروض ان الشارع الأقدس ايضا رخص في الحبس، و على التقديرين لا- ضمان، إذ لا- سبيل على الأمين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٧

و على المشتري نفقة المبيع، (١) و في جامع المقاصد ما اشبه هذه بمنع الزوجة نفسها حتى يقبض المهر، فإن في استحقاقها النفقة ترددا (٢) قال و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر، انتهى.

و يمكن الفرق بين النفقة في المقامين و لو طلب من البائع الانتفاع به في يده. (٣)

ففي وجوب اجابته وجهان، و لو كان امتناعه لا لحق وجب عليه الاجرة، لأنه عاد و مقتضى القاعدة ان نفقته على المشتري.

(١) الثالث: هل على المشتري نفقة المبيع ام لا- أم هناك تفصيل بين كونه عن حق فعليه النفقة، و بين كونه لاعن حق فعلى البائع؟ وجوه،

اظهرها الأخير، فان الحبس عن حق لا يوجب سقوط نفقة المملوك عن مالكة فضلا عن ثبوتها للبائع،

و أما في الحبس لاعن حق فمقتضى صحيح ابى ولاد «١» كون النفقة على الغاصب.

(٢) الرابع: لا إشكال في عدم وجوب نفقة الزوجة مع عدم التمكين إذا كان الامتناع لاعن حق لاشترط وجوبها بالتمكين التام،

انما الاشكال فيما إذا كان الامتناع عن حق، كما إذا امتنعت حتى تقبض المهر.

و منشأ الاشكال: ان الشرط هو التمكين الواجب عليها، و حيث لا وجوب مع جواز الامتناع فيجب النفقة أو التمكين المطلق، فلا تجب، و لعل الظاهر هو الأول،

و عليه فالفرق بين النفقة في المقامين واضح، فان نفقة المملوك غير مشروطة بخلاف نفقة الزوجة.

(٣) الخامس: لو طلب المشتري من البائع الانتفاع به في يده فهل تجب اجابته ام لا-؟ وجهان مبنيان على ان الملتزم به هو التقابض المعاوضي خاصة، فلا دليل في مقابل قاعدة السلطنة المقتضية للسلطنة على جميع التصرفات و منها ذلك، فان الشرط هو عدم التسليم

مع امتناع صاحبه عنه، أو هو المنع من التصرفات،
و لا يبعد اظهرية الثانى

(١) الوسائل - باب ١٧- من ابواب الاجارة.
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٨

الكلام فى احكام القبض،

اشارة

و هى التى تلحقه بعد تحققه

مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض،

اشارة

فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا مستفيضا، بل محققا، (١) و يسمى ضمان المعاوضة (٢) و يدل عليه قبل الاجماع النبوى المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و ظاهره بناء على جعل من للتبويض انه بعد التلف يصير مالا للبائع، لكن اطلاق المال على التالف انما هو باعتبار كونه مالا عند التلف، و بهذا الاعتبار يصح ان يقع هو المصالح عنه إذا اتلفه الغير لا قيمته،

انتقال الضمان الى القابض

(١) من احكام القبض: انتقال الضمان ممن نقله الى القابض فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا.
و ملخص القول فيه: انه لا كلام و لا إشكال فى ذلك، و انه لو تلف قبل القبض يكون ضمانه على البائع. و يشهد له النبوى المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١».
و خبر عقبه بن خالد عن مولانا الصادق (عليه السلام) فى رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال: آتيك غدا أن شاء الله تعالى فسرقت المتاع،
من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله «٢»
انما الكلام فى مواضع:

(٢) الاول: ان الضمان الثابت فى المقام هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من البائع حقيقة كما فى المتن أو ضمان الغرامة،
بحيث يتلف فى ملك المشتري بحيث يكون تلفه عليه

(١) المستدرک - باب ٩- من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٠- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٩

كما صرح به في باب الصلح من الشرائع و التحرير، و حينئذ فلا بد من ان يكون المراد بالنبوي: ان المبيع يكون تالفاً من مال البائع. و مرجع هذا الى انفساخ العقد قبل التلف آناً ما، ليكون التالف مالا للبائع. (١)

و الحاصل ان ظاهر الرواية صيرورة المبيع مالا- للبائع بعد التلف، لكن لما لم يتعقل ذلك تعين ارادة وقوع التلف على مال البائع و مرجعه الى ما ذكره في التذكرة و تبعه من تأخر عنه من انه يتجدد انتقال الملك الى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان، و ربما يقال تبعاً للمسالكة ان ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع يوهم خلاف هذا المعنى و لعله لدعوى ان ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله، بمعنى كون دركه عليه فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة

و يكون منه حقيقة كما عن المسالك؟ وجهان:

الأظهر هو الأول، و ذلك لأن مدرك الضمان هو النبوي و خبر عقبه، و هما ظاهران في ذلك،

(١) اما النبوي فلان من اما نشويء أو للتبعض أو للابتداء فان كانت نشويء كان معنى الخبر: ان المبيع التالف بهذا الوصف ينشأ من مال البائع، و لازم ذلك كون التالف قبل التلف مالا له، و الا لم يكن التلف ناشئاً من ملكه.

و بعبارة اخرى: ان ظاهره على هذا وقوع التلف على مال البائع، و حيث انه ليس المراد رجوعه إليه مجاناً، بل المراد رجوعه إليه ببدله فلازم ذلك انفساخ المعاملة.

و ان كانت للتبعض، فظاهره و ان كان صيرورة المبيع ملكاً للبائع بالتلف الا ان ذلك لما كان غير معقول، فلا بد و ان يراد به كونه ملكاً له قبل التلف آناً ما، و يكون اطلاق المال عليه بعد التلف باعتبار كونه مالا له قبله.

و ان كانت للابتداء، بان يكون ضمير هو عائداً الى التلف المستفاد من الماضي المشتق منه كما في مثل (اعدلوا هو اقرب للتقوى) فيكون مفاده: ان التلف من البائع،

و لازم ذلك الانفساخ، إذ فرق بين كون التلف منه و كونه عليه، و لازم الأول دخوله في ملكه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٠

و مما ذكرنا من ان معنى الضمان هنا يرجع الى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع في ملك البائع، و يسمى ضمان المعاوضة لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب و المستام و غيرهما، و يسمى ضمان اليد يعلم ان الضمان فيما نحن فيه حكم شرعي لا حق مالي، فلا يقبل الاسقاط. (١) لذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط، كما نص عليه في التذكرة و الدروس، و ليس الوجه في ذلك أنه إسقاط ما لم يجب، كما قد يتخيل و يدل على الحكم المذكور أيضاً، رواية عقبه ابن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل اشترى متاعاً من رجل و أوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال آتيك غداً إن شاء الله فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله. و لعل الرواية أظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوي. و كيف كان

فما افاده المحقق الايرواني (رحمه الله) من انه على هذا لا يدل على الانفساخ لصدق كون التلف منه مع ثبوت عوضه في امواله غير تام، فانه يصدق كون التلف عليه لا منه.

و أما خبر عقبه: فلأن قوله فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع ظاهر في ان السرقة تكون من مال البائع، و لا يكون ذلك الا بالانفساخ حتى تكون سرقة منه.

(١) الثاني: ان هذا الضمان هل هو حقي قابل للاسقاط ام حكم شرعي غير قابل له؟ وجهان:

اقوامهما الثاني، فان الضمان المعاوضي معناه كون المبيع بعد البيع، بحيث إذا تلف قبل قبضه ينفسخ العقد شرعاً، و هذه الحيثية

بالإضافة الى الانفساخ و الملكية من قبيل القوة بالإضافة الى الفعلية،

و ليس شيء منهما حقا قابلا للاسقاط لا الانفساخ و الملكية الفعلية و لا هذه الحثية، و عليه فلا يصح اسقاطه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢١

فلا خلاف في المسألة أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله، (١) لأن تقدير مالمية البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد، (٢) و إنما احتيج إليه لتصحيح ما في النص من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضرورة و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. و في معناه الركاز الذي يجده العبد المبيع التالف قبل القبض، و بعد وجدانه للركاز و ما وهب منه فقبله و قبضه أو أوصى له به فقبله ثم مات العبد أي العبد الموصى له به قبل قبض المشتري إياه

(١) الثالث: انه على الانفساخ هل يبطل البيع عند التلف أو من أصله؟ وجهان.

(٢) استدلال المصنف (رحمه الله) للاول بان تقدير كونه ملكا للبائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد.

و حاصله: ان الأصل بقاء العقد الى التلف، رفعنا اليد عن ذلك بالنسبة الى ما قبل التلف، فيبقى الباقي عملا بالاستصحاب الى حين العلم بالزوال.

و اورد عليه المحقق التقي (رحمه الله): بان القول بالبطلان من رأس و ان كان مخالفا لما دل على صحة البيع و نفوذه و حرمة نقضه، و لكن هذا لازم على تقدير القول بالانفساخ قبل التلف آنا ما، فان مقتضى اطلاق تلك الأدلة ثبوت الملك و وجوب الوفاء في جميع الأزمنة لا مجرد ثبوت الملك آنا ما، مضافا الى لزوم مخالفة قاعدة سلطان الناس على اموالهم و انفسهم، «١»

فان مقتضى الأول عدم خروج مال احد عن ملكه بدون رضاه، و مقتضى الثاني عدم دخول شيء في ملكه بدون رضاه، و الانفساخ القهري موجب لخرم كل من القاعدتين، بل يلزم من ذلك خرم قاعدة الخراج بالضمان، «٢» حيث ان الخراج على هذا التقدير للمشتري و الضمان للبائع، بخلاف ما لو قلنا بالانفساخ من رأس، فان الضمان و الخراج للبائع، فالقول بالانفساخ من رأس مخالف لقاعدة واحدة،

و القول بالانفساخ حين التلف مخالف لقواعد اربع، فيقدم الأول ترجيحاً لحفظ القواعد الأربع على حفظ دليل واحد،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان صحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٢

كما صرح به في المبسوط و التذكرة و صرح العلامة بأن مؤنثة تجهيزه لو كان مملوكا على البائع، و هو مبني على ثبوت الملك التحقيقي قبل التلف (١)

و لو فرض التكافؤ و التسايط فالمرجع اصالة فساد العقد و عدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الأصلي الى غيره.

و فيه: اما مخالفة القول بالانفساخ من حين التلف لدليل صحة البيع و نفوذه،

فيردها: ان العقد الصحيح هو ما يؤثر في الملكية المرسله، و الفسخ أو الانفساخ لا يوجب عدم التأثير كى ينافيه، بل يوجب رفع هذه الملكية المرسله.

و أما مخالفته لقاعدة السلطنة على النفس و المال،

فيردها: ان دليل السلطنة انما ينفي تصرف غيره من الناس، و الانفساخ حكم شرعى لا معنى لكون دليل السلطنة نافيا له.

و أما مخالفته لقاعدة الخراج بالضمان،

فيردها: ما تقدم من عدم التلازم بينهما، و انما مفاد الحديث- على فرض وجوده- ان الضمان، المعاوضى اى ملكية العين بازاء شىء تتبعها ملكية المنافع،

فالأظهر هو الانفساخ من حين التلف.

(١) قوله و هو مبنى على ثبوت الملك التحقيقى قبل التلف اورد عليه المحقق التقى (رحمه الله) بانه يمكن ان يلتزم بالانفساخ الحكمى، و يترتب عليه كون مؤنة التجهيز على البائع، بان يقال انه إذا حكم على الملك الحكمى، فظاهره ايضا الملكية المطلقة الحكمية و مقتضاه ترتيب جميع احكام الملك و التنزيل منزلة الملك فى جميع الاحكام، و من الاحكام وجوب تجهيز العبد على المالك إذا مات و فيه: ان الخبر ليس فى مقام بيان ثبوت الملك للبائع كى يتمسك باطلاقه، بل فى مقام بيان تلف الملك من البائع و حيث انه لا- يعقل تلف الملك منه حقيقة فهو تلف الملك منه حكما و لا أثر لذلك الا الانفساخ، و بالجمله لو كان لسان الدليل ملكية البائع تم ما افاده، و لكن بما ان لسانه كون التالف من ملك البائع و لا أثر لهذا سوى الانفساخ فلا يتم

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٢٣

لا مجرد تقدير الملك الذى لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحوج إلى ذلك التقدير دون ما عداه من باقى آثار المقدر إلا- أن يقال: بأن التلف من البائع يدل التزاما على الفسخ الحقيقى، (١) ثم انه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده (٢)

(١) و على هذا فهل الانفساخ حقيقى أو حكمى قولان؟

و قد استدلل للثانى بوجهين:

احدهما: ان المال فى الآن المتصل بقائه بانعدامه يخرج عن المالية و الملكية، إذ الشىء الذى يتلف فى آن وجوده لا قيمة له فى العرف و لا يبذل العقلاء بازائه مالا.

و فيه: اولاً: انه لا يوجب سلب المالية ما لم يكن معلوما لعامة الناس.

و ثانياً: ان تقديره ملكا انما هو لرجوع ما جعل عوضا عنه الى مالكه، و لا فرق فى ذلك بين كونه مالا و عدمه.

الثانى: ما استند إليه المحقق التقى (رحمه الله)، و هو: ان الجزء غير المتجزئ من الزمان غير موجود، فالمملك الحقيقى ان وجد لا فى زمان فهو محال، و ان وجد فى زمان فيكون هذا الزمان لا محالة قابلا للتجزئة، فيمكن فرض الملك فى الأقل من ذلك، فلو حكم بالملك فى هذا المقدار مع امكان الأقل منه فلم لا يحكم فى اكثر من ذلك، و لو التزم بكون الملك فى اقل من الزمان المفروض ينقل الكلام فى ذلك المقدار الأقل و نقول فيه ما قلناه فى الفرض الأول.

و فيه: انه يلتزم بالملك فى الجزء الآخر من الزمان عرفا، و كون ذلك الجزء قابلا للتجزئة عقلا غير مناف بعد كونه غير قابل لها عرفا.

فالأظهر هو الانفساخ الحقيقى على ما تقتضيه ظواهر الأدلة، فان ما دل على كون التلف من البائع يدل بالالتزام على الانفساخ الحقيقى.

(٢) الرابع: ان التلف الحقيقى مساوق للانعدام الا ان التلف عرفا اعم منه و من كل ما لا يرجى معه عود المبيع كما هو ظاهر خبر عقبه بن خالد، «١» حيث حكم فيه بانه من البائع بسبب السرقة.

(١) الوسائل- باب ١٠- من ابواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٢٤

و عليه يحمل رواية عقبه المتقدمه، قال فى التذكرة و وقوع الدرء فى البحر قبل القبض كالتلف، و كذا انفلات الطير و الصيد

المتوحش و لو غرق البحر الأرض المبيعة، أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل، أو كسيها رمل، فهي بمثابة التلف، أو يثبت به الخيار للشافعية وجهان: أقواهما الثاني، و لو ابق العبد قبل القبض أوضاع في انتهاب العسكر لم يفسخ البيع لبقاء المالية و رجاء العود، انتهى. و في التذكرة أيضا لو هرب المشتري قبل وزن الثمن، و هو معسر مع عدم الاقباض احتمل ان يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن و الصبر ثلاثة ايام للرواية، و الاول اقوى لورودها في البازل، و ان كان موسرا اثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم ان وجد له مالا قضاه و إلا باع المبيع و قضى منه، و الفاضل للمشتري و المعوز عليه، انتهى.

و في غير موضع مما ذكره تأمل، ثم ان ظاهر كثير من الاصحاب: انه لا يعتبر في القبض المسقط للضمان وقوعه صحيحا جامعا لما يعتبر فيه، (١) فلو وقع بغير اذن ذي اليد كفى في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة، و الدروس، و غيرهما، و لو لم يتحقق الكيل و الوزن (٢)

لا يقال: ان تعذر التسليم عد من اسباب الخيار مع ان لازم هذا الوجه الانفساخ بسببه.

فانه يقال: تعذر التسليم ربما يكون مع العلم بالتمكن بعد حين أو مع الشك، و ربما يكون مع العلم أو الاطمئنان بعدم الامكان الى الابد، و الملحق بالتلف هو الثاني، و الموجب للخيار هو الأول. فتأمل فان ذلك قابل للمنع.

(١) الخامس: إذا وقع القبض غير واجد لشرائط صحته فهل ينتقل الضمان ام لا؟

ملخص القول: انه مع فقد بعض ما يعتبر فيه ان صدق عليه القبض الذي حقيقته الاستيلاء على المقبوض مع التصرف الخارجي على ما تقدم انتقل الضمان، إذ لم يؤخذ في موضوع الانتقال سوى عنوان القبض، و عليه فلو تحقق القبض من دون اذن ذي اليد كفى و ان جاز استرداده.

(٢) و أما الكيل و الوزن: فان كان المبيع شخصا فهما غير معتبرين في القبض،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٥

بناء على اعتبارهما في قبض المكيل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان: قال في التذكرة في باب بيع الثمار: انه لو اشترى طعاما مكايلاً، فقبض جزافا فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض، و ان جعلنا الكيل شرطاً فيه فالاقرب انه من ضمان البائع، انتهى.

و قد تقدم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء على اشتراط الكيل في القبض، و لا يخلو عن قوة، و هل يكتفى بالتخليه على القول بعدم كونها قبضا في سقوط الضمان قولان: لا يخلو السقوط من قوة و ان لم نجعله قبضا. (١)

و كذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه و لم ينقله بناء على اعتبار النقل في القبض، هذا كله حكم التلف السماوي و أما الاتفاق، (٢) فإما ان يكون من المشتري، و أما ان يكون من البائع، و أما ان يكون من الاجنبي،

و على فرض الاعتبار تعبدا لا وجه لاعتبارهما في رفع الضمان،

و ان كان كلياً فالوفاء لا يكون الا بالكيل و الوزن، فالقبض بلا اذن من البائع لا يحقق الوفاء و لا يشخص ملك المشتري كي يرتفع الضمان.

و أما النقل بناء على اعتباره: فان كان معتبرا في صدق القبض فهو يعتبر في رفع الضمان و ان كان غير معتبر فيه و ان اعتبر تعبدا فلا يكون معتبرا في رفع الضمان.

و مما ذكرناه ظهر عدم الاكتفاء بالتخليه على القول بعدم كونها قبضا، كما ظهر ما في كلمات المصنف من الاشكال.

(١) قوله لا يخلو السقوط من قوة و ان لم نجعله قبضا قد مر أنه لا قوة فيه، و لا وجه له مع عدم صدق القبض و تعليق الانفساخ على القبض

انتقال الضمان بالاتلاف

(٢) السادس: فى الاتلاف و هو قد يكون من المشتري و قد يكون من البائع و قد يكون من الأجنبي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٦

فإن كان من المشتري، (١) فالظاهر عدم الخلاف فى كونه بمنزلة القبض فى سقوط الضمان، لانه قد ضمن ماله باتلافه و حجته الاجماع لو تم و إلا فانصراف النص الى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعدة، قال فى التذكرة هذا إذا كان المشتري عالما، و ان كان جاهلا، بأن قدم البائع الطعام المبيع الى المشتري فأكله، هل يجعل قابضا الاقرب انه لا يصير قابضا، و يكون بمنزلة اتلاف البائع، ثم مثل له بما إذا قدم المغصوب الى المالك فأكله، أقول هذا مع غرور البائع لا بأس به، اما مع عدم الغرور ففى كونه كالتلف السماوى وجهان و لو صال العبد على المشتري فقتله دفعا ففى التذكرة ان الاصح انه لا يستقر عليه الثمن.

و حكى عن بعض الشافعية: الاستقرار لانه قتله فى غرض نفسه، و لو اتلفه البائع (٢) ففى انفساخ البيع كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير لعموم التلف فى النص (٣) لما كان باتلاف حيوان أو انسان أو كان بأفة

(١) فان كان الاتلاف من المشتري فحيث انه مساوق للقبض فانه استيلاء مع التصرف الخارجى، فبالإتلاف يتحقق القبض، فلا يكون من التلف قبل القبض، و لا فرق فى ذلك بين العلم و الجهل.

و ان ابيت عن ذلك فان قلنا بشمول التلف للسماوى و الاختيارى فينفسخ العقد من غير فرق بين الصورتين، و الا فلا بد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعدة، و هو كون التلف من المشتري لا من البائع.

(٢) و ان كان الاتلاف من البائع ففيه وجوه:

الأول: ما عن المبسوط و الشرائع و التحرير، و هو: كونه كالتلف موجبا للانفساخ.

الثانى: كونه موجبا لضمان الغرامة.

الثالث: تخيير المشتري بين الرجوع بالمسمى، و الرجوع ببدل التالف، اختاره جمع من الأساطين منهم المصنف (رحمه الله).

(٣) و استدلل للاول: بان الانفساخ فى النص علق على التلف و هو قد يكون قهريا و قد يكون اختياريا، و مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين اسبابه، بل ظاهر خبر عقبه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٧

أو ضمان البائع للقيمة لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة اتلاف مال الغير، (١) أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن. اما لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فيتخير المالك فى العمل باحدهما. (٢) و أما لأن التلف على هذا الوجه إذا خرج

عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع،

فيثبت الخيار للمشتري لجريان دليل تعذر التسليم هنا، و هذا هو الاقوى (٣)

و اختاره فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها، و عن حواشى الشهيد نسبة الى اصحابنا العراقيين

ابن خالد شموله للاختيارى، فان السرقة المنزلة منزلة التلف لا تكون الا بالاختيار،

و لا فرق في هذا المعنى بين اتلاف الأجنبي و البائع.

و فيه: ان التلف منصرف الى القهري. و بعبارة اخرى: انه بحسب المتفاهم العرفي مقابل للاتلاف، و خبر عقبه قد مر انه ضعيف السند لمحمد بن عبد الله بن هلال و بما ذكرناه يظهر مدرك القول الثاني،

(١) فانه إذا لم يشمله النبوي يشمله من اتلف مال الغير بل لو شك فيما ذكرناه و احتمال شمول التلف لمورد الاتلاف يجرى استصحاب بقاء المبيع على ملك المشتري، و ينقح بذلك موضوع من اتلف. و استدلل للثالث بوجهين:

(٢) الاول: انه يجتمع فيه سبب ضمان المسمى و الانفساخ و هو كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و سبب ضمان الغرامة و هو من اتلف مال الغير، و حيث لا مرجح لأحدهما فيحكم بالتخير.

و فيه: اولاً: ما تقدم من عدم شمول التلف لما إذا كان السبب اختيارياً.

و ثانياً: انه لا تنافى بين الدليلين في المقام: فان دليل التلف قبل القبض يوجب انفساخ المعاملة و صيرورة المال للبائع، و يرتفع بذلك موضوع من اتلف مال الغير.

و بعبارة اخرى: ان دليل من اتلف يدل على تأثير الاتلاف على تقدير وجود موضوعه، و ليس هو كسائر الأدلة حافظاً لموضوعه، و دليل التلف يوجب ارتفاع موضوعه، فلا تعارض بين الدليلين و لا تراحم.

(٣) الثاني: ان الاتلاف يوجب تعذر التسليم فيوجب الخيار للمشتري و حيث انه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٨

فإن اختار المشتري القيمة، فهل للبائع حبس القيمة على الثمن و جهان: (١) من انها بدل عن العين و من ان دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختص بالمبدل اقواهما العدم، و لو قبض المشتري بغير اذن البائع حيث يكون له الاسترداد فاتفقه البائع في يد المشتري، ففي كونه كإتلافه قبل القبض فيكون في حكم الاسترداد، كما ان اتلاف المشتري في يد البائع بمنزلة القبض، أو كونه اتلافاً له بعد القبض موجبا للقيمة لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض، و ان كان ظالماً فيه و جهان، (٢) اختار اولهما في التذكرة

متعلق بمال المشتري فيشملة دليل من اتلف مال الغير، فله الخيار و التضمين بالبدل،

و حيث انه مع اعمال احدهما لا مورد للآخر يتخير بينهما.

و اورد عليه: بان دليل الخيار مع تعذر التسليم مختص بما إذا بقى المال على قابلية التسليم، غاية الأمر تعذر لعارض.

و فيه: انه تخصيص بلا وجه، و عليه فيتخير المشتري بين الفسخ و اخذ الثمن،

و الابقاء و اخذ القيمة.

(١) قوله فهل للبائع حبس القيمة على الثمن و جهان قد استدلل لعدم الجواز:

بان جواز الحبس، انما هو من جهة الالتزام الضمني و هو انما يكون بالتعاوض في تقابض العوضين فلا وجه لحبس القيمة و فيه ان الشرط هو التعاوض في تقابض العوضين اعم من انفسهما و بدليهما: فان هذا الالتزام انما هو للحفاظ على ماله، بما انه مال لثلا يذهب هدرا خارجاً مع عدم تسلم عوضه، و لا فرق في ذلك بين العوض و قيمته.

(٢) و لو قبض المشتري بغير اذن البائع حيث يكون له الاسترداد فاتفقه البائع ففي كونه كإتلافه قبل القبض أو كونه اتلافاً له بعد القبض و جهان،

اختار أو لهما في محكي التذكرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٩

و لو اتلفه اجنبى جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة الا ان المتعين منها هو التخيير، لما تقدم، (١) و لو لا شبهة الاجماع على عدم تعيين القيمة
تعيين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ الى غير ذلك. (٢)

مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر،

(٣) كما صرح في التذكرة

و استدل لكونه كإتلافه قبل القبض بوجهين:
احدهما: ان القبض بلا اذن كالعدم،
وقد تقدم عدم توقف صدق القبض على الاذن.
ثانيهما: ان اتلاف البائع اياه استرداد، فكما انه لو استرده فاتلفه يكون من الاتلاف قبل القبض، و كذا لو تلف باسترداده، كذلك لو
اتلفه فانه استرداد بالاتلاف.

و فيه: اولاً: انه لو استرده فاتلفه لا نسلم كونه من الاتلاف قبل القبض.
و ثانياً: ان الاتلاف ليس استرداداً- الذى هو عبارة عن اعادة الاستيلاء السابق لعدم كونه استيلاء- بل اتلاف لما هو تحت استيلاء الغير.
فالأظهر انه من الاتلاف بعد القبض.

(١) و ان كان الاتلاف من الاجنبى جاء فيه الوجوه الثلاثة المتقدمة و وجه الانفساخ فيه اظهر: لما فى خبر عقبه من الانفساخ، بما هو
بمنزلة اتلاف الأجنبي،

فالأظهر فيه ايضا، التخيير بين الفسخ، واخذ الثمن و الابقاء، واخذ البدل من الأجنبي.

(٢) قوله و لو لا- شبهة الاجماع على عدم تعيين القيمة لا إجماع عليه، و على فرضه لا يكون تعدياً، فلا مانع من الالتزام به لو ساعد
الدليل على ذلك.

تلف الثمن كتلف المثل

(٣) صرح غير واحد بان تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين و قد استدل له بوجوه:

احدها: الاجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين أو احتمال كونه احد المذكورات لا يعبأ به لعدم كونه تعدياً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٠

و هو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر ان بالقبض ينتقل الضمان الى القابض، بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه، قال فى المبسوط لو
اشترى عبداً بثوب و قبض العبد، و لم يسلم الثوب فباع العبد صح بيعه، و إذا باعه و سلمه ثم تلف الثوب انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد
لبائعه، لأنه لا يقدر على رده، انتهى.

و فى باب الصرف من السرائر نظير ذلك، و قد ذكر هذه المسألة ايضا فى الشرائع و كتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و
المسالك و غيرها، اعنى مسألة من باع شيئاً معيناً بشيء معين ثم بيع احدهما ثم تلف الآخر و حكموا بانفساخ البيع الأول، و قد صرحوا
بنظير ذلك فى باب الشفعة ايضا. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فى المسألة.

و يمكن ان يستظهر من رواية عقبه المتقدمة حيث ذكر فى آخرها أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله، (١) بناء على عود ضمير
الحق إلى البائع بل ظاهر بعضهم شمول النبوى له بناء على صدق المبيع على الثمن، (٢) قال فى التذكرة لو اكلت الشاة ثمنها المعين

قبل القبض فان كانت في يد المشتري فكأ تلافه

(١) ثانيها: قوله (عليه السلام) في خبر عقبه المتقدم فإذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه بتقريب: ان ضمير لحقه يرجع الى البائع فيكون المراد ضمانه للثمن قبل القبض.

و فيه: ان كونه ضامنا للثمن اعم من الانفساخ، و ارادة الضمان المعاوضي لا ضمان الغرامة غير ثابتة.

و ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله) من صراحة الرواية أو ظهورها في ارادة الضمان المعاوضي و سراية هذا الحكم الى الثمن، يرد عليه: انه مع اختلاف التعبير كيف يدعى ذلك، بل ترتب ضمانه على قبض المبيع يؤيد ارادة ضمان الغرامة لا المعاوضي كما لا يخفى، مع ان الخبر ضعيف السند كما تقدم.

(٢) ثالثها: صدق المبيع على الثمن فيعده النبوي كل مبيع تلف قبل قبضه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣١

و ان كانت في يد البائع فكأ تلافه، و ان كانت في يد اجنبي فكأ تلافه، و ان لم تكن في يد احد انفسخ البيع، لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب الى آدمي فكان كالسماوية، انتهى.

ثم انه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به (١) في هذا الحكم لم اجد أحدا صرح بذلك نفيا أو اثباتا. نعم ذكروا في الاجارة (٢) و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم عموما مسكوت عنه في كلماتهم،

الا انه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلمات. قال في مسألة جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض و المال المضمون في يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة، أو بالتفريط و يسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه الى ان قال: اما ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضة، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كما في الصلح و الاجارة المعينة لما تقدم، و قال الشافعي لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالباع، انتهى. و ظاهر هذا الكلام كونه مسلما بين الخاصة و العامة.

وجه توهم الصداق ما اشتهر من صدق البيع على الاثراء لكونه من الأضداد.

و فيه: انه لا يصدق ذلك، و ليس البيع من الأضداد كما تقدم.

رابعها: كونه على القاعدة من جهة الالتزام الضمني في ضمن البيع تسليم الثمن الى البائع، فإذا لم يمكنه التسليم بطل العوضي.

و فيه: انه ان قيد العوضي الاعتبارية ببقاء العوضين بطل البيع، و الا فلا يوجب اشتراط التسليم الا الخيار.

فالحق انه لا دليل على الانفساخ بتلف الثمن.

(١) و بما ذكرناه يظهر الحال في سائر المعاوضات فان الانفساخ بتلف احد العوضين فيها لا مدرك له سوى بعض ما تقدم.

(٢) نعم في خصوص الاجارة تنفسخ الاجارة بتلف العين فان المملوك فيها هي المنفعة، و مع عدم العين لا منفعة، فلا شيء حتى يملك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٢

مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، (١)

فإن كان مما يقسط الثمن عليه انفسخ فيه فيما يقابله من الثمن، لأن التالف مبيع قبل قبضه، (٢) فإن البيع يتعلق بكل جزء إذ البيع عرفا ليس الا التمليك بعوض، و كل جزء كذلك. نعم اسناد البيع الى جزء واحد مقتصر على يوهوم انتقاله بعقد مستقل. و لذا لم يطلق

على بيع الكل البيوع المتعددة، و كيف كان فلا اشكال و لا خلاف فى المسألة، و ان كان الجزء مما لا يتوسط عليه الثمن كيد العبد، فالاقوى انه كالوصف الموجب للتعيب.

فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشترى مخير بين الرد و الارش، (٣)

و إلا كان له الرد فقط، بل عن الايضاح ان الارش هنا اظهر، لأن المبيع هو مجموع بدن العبد، و قد نقص بعضه بخلاف نقصان الصفة و فيه تأمل.

بل ظاهر الشرائع عدم الارش هنا مع قوله به فى العيب، فتأمل.

و كيف كان، فالمهم نقل الكلام الى حكم العيب الحادث قبل القبض، و الظاهر

تلف بعض المبيع قبل قبضه

(١) الثامن: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه فتارة: يكون التالف هو الجزء الذى يقسط عليه الثمن، و اخرى: هو الوصف أو الجزء الذى لا يقسط عليه الثمن.

فتنقيح القول فيه بالبحث فى موردين:

(٢) اما الاول: فمقتضى عموم النبوى كل مبيع تلف هو انفساخ البيع بالاضافة إليه لصدق المبيع على كل جزء من الأجزاء، و عدم صدق البيوع على بيع الدار مثلا لا ينافى ذلك، فان وحدة البيع فيه وحدة انشائية، و وحدة عمومية لا شخصية.

و أما الثانى: فالحق ان تلف الوصف لا يوجب الانفساخ و لا أخذ الارش.

اما الأول: فلأنه لا مقابل له من الثمن ليعود بالانفساخ،

و أما الثانى: فلان ثبوت الارش انما يكون بالتعبد، و دليله مختص بالعيب الموجود قبل العقد، و لا يشمل الحادث بعده.

(٣) و المصنف (رحمه الله) ذهب الى ان النبوى الدال على الانفساخ فى تلف الكل و الجزء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٣٣

المصرح به فى كلام غير واحد انه لا خلاف فى ان للمشترى الرد. و أما الخلاف فى الارش، ففي الخلاف عدمه، مدعى عدم الخلاف فيه و هو المحكى عن الحلوى و ظاهر المحقق و تلميذه كاشف الرموز، لأصالة لزوم العقد و انما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به و عن النهاية ثبوته، و اختاره العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم،

و عن المختلف نقله عن القاضى و الحلوى و عن المسالك انه المشهور و استدلوا عليه بان الكل مضمون قبل القبض، فكذا ابعاضه و صفاته، و اورد عليه بان معنى ضمان الكل انفساخ العقد و رجوع الثمن الى المشتري و المبيع الى البائع و هذا المعنى غير متحقق فى الوصف، لان انعدامه بعد العقد فى ملك البائع لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن، بل يقابل بالاعم منه و مما يساويه من عين الثمن، بل يقابل بالاعم منه و مما يساويه من غير الثمن لان الارش لا يتعين كونه من عين الثمن، و يدفع بان وصف الصحة لا يقابل ابتداء بجزء من عين الثمن، و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده،

بل لا يضمن بمال اصلا، لجواز امضاء العقد على المعيب بلا شىء و حينئذ فتلفه على المشتري لا يوجب رجوع شىء الى المشتري، فضلا عن جزء من عين الثمن بخلاف الكل و الاجزاء المستقلة فى التقويم

الذى يقسط عليه الثمن يدل على التخيير بين الرد و الامساك بالارش فى المقام،

بتقريب: ان معنى كونه من مال البائع وقوع التلف فى ملكه، و لازم تقديره فى ملك البائع ان العقد كأن لم يقع، و مقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد، و لو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء، و لو كان هو الوصف أو الجزء الذى لا

يقسط عليه الثمن و فقده موجب للتعبير جريان احكام العيب: فان المنفى على الأخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، و معنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوعه وقوعه على المعيب.

و فيه: اولاً: ان الموضوع فى النبوى تلف المبيع، و وصف الصحة و كذا ما بمنزلته ليس مبيعا و لا- جزء منه، و حملة على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة.

و ثانياً: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد، كأن لم يكن غير مؤثر فى ضمان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٤

فحاصل معنى الضمان إذا انتفى وصف قبل العقد أو انعدم بعد العقد و قبل القبض هو تقدير التلف المتعلق بالعين أو الوصف فى ملك البائع فى المقامين، و ان العقد من هذه الجهة كان لم يكن، و لازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع و انفساخه بالنسبة الى بعض اجزائه إذا تلف البعض، و انفساخ العقد بالنسبة الى الوصف بمعنى فواته فى ملكه، و تقدير العقد كان لم يكن بالنسبة الى حدوث هذا العيب، فكان العيب حدث قبل العقد، و العقد قد وقع على عين معيبة، فيجرب فيه جميع احكام العيب من الخيار و جواز اسقاط الخيار ردا و ارشا، و يؤيد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان بالنسبة الى ذات المبيع و وصف صحته الجمع بينهما فى تلف الحيوان فى ايام الخيار و تعيبه فى صحيح ابن سنان عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ قال على البائع حتى يمضى الشرط،

فقوله (عليه السلام) على البائع حكم بالضمان لموت العبد و حدوث حدث فيه بفوات جزء أو وصف و معناه تقدير وقوعه فى ملك البائع نعم قد يشكل الحكم المذكور لعدم الدليل على ضمان الوصف لان الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للاصل يقتصر فيه على محل النص و الاجماع و هو تلف الكل أو البعض و لو لا الإجماع على جواز الرد لأشكل الحكم به ايضا الا انه لما استند فى الرد الى نفي الضرر قالوا ان الضرر المتوجه الى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع، و حينئذ

الوصف و ترتب حكم الخيار.

و قد يقال فى تقريب ما افاده المصنف (رحمه الله): بان المستفاد من النبوى تنزيل التلف،

و النقص قبل القبض منزلة التلف و النقص قبل العقد، و لازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

و فيه: مضافا الى الايراد الأول الذى اوردناه على ما افاده المصنف (رحمه الله): ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله فى ملك البائع، بحيث يضاف إليه التلف و هو ملكه،

و ليس لازم ذلك فرض دخوله فى ملك البائع قبلاً أو فرض وقوع التلف قبل العقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٥

فقد يستوجه ما ذكره العلامة من أن الحاجة قد تمس الى المعاوضة، فيكون فى الرد ضرر، و كذلك فى الامساك بغير ارش، فيوجب التخيير بين الرد و الارش، لنفى الضرر (١) لكن فيه ان تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار فى الفسخ و الامضاء، كما فى سائر موارد الضرر الداعى الى الحكم بالخيار، هذا، و مع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوة، هذا كله مع تعيبه بأفة سماوية،

كى يكون لازمه ورود العقد على الناقص.

(١) و ربما يستدل لجواز الرد بل على اخذ الارش: بحديث لا ضرر «١» بدعوى ان المبيع إذا تعيب قبل القبض يكون الصبر عليه ضرراً على المشتري، فوجب البيع الذى حدث فيه العيب من جهة الضرر يكون مرفوعاً بالحديث، و حيث انه ربما تكون الحاجة ماسية الى المعاوضة، فيكون فسخها ايضاً ضرراً عليه، فله الامساك و اخذ الارش، فتكون النتيجة هو

التخيير بين الأمرين.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات الخيار.

و ثانياً: ان الصبر على المعيب في نفسه لو كان ضروريا لا يقتضى كون العقد خياريا،

و البيع لا يصير ضروريا بذلك، بل هو بالقياس الى التعيب قبل القبض و بعده على حد سواء.

و بالجملة: بما ان العقد لم يقع على المعيب فلا يكون لزومه ابقاء للضرر و موجبا لاستقرار الضرر على المشتري، و مجرد ارتفاع الضرر

بذلك لا يصلح رافعا له.

و ثالثاً: ان اخذ الارش مما لا وجه له اصلا، فان الامساک بلا ارش و ان كان ضررا على المشتري الا انه مع الارش ضرر على البائع، و

لا أولوية لأحد الضررين على الآخر فالأظهر عدم جواز الرد لو لا الاجماع.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٦

و أما لو تعيب بفعل أحد، (١) فإن كان هو المشتري فلا ضمان (٢) بأرشه، و إلا كان له على الجاني أرش جنائته (٣) لعدم الدليل على

الخيار في العيب المتأخر، إلا أن يكون بأفة سماوية، و يحتمل تخيير المشتري بين الفسخ و الامضاء، مع تضمين الجاني لارش جنائته

(٤) بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقا موجبا للخيار، و مع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالارش.

مسألة الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بين المكيل و الموزون قبل قبضه الا تولية (٥)

اشارة

(١) قوله و أما لو تعيب بفعل احد إذا قلنا بان التعيب بأفة سماوية يوجب الخيار بل الارش يقع الكلام في التعيب بفعل احد.

(٢) فان كان ذلك بفعل المشتري لا كلام في انه لا يوجب شيئا.

(٣) و ان كان بفعل الاجنبي أو البائع فقد يقال كما عن ظاهر الجواهر انه لا خلاف في الخيار و انما البحث في الارش،

و ظاهر المتن ثبوت الارش خاصة،

(٤) ثم احتمل التخيير بين الرد و الامساک و اخذ الارش من المتلف و لكن الخيار لا وجه له: فان الضرر، و ان اوجب ذلك، فانما هو

إذا لم يكن بفعل احد، و الا فيتدارك بدليل الاتلاف بضمانه، و أما اخذ الارش فهو وجيه لعموم من اتلف،

فالأظهر هو اخذ الارش من المتلف خاصة.

حكم بيع ما لم يقبض

(٥) قال (قدس سره) الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه الا تولية و في محكي التذكرة ان

لعلمائنا في بيع ما لم يقبض خمسة اقوال، الجواز على كراهية،

مطلقا، و المنع مطلقا، و المنع في المكيل و الموزون مطلقا و الجواز في غيرهما، و المنع في الطعام خاصة، و المنع في المكيل و

الموزون خاصة الا تولية،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٧

لصحيحة ابن حازم المروية في الفقيه: إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه، إلا توليته، فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه. و صحيح الحلبي في الكافي عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل ان يكتال، قال: لا- يصلح له ذلك. و صحيحه الآخر في الفقيه، قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام): عن قوم اشتروا بزا، فاشتركوا فيه جميعا، و لم يقتسموا، أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل ان يقبضه و يأخذ ربحه؟ قال لا بأس به، و قال: ان هذا ليس بمنزلة الطعام، لأن الطعام يكال بناء على ان المراد قبل ان يقبضه من البائع، اما إذا اريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل على ما نحن فيه، لتحقق القبض بحصوله في يد احد الشركاء المأذون عن الباقي، و رواية معاوية بن وهب، قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام): عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبيعه حتى يكيه أو يزنه الا ان يوليه بالذي قام عليه و صحيحة منصور في الفقيه قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يشتري مبيعا ليس فيه كيل و لا وزن، أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن، فان هو اقبضه كان ابرأ لنفسه

و كما افاده العلامة العاملى هذه الاقوال لم ينقلها هكذا احد بل ادعى الاجماع على بيع ما عدا المكيل و الموزون، و مع ذلك الاقوال اكثر من ذلك، و قد اختار العلامة نفسه في التحرير قولاً غير ذلك، و هو حرمة بيع الطعام قبل قبضه الا توليته، فالمهم صرف عنان الكلام الى ما يستفاد من النصوص، و حق القول في المقام ان نصوص الباب طوائف: اكثرها مذكورة في المتن الاولي: ما دل على المنع عن بيع ما لم يقبض مطلقا، كصحيح الحلبي عن مولانا الصادق (عليه السلام) في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال قال: لا يصلح له ذلك «١». و مثله خبر البصرى «٢» و ابي صالح «٣» مع زيادة لا تبعه حتى تكيه، و صحيح الحلبي الآخر «٤»

(١) الوسائل - باب ١٦- من ابواب احكام العقود حديث ٥.

(٢) نفس المصدر حديث ١٤.

(٣) نفس المصدر حديث ٩.

(٤) نفس المصدر حديث ١٠.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٨

و صحيح الحلبي في الرجل يبتاع الطعام أ يصلح يبيعه قبل ان يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه و ان كان تولية فلا بأس، و خير خرام المروى عن مجالس الطوسى، قال ابتعت طعاما من طعام الصدقة، فاربحت فيه قبل ان اقبضه، فاردت يبيعه فسألت النبي (صلى الله عليه و آله)، فقال: لا تبعه حتى تقبضه، و مفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخى قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) اشترى الطعام الى اجل مسمى، فيطلبه التجار منى بعد ما اشترته قبل ان اقبضه، قال: لا بأس ان تبيع الى اجل، كما اشترت الخبر، و المراد تأجيل الثمن، و قوله كما اشترت اشارة الى كون البيع تولية، فيدل على ثبوت البأس في غير التولية، و مصححة على بن جعفر عن اخيه عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح يبيعه قبل ان يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و ان كان تولية فلا بأس.

و في معناها رواية اخرى، خلافا للمحكي عن الشيخين في المقنعة و النهاية و القاضى، و المشهور بين المتأخرين، فالكراهة لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة الى الكراهة، مثل ما في الفقيه في ذيل رواية الكرخى المتقدمة، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترى الطعام من الرجل، ثم ابيعه من رجل آخر قبل ان اكتاله، فأقول له ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال: لا- بأس و رواية جميل بن دراج عن ابي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يشتري الطعام، ثم يبيعه قبل أن يقبضه قال: لا بأس و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه و كيله قال لا بأس بذلك

و صحيح منصور عنه (عليه السلام) عن رجل اشترى بيعا ليس فيه كيل ولا وزن، أله ان يبيعه مرابحة قبل ان يقبضه و يأخذ ربحه؟ فقال (عليه السلام): لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن «١»

الثانية: ما دل على الجواز مطلقا، كخبر الكرخي: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترى الطعام من الرجل ثم ابيعه من رجل آخر قبل ان اكتاله فاقول: ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته، قال (عليه السلام): لا بأس. «٢» و نحوه خبر جميل «٣»

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١٨.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

(٣) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٩

و هذه الروايات مطلقه يمكن حملها على التولية، (١) و هو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة، مع أن استثناء التولية حينئذ يوجب نفى الكراهة فيها، مع أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضا بين أرباب هذا القول (٢) و إن كانت أخف. و من ذلك يعلم ما في الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى طعاما، ثم باعه قبل ان يكيله قال: لا يعجبني ان يبيع كيلا أو وزنا قبل ان يكيله أو يزنه الا ان يوليه، كما اشتراه فلا بأس ان يوليه، كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع و ما كان عنده من شيء ليس بكيل ولا وزن فلا بأس ان يبيعه قبل ان يقبضه بناء على أن قوله لا يعجبني ظاهر في الكراهة، فإن ذلك يوجب رفع الكراهة رأسا في التولية، لأنه في قوة ان ذلك في التولية ليس مما لا يعجبني مع ان القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية و غيرها في اصل الكراهة، و ان صرح بعضهم بكونها في التولية اخف.

و ربما يستدل على الجواز بصحيح الحلي و ابن مسلم، في جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها، لكن لا- يبعد ارادة الثمرة على الشجرة، فيخرج عن المكيل و الموزون و ربما يستأنس للجواز بالاخبار الواردة في جواز بيع السلم على من هو عليه، بناء على عدم الفرق بين المسألتين

الثالثة: ما دل على التفصيل بين بيع التولية و غيره بالجواز في الأول خاصة،

كصحيح ابن حازم عنه (عليه السلام): إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه، فان لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه. «١» و نحوه غيره.

و للقوم في الجمع بين هذه النصوص مسلکان:

(١) احدهما: ما اختاره المصنف (رحمه الله) و جمع من الاساطين، و هو: تقييد الطائفتين الأوليتين بالثالثة لكونها اخص منهما، و هذا جمع عرفي.

(٢) و المصنف (رحمه الله) ايده بان حمل النواهي على الكراهة مع استثناء التولية يقتضى ان لا يكون بيع التولية مكروها مع انه لا خلاف في كراهته.

و لكن يرد على هذا التأييد: ان ما دل على كراهته- على فرض حمل النواهي

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٠

وفيه تأمل لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر ان محل الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسألة والقائلين بالتحريم هنا.

وقد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بائعه مسألة اخرى ذكرها بعد مسألتنا وفروعها، و ذكر ان المجوزين في المسألة الاولى: جزموا بالجواز هنا،

واختلف المانعون فيها هنا، و من العجب ما عن التنقيح من الاجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع اجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض،

مصرحا بعدم الفرق بين المسلم إليه و غيره، ثم ان صريح التحرير و الدروس:

الاجماع على الجواز في غير المكيل و الموزون، مع ان المحكى في التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقا، و نسبة في موضع آخر الى جماعة منا و صريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول، قال في باب السلم إذا اسلف في شيء، فلا يجوز ان يشرك فيه غيره، و لا ان يوليه لأن النبي (صلى الله عليه و آله) نهى عن بيع ما لم يقبض، و قال من اسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره الى ان قال و يبيع الاعيان مثل ذلك ان لم يكن قبض المبيع، فلا يصح الشركة و لا التولية و ان كان قد قبضه صحت الشركة و التولية فيه بلا خلاف.

على المنع - يدل على الكراهة الخفيفة، على فرض حملها على الكراهة، و الاستثناء انما يدل على عدم ثبوت ما ثبت لغيره له، فان كان هو المنع فهو المنفى عنه، و ان كان شدة الكراهة فهي.

ثانيهما: ما ذهب إليه اكثر المحققين، و هو: حمل الأخبار المتضمنة للنهي على الكراهة.

وقد ذكروا في وجهه: ان حمل المطلق على المقيد انما يكون جمعا عرفيا لو لا العوارض، و هي في المقام تقتضى اولوية الحمل على الكراهة،

و هي امور:

الأول: ان النصوص المانعة المطلقة حملها على بيع التولية حمل على الفرد النادر لوضوح ان التجار غالبا لا يعجلون بالبيع قبل القبض مع عدم الربح اصلا.

الثاني: انه لو بنى على التقييد لزم حمل ما تضمن من النصوص جواز بيع الثمرة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤١

وقد روى اصحابنا جواز الشركة فيه و التولية قبل القبض، ثم ان المحكى عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالآخبار المتقدمة المفصلة بين التولية و غيرها،

و هو عجيب، فإن التفصيل حكاه في التذكرة قولا خامسا في المسألة، لأقوال علمائنا و هي الكراهة مطلقا و المنع مطلقا و التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرهما،

و التفصيل بين الطعام و غيره بالتحريم و العدم، و هو قول الشيخ في المبسوط مدعيا عليه الاجماع و بالكراهة و العدم، و هنا سادس اختاره في التحرير، و هو التفصيل في خصوص الطعام بين التولية و غيرها بالتحريم و الكراهة في غيره من المكيل و الموزون، و المراد بالطعام يحتمل ان يكون مطلق ما اعد للاكل، كما قيل انه موضوع له لغة، و يحتمل ان يكون خصوص الحنطة و الشعير، بل قيل انه معناه شرعا، و حكى عن فخر الدين نقله عن والده و حكى اختياره عن بعض المتأخرين.

و عن الشهيد انه حكى عن التحرير انه الحنطة خاصة، و حكى عن بعض اهل اللغة، ثم ان الظاهر ان اصل عنوان المسألة مختص بالمبيع الشخصي، (١) كما يظهر من الاستدلال في التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض لانفساخه بالتلف، و كون المبيع

مضمونا على البائع، فولاية المشتري على التصرف ضعيفة.

قبل قبضها على خصوص الباقية منها على الشجرة.

الثالث: انه يجب على التقييد تقييدها ايضا بما إذا لم يكن البيع قبل القبض من نفس البائع فانه جائز.

الرابع: انه يجب على التقييد تقييدها ايضا بما إذا لم يكن البيع من احد الشركاء لشريكه فانه جائز على ما دل عليه الخبر، و بعض هذه الوجوه و ان لم يخل عن المناقشة الا ان في بعضها الآخر المؤيد بغيره كفاية، فالأظهر هو الحمل على الكراهة.

(١) و مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين كون المبيع شخصيا ام كليا و هل المنع تكليفي أو وضعي؟ ربما يقال بالأول نظرا الى ظهور النهي في كونه مولويا لا إرشاديا منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٢

و ذكر في التذكرة الكلى الغير المقبوض في فروع المسألة، و قال المبيع ان كان ديناً لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين، لأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه،

فمع عدمه اولى فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه، و لا الاستبدال به و به قال الشافعي،

انتهى. و كيف كان فلا فرق في النص و الفتوى بناء على المنع بين المبيع المعين و الكلى بل و لا بناء على الجواز، ثم ان ظاهر اكثر الاخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض و هو المحكى عن صريح العماني، بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذي هو معقد اجماع المبسوط في خصوص الطعام، فإن جواز البيع و عدمه ظاهر ان في الحكم الوضعي الا ان المحكى عن المختلف انه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع،

لكن صريحه في مواضع من التذكرة و في القواعد ان محل الخلاف الصحة و البطلان.

و بالجملة فلا ينبغي الاشكال في ان محل الخلاف في كلمات الاكثر هو الحكم الوضعي و ينبغي التنبيه على امور:

الاول: ان ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، (١) فيصح بيعه قبل قبضه، قال في المبسوط اما الثمن إذا كان معينا فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، و ان كان في الذمة، فكذلك يجوز لأنه لا مانع منه ما لم يكن صرفا، فأما إذا كان صرفا «فلا» لا يجوز بيعه قبل القبض

و فيه: ان هذا الظهور انما هو في غير باب المعاملات و الموانع، و أما فيهما فله ظهور ثانوي في الارشاد، فيكون ظاهرا في الحكم الوضعي.

و أما ما عن الجواهر من استفادة البطلان من النصوص و ان كان النهي مولويا نفسيا،

فيرده: ما تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح من ان النهي عن المعاملة لا يستلزم فسادها ما لم يكن ارشادا الى الفساد.

الثمن لا يكون ملحقا بالمبيع

و ينبغي التنبيه على امور.

(١) الاول: هل يلحق الثمن بالمبيع في هذا الحكم كما هو ظاهر جماعة ام لا كما عن التذكرة و جامع المقاصد؟ وجهان.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٣

و في موضعين من التذكرة قوى الجواز إذا كان الثمن كلياً في الذمة و هو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنف قدس سره و لو احوال من له طعام من سلم الخ.
 و استدل عليه في التذكرة بقول الصادق (عليه السلام) (١) و قد سئل عن الرجل باع طعاماً بدرهم الى اجل، فلما بلغ الاجل تقاضاه، فقال ليس عندي درهم خذ مني طعاماً، قال لا بأس انما له درهمه يأخذ بها ما شاء. و يمكن ان يقال ان المطلوب جعل الثمن مبيعاً في العقد الثاني لا ثمناً ايضاً، كما هو ظاهر الرواية مع اختصاصها بالبيع ممن هو عليه، فلا يعم الا بعدم الفصل لو ثبت و صرح في اواخر باب السلم بالحاق الثمن المعين لمبيع، و يؤيده تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه فإنه جار في الثمن المعين. (٢)

(١) و قد استدل لعدم اللحق: بقول الامام الصادق (عليه السلام) المذكور في المتن «١»
 و مورده و ان كان هو البيع ممن هو عليه الا انه يتم في غيره بعدم الفصل كما ان مورده جعل الثمن ثمناً ايضاً، و لكن يتعدى الى جعله مبيعاً.
 و فيه: اولاً: ان الغاء خصوصية المورد من الجهتين غير ثابت.
 و ثانياً: انه مختص بغير المكيل.
 و ثالثاً: انه اما ظاهر في المعاوضة غير البيع أو مطلق.
 و على الأول لا كلام، و على الثاني ان كانت نصوص الباب شاملة للثمن تخصصه و الا فيكفي العمومات للحكم بالصحة، فالأظهر عدم اللحق باختصاص النصوص بالمبيع.
 و قد استدل للحق بوجهين:
 (٢) احدهما: ان ما ذكره من التعليل للمنع في المبيع و هو قصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه جار في الثمن.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب السلف حديث ١٠.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٤

الثاني: هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال فلا يجوز جعله ثمناً و لا عوضاً في الصلح و لا أجره و لا وفاء عما عليه، أم يختص بالبيع، (١) ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع، و اظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة: الاقرب عندي أن النهي به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات، و اظهر من الكل قوله في مواضع اخر لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم فقال لزيد: خذ هذه الدراهم عن الطعام الذي لك عندي لم يجز عند الشافعي، لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض و الاولى عندي الجواز، و ليس هذا بيعاً و انما هو نوع معاوضة، انتهى.

و اصرح من الكل تصريحه في موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض، لأنه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع في احكامه، و قد صرح جامع المقاصد ايضاً في غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره.
 و قد تقدم في كلامه انه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه، و لا الاستبدال به، لكن العلامة قد عبر بلفظ الاستبدال في كثير من فروع مسألة البيع قبل القبض، مع ان ما استدل به للمانع من قصور ولاية المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف جار في مطلق التصرف فصلاً عن المعاوضة.

و قد صرح الشيخ في المبسوط في باب الحوالة بانها معاوضة، و المعاوضة على

وفيه: ان هذا وجه اعتبارى استحسانى لا يصلح لأن يعتمد عليه فى الحكم الشرعى.

ثانيهما: ان ما فى ذيل خبر الحلبي ان هذا ليس بمنزلة الطعام ان الطعام يكال «١» يدل عليه فان المفهوم من التعليل ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

وفيه: اولاً: انه اخص من المدعى لاختصاصه بالمكيل.

و ثانياً: ان المعلل هو بيع ما اشتراه من البر، فالتعليل لا يقتضى الا- ان كل ما اشتراه مما يكال لا يباع قبل قبضه لا ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

و ثالثاً: انه من الجائز ان يكون مورده البيع قبل ان يقبض حصته من الشركاء، بل هو الظاهر منه، فهو اجنبى عن المقام.

(١) الثانى: هل يختص الحكم بالبيع ام يعم مطلق الاستبدال و يكون البيع فى النصوص

(١) الوسائل - باب ١٦- من ابواب احكام العقود حديث ١٠.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٤٥

المسلم فيه قبل القبض غير جائزة و هو و ان رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك لكنه لم يرجع عن الكبرى، و صرح فى الايضاح بابتناء الفرع الآتى اعنى احواله من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على ان الحوالة معاوضة مستقلة أو استيفاء، و ان المعاوضة قبل القبض حرام أو مكروه واردة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من ارادة مطلق المعاوضة من البيع فى قولهم ان الحوالة بيع أو ليست بيعاً، بل هذه اظهر فى كلماتهم. و قد صرح الاكثر بأن تراضى المسلم و المسلم إليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض فاستدلوا باخباره على جوازه.

و يؤيده ايضا قوله فى التذكرة لو كان لزيد طعام على عمرو سلماً، و لخالد مثله على زيد، فقال زيد اذهب الى عمرو و اقبض لنفسك ما لى عليه لم يصح لخالد عند اكثر علمائنا، و به قال الشافعى و احمد، لأن النبى (صلى الله عليه و آله) نهى عن بيع الطعام بالطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع و صاع المشتري و سيأتى ابتناء هذا الفرع فى كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض. نعم ذكر الشهيد انه كالبيع قبل القبض، و صرح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم اشترى لى بهذه الدراهم طعاماً و اقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض،

و كيف كان، فالمسألة محل اشكال من حيث اضطراب كلماتهم، الا ان الاقتصار فى مخالفة الاصل

كناية عنه؟ وجهان.

الجمود على ظواهر النصوص يقتضى الاختصاص بالبيع،

و لا يثبت هذا الحكم فيما إذا كان النقل بغير البيع لما انتقل إليه أو لما ينتقل عنه،

و حمل البيع على ارادة مطلق الاستبدال يحتاج الى دليل مفقود و الغاء الخصوصية مع ما يرى من تفاوت البيع مع غيره حكماً و ان اتحدا نتيجة لا وجه له،

و بعض الوجوه الاعتبارية مثل قصور ولاية المشتري فى التصرف لانفساخ العقد بالتلف و ان كان جارياً فى غير البيع إذا كان النقل إليه بالبيع، الا انه لا يعتمد عليه فى الحكم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٤٦

المتيقن هو المتعين، و منه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح و الاجارة و الخلع، كما صرح به فى الدروس فضلاً عن مثل الارث و القرض و مال الكتابة و الصداق و غيرها. نعم لو ورث ما اشترى و لم يقبض أو اصدقه أو عوض عن الخلع

جرى الخلاف في بيعه.

الثالث: هل المراد من البيع المنهى ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلي المبيع (١) به فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع كما لو نهى عن بيع ام الولد، أو حلف على ان لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين ايقاع المبيع عليه أو دفعه عن الكلي المبيع، ظاهر النص و الفتوى (٢) و ان كان هو الاول،

اقرار البيع على ما لم يقبض

(١) الثالث: هل المراد من البيع المنهى عنه ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلي المبيع به؟ وجهان. و تنقيح القول في المقام بالبحث في جهات:

الاولى: ان محل الكلام ليس جواز ابقاء الكلي غير المقبوض، فانه داخل في التنبية السابق، بل محل الكلام جعل البيع السابق مستقرا على فرد غير مقبوض للبائع، كما إذا كان عليه سلم لصاحبه فدفع إليه دراهم و قال: اشتر بها طعاما و اقبضه لنفسك، فان من عليه السلم هو مشتري الطعام و لم يقبض ما اشتراه و جعل البيع السابق مستقرا على ما اشتراه.

وجه توهم المنع عنه امران:

الأول: ان النصوص مطلقة شاملة لاحداث البيع على ما لم يقبض و اقراره عليه.

(٢) و المصنف (رحمه الله) استظهر منها الاختصاص بالاول ثم قال

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٧

بل هو المتعين في الاخبار المفصلة بين التولية و غيرها، (١) الا أن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الاخبار (٢) و عليه، فلو كان عليه سلم لصاحبه، فدفع إليه دراهم،

و قال اشتر لي بها طعاما و اقبضه لنفسك جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض، كما صرح به في الدروس و لكن في بعض الروايات دلالة على الجواز مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الآخر احمال من رطب أو تمر فيبعث عليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذي لك قال: لا بأس إذا ائتمنه.

لكن في صحيحة الحلبي قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اسلفته دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه بعث الي بدراهم فقال اشتر لنفسك طعاما و استوف حقه قال: اري ان يولى ذلك غيرك و تقوم معه حتى يقبض الذي لك و لا تتولى انت شراءه.

و في موثقة عبد الرحمن يكون معه غيره يوفيه ذلك لكن ظاهر الخبرين كراهة مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة، و المطلوب صحة الشراء و عدم جواز الاستيفاء، ثم ان هذا كله، إذا كان الطعام المشتري شخصيا، و أما إذا وكله في شراء الكلي فلا يجري فيه ذلك، لأن تشخيص ما باعه سلما في الطعام الكلي المشتري موقوف على قبضه

(١) بل هو المتعين في الاخبار المفصلة بين التولية و غيرها المتقدمة.

(٢) ثم نفى البعد عن الشمول للثاني عن سياق مجموع الاخبار اما استظهاره الاختصاص من النصوص فمتين، فان ظاهرها كون الممنوع عنه احداث البيع على ما اشتراه قبل قبضه،

كما ان دعواه تعيينه في الأخبار المفصلة متينة، فان جعل المشتري مصداقا للكلي الثابت في ذمته بالاستسلاف ليس من بيع التولية مع التساوي و لا بيع مرابحة أو مواضعة،

مع الاختلاف في القيمة،

و أما ما نفى عنه البعد فغير تام لما عرفت من ظهور النصوص.

الثاني صحيح الحلبي «١» المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب السلف حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٨

ثم اقباضه و بدون ذلك لا يمكن الايفاء الا بالحوالة أو التوكيل، فيدخل المسألة فيما ذكره في الشرائع و غيرها تبعا للمبسوط. بل نسب الى المشهور من انه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه ان يكتال لنفسه من الآخر فإنه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك في الشرائع، بأنه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه و ذكر المسألة في القواعد بعنوان الحوالة قال لو احال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم، فالاقوى الكراهة، و على التحريم يبطل، لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه، و بنى في الايضاح جريان الخلاف في المسألة على ان الحوالة معاوضة أو استيفاء، و ان المعاوضة على مال المسلم قبل القبض حرام أو مكروه، و انكر جماعة ممن تأخر عن العلامة كون هذه المسألة من محل الخلاف في بيع ما لم يقض بناء على ان الحوالة ليست معاوضة فضلا عن كونها بيعا، بل هي استيفاء.

اقول ذلك اما وكالة و أما حوالة، و على كل تقدير يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة و يكون البيع كناية عنها. و لذا نسب فيما عرفت من عبارة التذكرة المنع في هذه المسألة الى اكثر علمائنا و جماعة من العامة محتجين بالنبوي المانع عن بيع ما لم يقبض و استند الشيخ (رحمه الله) ايضا في المنع الى الاجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض.

و نحوه غيره.

وفيه: ان هذه النصوص تدل على عدم مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة، و المطلوب عدم جواز الاستيفاء.

و قد يستدل للجواز: بصحيح ابن شعيب عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الآخر احمال من رطب أو تمر فيبعث إليه بدنانير فيقول: اشتر بهذه و استوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا اتتمته «١».

وفيه: اولاً: ان الاستدلال به يتوقف على كون احمال الرطب عليه بعنوان بيع السلم لا بعنوان آخر، و الا فهو غير مربوط بالمقام، بل هو داخل تحت عنوان الوفاء المحض.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ باب بيع المضمون حديث ٦٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٩

و قد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحوالة، و لعله لذا قال الشهيد في الدروس في حكم المسألة انه كالبيع قبل القبض، لكنه قدس سره تعرض في بعض تحقیقاته لتوجيه ادراج المسألة في البيع بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقاً على افراد لا نهاية لها فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد و انصب العقد عليه فكأنه لما قال الغريم اکتل من غريمي فلان، قد جعل عقد السلم معه واردا على ما في ذمة المسلم منه غريمه و لما يقبضه بعد، و لا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورداً للسلم الذي هو بيع يكون بيعاً للطعام قبل قبضه، فيتحقق الشرطان و يلحق

بالباب، و هذا من لطائف الفقه، انتهى.

و اعترضه في المسالك بأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان امراً كلياً كان البيع المتحقق به هو الامر الكلي،

(١) و ما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع، و ان كان الأمر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة، فإنها ليست عينه و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا يرجع الحق الى الذمة و المبيع المعين ليس كذلك. و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض كونه حينئذ مبيعا غير واضح. فالقول بالتحريم به عند القائل به في غيره غير متوجه، انتهى.

و ثانيا: انه ظاهر في التوكيل في الشرط و القبض من قبل البائع، ثم استيفاء الحق منه، و هذا لا إشكال في جوازه. الثانية: ان ما يشتري لاقرار البيع السابق عليه ربما يكون شخصا و ربما يكون كليا، فان كان شخصا فالكلام فيه من وجهين: احدهما: ما تقدم من انه هل يشمل البيع الممنوع عنه قبل القبض لاقرار البيع على ما لم يقبض ام لا، و قد تقدم ما هو الحق عندنا. (١) الثاني: فيما افاده الشهيد الثاني (رحمه الله) الذي يذكره المصنف (رحمه الله) بعنوان الايراد على الشهيد الأول. و حاصله: ان ما يتعين مصداقا للكلي المبيع من الأعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع، و ان كان الأمر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٠

اقول ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاص المدفوع و ان كان حقا من حيث عدم انصباب العقد عليه، الا انه يصدق عليه انتقاله الى المشتري بعقد البيع، (١) فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض، نظير نهيه، عن بيع ام الولد، و عن بيع ما حلف على ترك بيعه، فإنه لا فرق بين ايقاع العقد عليه و بين دفعه عن الكلي المبيع، لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكلي بالكلي الا- بالحوالة الراجعة الى الاستيفاء أو المعاوضة و هذا لا يسوغ اطلاق البيع على الكلي المتشخص به بحيث يصدق انه انتقل الى المحال بناقل البيع نعم هذا التوجيه انما يستقيم في الفرع المتقدم عن الدروس، و هو ما إذا امره بقبض الطعام الشخصي الذي اشتره للمشتري، فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلي المبيع في ضمنه، فيصدق انه انتقل بالبيع قبل ان يقبض. و يمكن ان يقال ان تشخيص الكلي المبيع في الكلي المشتري يكفي فيه اذن البائع في قبض بعض افراد الكلي المشتري من دون حاجة الى حوالة، فإذا وقع فرد منه في يد المشتري صدق انه انتقل بالبيع قبل القبض، و كيف كان، فالظاهر في وجه ادخال هذه المسألة في محل الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال، حتى المحقق بالحوالة، و ان لم نقل بكونها بيعا، و المسألة يحتاج الى فضل تتبع و الله الموفق

فانها ليست عينه، و لذا لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا يرجع الحق الى الذمة، ففي الحقيقة هذا اشكال صغرى لشمول النصوص لاقرار البيع السابق على ما لم يقبض.

(١) و فيه: ان الكلي يوجد بوجود فردة فإذا انطبق الكلي على فرد يصير ذلك الفرد مبيعا بالحمل الشائع، و يصدق عليه انه انتقل الى المشتري بعقد البيع.

و ان كان كليا، فيدخل تحت عنوان المسألة المعنونة في الفقه، و هي: انه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فامر غريمه ان يكتال لنفسه من الآخر، فانه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك في الشرائع و غيرها: بانه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه.

و تنقيح القول فيها: ان محل الكلام ليس بيع ماله على غيره بما هو عليه، فانه

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥١

و استدل في الحدائق على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح، و موقوف عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل عليه كر من طعام، فاشترى كرا من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كركك، قال: لا بأس به، و فيه

انه لا دلالة لها على محل الكلام لأن الكلام فيما إذا كان المالكان سلمين، و مورد الرواية اعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاء عن دين لم يعلم انه سلم أو قرض أو غيرهما. وقد استدلت به في التذكرة على جواز إيفاء الفرض بمال السلم، و لذا قال جامع المقاصد في شرح قوله (رحمه الله) و لو احوال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم الخ، (١) فإن قلت: لم اعتبر كون المالكين معا سلمين قلت: لأن المنع انما هو من بيع ما لم يقبض، و إذا كان احد المالكين سلما دون الآخر لم يتعين لكونه مبيعا لامكان اعتباره ثمنا، إذ لا معين لاحدهما، انتهى. و يمكن ان يقال ان ظاهر الحوالة بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا ماله في ذمة غريمه بازاء ما لغريمه عليه، (٢) فما له معوض و مال غريمه عوض، فإذا كان ماله على غريمه سلما كفى في المنع عن تملكه بازاء مال غريمه عليه، لأنه من بيع ما لم يقبض، و حينئذ فيتم الاستدلال بالرواية

من افراد بيع ما لم يقبض،

بل محل الكلام تعيين ما عليه فيما له على غيره بحيث يكون وفاء، و تصوير ذلك انما هو بقبض ماله على غيره ثم تعيين ما عليه فيه، و الا- فلا- يعقل انطباق الكلي المتخصص بكونه في ذمة احد على ما هو المتخصص بكونه في ذمة الآخر، و عليه فتعيين ذلك اما ان يكون بالتوكيل في القبض، و أما بمجرد الاذن في قبض من له في ذمته الكلي، و أما بحوالة من له عليه على من عليه له. اما التوكيل: فلا اشكال فيه و لا يكون حينئذ من بيع ما لم يقبض و أما الاذن: فالظاهر كفايته في تعيين ماله على غيره، و لكن يصير سببا لاستقرار المبيع بالسلم على ما لم يقبض.

(١) و أما الحوالة: فان قلنا بان ظاهرها بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا ماله في ذمة غريمه بازاء ما لغريمه عليه، فماله معوض و مال غريمه عوض،

(٢) كما افاده المصنف (رحمه الله) فهي بيع حقيقة بصورة الحوالة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٢

نعم لو كان ما عليه سلما دون ماله امكن خروجه عن المسألة، لأن الظاهر هنا كون المسلم ثمنا و عوضا. و إلى هذا ينظر بقوله في القواعد و التحرير تبعا للشرائع، و لو كان المالكين أو المحال به قرضا صح، و لا- وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه بأنه لا وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع ان العكس كذلك، و استحسان تعبير الدروس بلفظ احدهما، ثم قال: و ليس له ان يقول ان المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلا بالآخر، إذ ربما يقال ان شبهه بالثمن اظهر لاقتترانه بالبائ و كل ذلك ضعيف، انتهى.

و فيه ما لا- يخفى فإن الباء هنا ليس للعوض، و ظهور الحوالة في كون انشاء التملك من المحيل لا ينكر، و احتمال كونه متملكا مال غريمه بمال نفسه، كما في المشتري المقدم لقبوله على الايجاب بعيد و يدل على هذا ايضا قولهم ان الحوالة بيع، فإن ظاهره كون المحيل بائعا، ثم ان المفروض في المسألة المذكورة ما لو اذن المحيل المحال في اكتياله لنفسه، بأن يأتي بلفظ الاحالة، كما في عبارة القواعد، أو يقول له اکتل لنفسك، كما في عبارتي المبسوط و الشرائع. اما لو وكله في القبض عن الاذن، ثم القبض لنفسه فيكون قابضا مقبضا مبني «فييني» على جواز تولى طرفي القبض، و الأقرب صحته لعدم المانع.

فتدخل في بيع ما لم يقبض من دون حاجة الى عنوان اقرار البيع السابق على ما لم يقبض.

و ان قلنا بانها عبارة عن نقل ما ذمة المحال عليه الى المحتمل عوضا عما في ذمته لا تبديلا فهي تكون نقلا لما لم يقبض، فيدخل تحت العنوان المتقدم في التنبه السابق، و لا ربط له باقرار البيع السابق، فانه يملك بهذا النقل لا بالبيع السابق.

و ان قلنا بانها ايفاء محض فهي لا تصح، فان ما ذمه المحال عليه كلى لا ناقل له على الفرض، و لا يكون فردا كى ينطبق عليه ما فى ذمه المحيل فلا وجه لانصباب عقد السلم على موردها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٣

الرابع: ذكر جماعة انه لو دفع الى من له عليه طعام دراهم، و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح، (١) لأن مال الغير يمتنع شراء شىء به لنفسه، و وجهه ان قضية المعاوضة انتقال كل عوض الى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر، فلو انتقل الى غيره لم يكن عوضا و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاة على القول بافادتها للإباحة، (٢) فإنه يجوز ان يشتري به شيئا لنفسه على ما فى المسالك من جواز جميع التصرفات باجماع القائلين بصحة المعاطاة و ايضا، فقد ذكر جماعة منهم العلامة فى المختلف و قطب الدين و الشهيد على ما حكى عنهما، ان مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالما بكونه مغصوبا باق على ملكه، و يجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئا لنفسه و يملكه بمجرد الشراء، قال فى المختلف، بعد ما نقل عن الشيخ فى النهاية: انه لو غصب مالا- و اشترى به جارية كان الفرج له حالالا، و بعد ما نقل مذهب الشيخ فى ذلك فى غير النهاية و مذهب الحلبي ان كلام النهاية يحتمل امرين.

احدهما: اشتراء الجارية فى الذمة، كما ذكره فى غير النهاية.

(١) الرابع: و لو دفع الى من له عليه طعام دراهم و قال: اشترىها لنفسك طعاما فهل يصح، ام لا و جهان مبيان على ما حقق فى اول البيع من: ان حقيقته هى المعاوضة المقتضية لدخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه، ام حقيقته الاعطاء لا- مجانا غير المقتضى لذلك، فعلى الأول لا يصح، و على الثانى يصح، و حيث ان المختار هو الثانى كما تقدم فالأظهر هى الصحة، و عليه فهل يصير المبيع حينئذ عوضا عما فى ذمته من الطعام ام لا؟ الظاهر ذلك، فان فى وفاء الدين لا يعتبر كون ما يوفى به ملكا للمديون و يصح اداء الغير من ماله، (٢) و أما مسألة المعاواة و المقبوض بالعقد الفاسد و لو من جهة الغصية مع العلم بذلك فقد تقدم الكلام فيهما مفصلا فى الجزء الاول من هذا الشرح.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٤

الثانى: أن يكون البائع عالما بغصب المال، فإن المشتري حينئذ يستبيح و طئ الجارية و عليه وزر المال، انتهى. و قد تقدم فى فروع بيع الفضولى و فى فروع المعاواة، نقل كلام القطب و الشهيد و غيرهما، و يمكن توجيه ما ذكر فى المعاواة بدخول المال آنا ما قبل التصرف فى ملك المتصرف، كما يلزمهم القول بذلك فى و طئ الجارية المأخوذة بالمعاطاة. و توجيه الثانى بأنه فى معنى تملك ماله مجانا بغير عوض، و كيف كان، فالمعاوضة لا يعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه، (١) و إذا ثبت على غير ذلك فلا بد من توجيهه اما بانتقال احد العوضين الى غير مالكة قبل المعاوضة و أما بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. و من هنا يمكن ان يحمل قوله فيما نحن فيه اشتر بدراهمى طعاما لنفسك، على ارادة كون اللام لمطلق النفع لا- للتمليك بمعنى اشتر فى ملكى و خذه لنفسك، كما ورد فى مورد بعض الاخبار السابقة اشتر لنفسك طعاما و استوف حقه، و يمكن ان يقال انه إذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولا، كما لو باع الغير لنفسه، فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء و القبض تعين له و حيث كان استمراره بيد المشتري قبضا فقد قبض ماله على مالك الطعام، فافهم.

(١) قوله فالمعاوضة لا- يعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه و فيه انه لم يرد آية و لا رواية دالة على كون المبيع معاوضة بين المالكين، و قد مر فى اول كتاب البيع عند بيان حقيقته من ان اصل ذلك هو ما عن المصباح فى تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال، و قد

اوردنا عليه بايرادات خمسة خامسها: ان مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، مع انه لا يعتبر ذلك، ألا ترى ان الانسان يعطى الدرهم الى الخباز، ويقول اعط الخبز للفقير، فان هذا بيع مع انه لا مبادلة فيه، و الالتزام بانه يملك الفقير الدرهم اولا ثم يعطى الخباز، أو انه يوكله في تمليكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير، خلاف الواقع الذى عليه بناء العرف و العقلاء فى امثال هذه المعاملة و على ذلك فلا اشكال فى المسألة

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٥

مسألة لو كان له طعام على غيره، فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته (١)

إشارة

فهنا مسائل ثلاث:

احداها: ان يكون المال سلما

بأن اسلفه طعاما فى العراق و طالبه بالمدينة، مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينة، (٢) فلا اشكال فى عدم وجوب ادائه فى ذلك البلد، و اولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد، و لو طالبه فى ذلك البلد بقيمته فى بلد وجوب التسليم، و تراضيا على ذلك، قال الشيخ لم يجز، لأنه بيع الطعام قبل قبضه، (٣) و هو حسن بناء على ارادة بيع ما فى ذمته بالقيمة، أو ارادة مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه. اما لو جعلنا المنهى عنه خصوص البيع، و لم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمة ثمنا، بل احتمال كونه مثمنا، و السلم ثمنا، فلا وجه للتحريم، لكن الانصاف ظهور عنوان القيمة خصوصا إذا كان من النقدين فى الثمنية، فيبنى الحكم على انصراف التراضى المذكور الى البيع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال. و أما إذا لم يرض المسلم إليه ففى جواز إجباره على ذلك قولان، المشهور كما قيل: العدم، لأن الواجب فى ذمته هو الطعام لا القيمة.

مطالبة الطعام فى غير مكان حدوثه فى ذمته

(١) مسألة: لو كان له طعام على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته فهنا فروع ثلاثة:

(٢) الاول: ما لو كان المال سلما فلو طالبه فى غير مكان المعاملة مع عدم اشتراط التسليم فيه لا يجب ادائه كما هو مقتضى الشرط الضمنى بالتسليم فى بلد المعاملة،

و اولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد.

و لو طالبه فى ذلك البلد بقيمة بلد وجوب التسليم،

فتارة: يتراضيان على ذلك،

و اخرى: لا يرضى المسلم إليه، فان تراضيا جاز.

(٣) و استدلل للعدم: بانه من بيع الطعام قبل قبضه

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٦

و عن جماعة منهم العلامة فى التذكرة: الجواز، لأن الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم (١) فكان كما لو عدم الطعام فى بلد يلزمه التسليم

فيه.

و توضيحه أن الطعام قد حل و التقصير من المسلم إليه، (٢) حيث انه لو كان في ذلك البلد امكنه اداء الواجب بتسليم المال الى المشتري ان حضر، و إلا- دفعه الى وليه و لو الحاكم أو عزله، و كيف كان فتعذر البراءة مستند الى غيبته، فللغريم مطالبة قيمة بلد الاستحقاق حينئذ، و قد يتوهم انه يلزم من ذلك جواز مطالبة الطعام و ان

و فيه: اولاً: انه قد تقدم جوازه.

و ثانياً: على فرض العدم يكون البيع من البائع مستثنى منه.

و ثالثاً: ان الممنوع على فرضه هو جعل الطعام مثمناً، و لا تشمل النصوص ما لو جعل ثمناً.

و رابعاً: انه يختص بما لو اريد بيع ما فى ذمته بالقيمة، و لا يعم غيره من افراد الاستبدال،

و ان لم يرض المسلم إليه بذلك.

فهل يجوز اجباره على ذلك ام لا؟ وجهان استدلال للأول بوجهين:

(١) احدهما: ما هو ظاهر الكلام المحكى عن التذكرة و هو: ان التسليم فى البلد من قبيل القيود المشخصة للكلى المبيع، التى بتعذرهما

يصدق تعذر وجود المبيع فى الخارج، و مع تعذره للمشتري مطالبة قيمته.

و فيه: ان التسليم فى البلد،- الذى يقتضيه اطلاق العقد بحسب الشرط الضمنى الارتكازى- ليس من قبيل القيود المشخصة، بل هو من

قبيل الشروط الخارجية التى لا يصدق تعذر المبيع بتعذرهما، بل غايته ثبوت الخيار للمشتري.

(٢) الثانى: ما افاده المصنف ذكره توضيحاً لما افاده العلامة فى التذكرة و حاصله: ان

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٧

كان ازيد قيمة كما سيجىء القول بذلك فى القرض، و لو كان الطعام فى بلد المطالبة مساوياً فى القيمة لبلد الاستحقاق. فالظاهر

وجوب الطعام عليه لعدم تعذر الحق، و المفروض عدم سقوط المطالبة بالغبية عن بلد الاستحقاق، فيطالبه بنفس الحق.

الثانية: أن يكون ما عليه قرضاً، (١)

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة، لأنها إنما يستحقها فى بلد القرض، فالزامه بالدفع فى غيره إضراراً خلافاً

للمحكى عن المختلف، و قواه جامع المقاصد هنا، لكنه جزم بالمختار فى باب القرض، أما مطالبته بقيمة بلد الاستحقاق، فالظاهر هو

جوازها وفاقاً للفاضلين.

و حكى عن الشيخ و القاضى. و عن غاية المرام نفي الخلاف لما تقدم من ان الحق هو الطعام على ان يسلم فى بلد الاستحقاق و قد

تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق،

فلا وجه لسقوطه.

غاية الامر الرجوع الى قيمته لاجل الاضرار، و لذا لو لم يختلف القيمة،

فالظاهر جواز مطالبته بالمثل لعدم التضرر، لكن مقتضى ملاحظة التضرر اناطة الحكم بعدم الضرر على المقترض أو بمصلحته و لو من

غير جهة اختلاف القيمة، كما فعله العلامة فى القواعد و شارحه جامع المقاصد

شرط الأداء فى بلد المعاملة- الذى هو شرط لكل من المتبايعين على الآخر- قد تعذر تحققه فى الخارج بسوء اختيار البائع، فليس له

عند مطالبة المشتري منه حقه الامتناع عن الأداء.

و فيه: ان اشتراط التسليم فى البلد ينحل الى شرطين: احدهما: اشتراط القبض فى البلد، ثانيهما: عدم التسليم فى غير ذلك، اى عدم ثبوت حق فى التسليم فى غيره، و سوء الاختيار انما يسقط حق البائع من ناحية الشرط الأول، و لا وجه لابطاله حقه من ناحية الشرط الثانى،

فالأظهر عدم جواز الاجبار كما عن المشهور، لأن الواجب فى ذمته هو الطعام لا القيمة.

(١) الثانى: ان يكون ما عليه قرضاً لا خلاف فى جواز اخذاً لقيمة بسعر بلد القرض،

فهل يجوز له المطالبة بالمثل فى غير بلد القرض مع اختلاف القيمة ام لا؟ جهان

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٨

ثم انه اعترف فى المختلف بتعين قيمة بلد القرض، مع تعذر المثل فى بلد المطالبة (١)

و فيه تأمل، فتأمل.

و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل و لا بالقيمة، (٢) و كأنه يتفرع على ما عن الشهيد (رحمه الله) فى حواشيه من عدم جواز مطالبة المقرض المثل فى غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره، فيلزم من ذلك عدم جواز المطالبة بالقيمة بطريق اولى. و لعله لأن مقتضى اعتبار بلد القرض ان ليس للمقرض الا مطالبة تسليم ماله فى بلد القرض، و مجرد تعذره فى وقت من جهة توقفه على مضى زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة، كما لو اخر التسليم اختياراً فى بلد القرض، أو احتاج تسليم المثل الى مضى زمان، فتأمل.

اقوامها الثانى، لأن مقتضى اطلاق عقد القرض التسليم فى بلد القرض، و عليه فلو طالب لا يجب دفع المثل،

(١) فما عن المختلف من وجوبه ضعيف و هل له المطالبة بقيمة بلد الاستحقاق - كما عن الشيخ و القاضى و الفاضلين و غيرهم بل عن غاية المرام: نفى الخلاف فيه - ام لا كما فى الجواهر؟ قولان:

اظهرهما الثانى، إذ لا وجه لجواز المطالبة سوى ما تقدم فى المسألة الاولى الذى عرفت ضعفه.

(٢) فما عن الشهيد و فى الجواهر من عدم جواز المطالبة بالمثل و لا بالقيمة هو الأظهر.

و أما خبر سماعه سأل ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل له عليه مال فغاب عنه فرآه يطوف حول الكعبة، أ يتقاضاه؟ قال (عليه السلام): لا تسلم عليه و لا تروجه حتى يخرج من الحرم (١).

فلا- يعلم كونه قرضاً، مع انه مساق لبيان حرمة الحرم و ان له المطالبة فى غير ذلك المكان بالتادية فى بلد القرض و ربما كان هاربا منه.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب الدين و القرض حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٩

الثالثة: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب، (١)

فالمحكى عن الشيخ و القاضى انه لا يجوز مطالبته بالمثل فى غير بلد الغصب، و لعله لظاهر قوله تعالى:

فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَإِنْ مَا فى ذمته هو الطعام الموصوف بكونه فى ذلك البلد، فإن مقدار مائة الطعام يختلف باختلاف الأماكن، فإن المالك لمقدار منه فى بلد قد يعد غنياً، و المالك لضعافه فى غيره يعد فقيراً، فالمماتلة فى الصفات موجودة

لا- في المالية، لكنه ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الأزمان. فإن اللازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل في زمان غلائه، و حله ان المماثلة في الجنس و الصفات هي المناط في التماثل العرفي من دون ملاحظه المالية، و لو لا قاعدة نفى الضرر و انصراف اطلاق العقد في مسألتي القرض و السلم لتعين ذلك فيهما ايضا، و لو تعذر المثل في بلد المطالبة لزم قيمة ذلك البلد، لأن اللازم عليه حينئذ، المثل في هذا البلد لو تمكن فاذا تعذر قامت القيمة مقامه و في المبسوط و عن القاضي قيمة بلد الغصب و هو حسن بناء على حكمها في المثل و المعبر قيمة وقت الدفع لوجب المثل حينئذ فتعين بدله مع تعذره، و يحتمل وقت التعذر، لأنه وقت الانتقال الى القيمة. و في المسألة اقول: مذكورة في باب الغصب ذكرناها مع مبانيها في البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع الى هنا

(١) الثالث: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب و قد اشبعنا الكلام في هذه المسألة في الجزء الثالث من هذا الشرح في المقبوض بالعقد الفاسد.
الحمد لله اولاً و آخراً الجزء السادس.

تعريف مركز القومية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).
قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رحمه الله - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة كم ينطفي مصباحها، بل تتبع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشئته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافته الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المبتدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامع ثقافته على أساس معارف القرآن و أهل البيت عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافته القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة منابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.
- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

- (ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقتيه و مكتبيته، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول
- (ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...
- (د) إبداع الموقع الانترنتى " القائمية " www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخر
- (ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية
- (و) الإطلاع و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)
- (ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كاشك، و الرسائل القصيره SMS
- (ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسه " الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين فى الجلسه

(ى) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربيته المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رمضان " و "مفترق" و "فانى/ " بنايه "القائمية" تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيه (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيه، تبرعيه، غير حكوميه، و غير ربحيه، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً مترائداً لإعانتهم - فى حد التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

